

RETROACTIVIDAD EN EL PAGO DE ALIMENTOS EN COLOMBIA PARA NIÑOS,
NIÑAS Y ADOLESCENTES

LUZ ADRIANA BETANCUR QUINTERO

JORGE ABRAHAM ESPINOSA

RICHARD DANIEL VILLAMARIN

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE POSTGRADOS

BOGOTÁ

2019

RETROACTIVIDAD EN EL PAGO DE ALIMENTOS EN COLOMBIA PARA NIÑOS,
NIÑAS Y ADOLESCENTES

LUZ ADRIANA BETANCUR QUINTERO (ABOGADA)

JORGE ABRAHAM ESPINOSA (ABOGADA)

RICHARD DANIEL VILLAMARIN (ABOGADA)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Familia, Conflictos Sociales y Proyección Social

Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar al título
de: ESPECIALISTA EN DERECHO DE FAMILIA

Tutor: Yeimmy Viviana Otálora M

(Docente)

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE POSTGRADOS

BOGOTÁ

06 de abril de 2019

RESUMEN

Se hace necesario tener una certeza jurídica y comprender si nuestra legislación contempla normas que regulan los alimentos dejados de pagar a los niños, niñas y adolescentes en Colombia, incluyendo el reconocimiento y pago de alimentos retroactivos, como sucede en algunos países, tal y como se ha observado, en el ejercicio de derecho comparado, o la legislación sólo alcanza a exigir el pago de alimentos después de ser requeridos por cualquier medio legal.

La pregunta está encaminada a no permitir la confusión del cobro de alimentos debidos y causados, es decir los que se han obtenido luego de acudir a instancias judiciales, administrativas por vía de conciliación, sentencia, etc, a través de las diferentes posibilidades y normas jurídicas, como por ejemplo un ejecutivo o a través de una denuncia penal por inasistencia alimentaria, con los que no se incluyen en ninguna demanda o proceso conciliatorio, es decir los que por algún motivo no fueron cobrados a tiempo en el transcurso de la obligación que genera el parentesco o el cuidado de un menor.

Lo que se pretende responder, es porqué al momento de acudir a las diferentes jurisdicciones, no se han reconocido los alimentos del alimentario desde el momento mismo de la concepción como lo establece la Constitución y las leyes, sino desde el momento de la reclamación o exigencia.

ABSTRACT

It is necessary to have a legal certainty and understand if our legislation includes norms that regulate those who do not pay for food to children and adolescents in Colombia, including the recognition and payment of retroactive food, as it happens in some countries, as has observed, in the exercise of comparative law, or the legislation only reaches to demand the payment of food after being required by any legal means.

The question is aimed not to allow confusion of collection of food due and caused, for instance, those that have been obtained after going to judicial, administrative by conciliation, sentencing, etc., through the different possibilities and legal rules, such as an executive or through a criminal complaint for food non-attendance, with those that are not included in any lawsuit or conciliation process, such as: those that for some reason were not collected on time in the course of the obligation generated by the kinship or the care of a child.

What is intended to answer, is why at the time of going to different jurisdictions, food has not been recognized from the moment of conception as established by the Constitution and laws, but from the time of the claim or requirement.

Palabras Claves

Retroactividad, alimentos, niñez, adolescentes, derecho comparado, obligaciones de la familia, instancias, vulneración de los derechos de la infancia, derecho de alimentos, responsabilidad parental, mecanismos alternativos de solución conflicto, conciliación, custodia.

Key Words

Retroactivity, food, childhood, teenagers, compared law, family obligations, instances, violations of family rights, food rights, parental responsibility.

Contenido

RESUMEN.....	3
ABSTRACT.....	4
PALABRAS CLAVES	5
KEY WORDS	6
LISTA DE GRÁFICAS	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPITULO I: MARCOS DE REFERENCIA	13
1. MARCO HISTÓRICO.....	13
1.1 Evolución del derecho de infancia y adolescencia.....	15
2. MARCO TEÓRICO	21
2.1. Marco Normativo del Bloque de Constitucionalidad	22
2.2 Niñez y Adolescencia	26
2.3 Ley 1098 de 2006, con reformas Ley 1078 de 2018-Código de Infancia y Adolescencia	29
2.4 Concepto del derecho de alimentos a partir de la ley y la doctrina	32
2.5 Instancias Extrajudiciales y judiciales frentes a estos derechos vulnerados	34
3. MARCO JURIDÍCO	34
3.1 Derecho de los menores y familia	37
3.2 Derecho de alimentos en relación a los menores de edad	39
3.3 Concepto De Alimentos En Las Convenciones Internacionales	39
3.4 Obligación alimentaria contenida en la constitución y tratados vigentes para Colombia	43
CAPITULO II : LA CONCILIACIÓN Y LOS VACÍOS NORMATIVOS QUE INCIDEN EN LA RETROACTIVIDAD DE LOS ALIMENTOS.....	51
1. EFECTOS DEL NO PAGO DE ESTA OBLIGACIÓN	53
1.1 Efectos Jurídicos	53
1.2 Efectos Penales	55
1.3 Efectos Socioeconómicos	55

CAPITULO III: VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA	
INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN LA NO RETROACTIVIDAD	56
Estadísticas ICBF – Regional Bogotá	58
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	60
FUENTES BIBLIOGRAFICAS	64

Lista de Gráficas

Gráfica 1: Acumulado Procesos NNA	58
Gráfica 2: Primeros Motivos de Ingresos Relevantes	59

Introducción

La inasistencia alimentaria configura el siete (7%) de audiencias en Colombia y es el quinto (5) delito más frecuente, es la quinta (5) causa que más congestiona a la justicia y es comparada con homicidio, sólo los separa un margen de seiscientos (600) audiencias. La inasistencia alimentaria es el delito que más creció en los últimos siete (7) años, se multiplicó ocho (8) veces la cantidad de procesos. (Sección justicia diciembre 30, 2015).

Según lo indicado por la Fiscalía General de la Nación, al año se reciben alrededor de mil (1000) casos de inasistencia alimentaria, estando tal cifra muy por encima de otros delitos tales como secuestros, narcotráfico y homicidios.

La problemática aumenta cada vez más cuando el alimentario, o sea a quien se le debe alimentos es un menor de edad y su obligado o alimentante (llámese padres, familia, tutor o quien ostente tener su custodia y cuidado personal), incumple.

Pero el espectro de condición de alimentantes es más amplio, no solo hablando de padres, sino también de otros cuidadores, pues en la actualidad se han ido reduciendo las familias tradicionales de padres e hijos, y ahora es común que un tercero esté a cargo del niño, niña o adolescente(Código de la Infancia y la Adolescencia, 2006), no obstante y a pesar que las tipologías de familias cambian, la pareja de padres por más dificultades que tenga en su convivencia, en su ámbito relacional o incluso en su ámbito económico no perderá la obligación natural de ser padres para sus hijos, es por esto que llama la atención el fenómeno del incumplimiento a estas obligaciones y en su mayoría debe ser mediado por un tercero autoridad administrativa, vía judicial o voluntad propia, con la ayuda de un mediador.

“El derecho de alimentos es considerado un derecho personalísimo, basado en el deber de solidaridad, especialmente entre los miembros de la familia, a través del cual se exige al que tiene capacidad económica que ayude a sustentar los gastos de manutención de quien no lo puede hacer por sus propios medios”. (Badillo Abril, 2016)

Avances como el jurisprudencial y el doctrinal hablan de otras formas y conocen que las relaciones no son estáticas y las familias cambian, sin embargo y a pesar de la abundante regulación de del derecho de alimentos, el cual la legislación señala en diferentes códigos como Civil, Infancia y Adolescencia, General del Proceso y por su puesto la Constitución Política de 1991, parece ser deficiente su tratamiento, el tema continua con vacíos legales, por ejemplo las disminuciones, la mora en los pagos o la retroactividad, las exoneraciones o incrementos de las cuotas de alimentos, no se han visto con mucha claridad, e incluso los agentes conciliadores autorizados por la ley desconocen varios factores a contemplar a la hora de asignar una cuota de alimentos, desconocen además si se tiene en cuenta el porcentaje sobre el índice bruto o neto, y si la fijación es basada en el IPC-Índice de precios al consumidor o en el SMMLV-salario mínimo mensual legal vigente, condición entonces que no es considerada importante para el deudor por lo que en algunos tipos de conciliación ni se indica, o no se explica, consecuencia nefasta al momento de la autoridad judicial aceptar una demanda, o “se presume entonces que el incremento anual debe cumplirse, cuando nunca se indicó o cuando la ley no hace énfasis en la penalización de este tipo de incumplimiento específico”. (Fradique Méndez).

En esencia y ante estas dudas y/o baches en algunos procesos, se encamina este proyecto para dar respuesta y en concordancia poder despejar el camino social, jurídico y económico y definir si el pago de alimentos para niños, niñas y adolescentes en Colombia tiene retroactividad, si es necesario acudir a la vía judicial para tal pago y cumplimiento de la obligación, si se debe actuar conforme a la interpretación del juez, o si basta entonces un acuerdo de partes. En este sentido surge la pregunta de investigación ¿Por qué razón los alimentos dejados de pagar a los niños, niñas y adolescentes, no exige un pago retroactivo y necesita de un proceso para su reconocimiento?

Partiendo de la pregunta es necesario argumentar que la obligación de alimentos nace con el mero hecho del reconocimiento legal, pero pareciera que es necesario solicitarla, pues el alimentante poco cumple con su deber de manera voluntaria. Ante el incumplimiento de esta obligación y partiendo del hecho que por lo general se afectan los menores de edad, se iniciara con la formulación de varios interrogantes, apuntando a despejar dudas, si esta falta

es ocasionada por la situación económica y laboral del país, por la falta de compromiso y responsabilidad con el cumplimiento de sus obligaciones o es quizá por flexibilidad de la ley, su ambigüedad en la aplicación de la legislación existente, los vacíos jurídicos, los cambios normativos o el solo desconocimiento, (este último por su puesto no exime del cumplimiento); la realidad es que se vislumbra un limbo socio jurídico que nos impulsa a plantear a través de un objetivo general como se puede demostrar los factores que inciden en el reconocimiento de retroactividad de las obligaciones alimentarias al padre, madre, familia, tutor o quien ostente custodia del niño, niña y adolescente, desde el momento del nacimiento sin necesidad de acudir a instancias judiciales, en aras de garantizar plenamente los derechos del NNA.

CAPITULO I

MARCOS DE REFERENCIA

1. Marco Histórico:

Desde el punto de vista procesal el derecho de alimentos también ha tenido sus orígenes en el derecho romano pues la acción para poder reclamar este derecho ante un tercero competente data del siglo II D.C cuando la familia dejó de ser una institución meramente social y comenzó a tener incidencia jurídica más exactamente de parte del derecho público. La acción mediante la cual se podía reclamar el derecho de alimentos se denominó “cognitio extra ordinem” y se trataba, en pocas palabras, de un proceso sumario, o sea un proceso corto o abreviado debido a que se consideraba que este derecho era de suma importancia y se debía proteger de forma casi inmediata. El competente para dirimir estas controversias era el Príncipe o un delegado de él quien generalmente era un cónsul (Berlinche, 2004)

El derecho Español en su intento de unificación de corrientes jurídicas y la codificación de las leyes las cuales también tenían mucha influencia del derecho Romano también trajo consigo aportes muy valiosos desde el punto de vista procesal para la protección del derecho de alimentos pues a través de la ley 7 del título 22 de la tercera partida se siguió conservando el proceso sumario para este tipo de asuntos con la visión de que se debían tutelar los alimentos provisionales por medio de este procedimiento sin importar las dudas que se tuviesen acerca del parentesco pues se pensaba que era más importante proteger de manera urgente a un alimentario que dejarlo desamparado por un amplio lapso de tiempo mientras se agotaba un proceso de filiación. (Berlinche, 2004).

La primera ley que estableció un proceso especial para la reclamación de los alimentos fue la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 en España estableciendo así dos tipos de procedimientos: uno que se surtiría en la jurisdicción voluntaria cuando de fijar alimentos provisionales se trababa y otro que se surtiría en la jurisdicción contenciosa cuando no se lograban fijar alimentos provisionales en la jurisdicción voluntaria o el alimentante o alimentario no estaban de acuerdo con la decisión tomada en la otra

jurisdicción, todo con el fin de fijar una cuota alimentaria definitiva. Afirma De Vicente y Caravantes que se entiende por jurisdicción voluntaria.

La que ejerce el juez en actos o en asuntos que, o por su naturaleza o por el estado en que se hallan, no admiten contradicción de parte, emanando su parte intrínseca de los mismos interesados, que acuden ante la autoridad judicial, la cual se limita a dar fuerza y valor legal a aquellos actos, por medio de su intervención o de sus providencias, procediendo sin las formalidades esenciales de los juicios. (Berlinche, 2004, p.159).

Para iniciar este procedimiento el alimentario debía presentar la solicitud por escrito, acreditar el título causal del derecho y justificar su monto, una vez estos requisitos eran reunidos el juez citaría a audiencia. Lo anterior parecía muy desfavorable para el obligado a proveer alimentos pues solo tenía la opción de apelar si no estaba de acuerdo con la decisión de juez pero siempre se mantuvo la consigna de que era preferible favorecer al alimentario con tal de no arriesgarlo a la miseria o al crimen.

Ya con la ley de enjuiciamiento de 1881 se introdujeron otro tipo de exigencias a tener en cuenta como las capacidades económicas del alimentante y las necesidades del alimentario, sin embargo, la intensión de estos procesos siempre fue la protección inmediata a favor del alimentario (Berlinche, 2004).

En Colombia se ha tenido la discusión sobre la aplicación de la retroactividad de la ley, sin embargo la gran discusión es en materia penal, pero en conclusión se manifiesta que la ley por regla general rige hacia adelante, con el fin de proteger la seguridad jurídica.

Desarrollo normativo en Colombia

Colombia, fuertemente influenciada por el derecho Romano y a su vez por el derecho Español, como ya se ha nombrado en capítulos anteriores, manejó una política similar a la hora de establecer procedimientos para protección del derecho de alimentos para menores de edad solo que tuvo una evolución diferente.

Para el Profesor Fritz Schulz, la interdicción de la atribución de eficacia retroactiva a las normas jurídicas viene impuesta en la cultura jurídica de la Roma clásica por el principio de fidelidad.

Fritz Schulz (16 de junio de 1879 - 12 de noviembre de 1957) fue un jurista alemán e historiador legal. Fue uno de los eruditos más importantes del siglo XX en el campo del

Derecho Romano. Los Nazis lo forzaron a dejar Alemania y emigrar a Inglaterra debido a su posición política y sus orígenes judíos.

1.1 Evolución del derecho de infancia y adolescencia

Al momento de referirse a la evolución, es necesario acudir a nuestra tradición jurídica, como lo es el derecho Romano más exactamente en el periodo postclásico en donde la familia tuvo una influencia jurídica muy marcada dejando de ser una institución netamente social donde solo el paterfamilias tenía la potestad de regular a sus inferiores (tal como se ilustra al inicio del primer acápite), para delimitar el trato jurídico que se le daba a los infantes y adolescentes; al derecho internacional, toda vez que este ha planteado unos postulados en relación al derecho de infancia y adolescencia (por ej. Convención Interamericana de los Derechos de los Niños), postulados que actualizan y reinterpretan nuestro derecho interno, toda vez que el art 93 de nuestra Carta Magna señala que los tratados internacionales relativos a derechos humanos prevalecen en el ordenamiento interno, es decir, hacen parte del bloque de constitucionalidad, siendo así, el control de constitucionalidad

Debe realizarse no solo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía-bloque de constitucionalidad estricto sensu, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control-bloque de constitucionalidad lato sensu. (Sentencia C-067, 2002)

Después se revisarán las influencias en nuestro derecho de infancia y adolescencia por parte del derecho comparado y por último, nuestra legislación interna. En el Derecho Romano, el derecho de infancia y adolescencia era bastante limitado, pues a través de las normas y las decisiones de los pretores, se materializaba mediante el derecho a la vida, el derecho a un nombre, el derecho a la crianza y la protección y tutela de los niños. En relación al derecho a la vida, existían decisiones y normas como las siguientes: si una mujer en estado de embarazo estaba condenada a pena de muerte, no se podía practicar la pena de muerte sino hasta que el niño hubiese nacido; el esposo de la mujer en estado de embarazo podía tomar medidas tendientes a evitar que su esposa abortara y el derecho del nasciturus a la herencia legítima; además, en relación a los alimentos, señala Tafafo.

La asignación por parte del pretor a la madre en cinta, independientemente de sus posibilidades económicas (en consecuencia, aun si de condición “acomodada”), de alimentos destinados directamente al nascituro y garantizados con la asignación de un

curatorventris. Esta disposición era consecuencia de la obligación del pretor de hacerse cargo de los nascituri de la misma manera que de los nacidos, y estaba dirigida a asegurar el nacimiento del concebido. (Tarafo, 2009)

En cuanto al nombre, mediante este, señala Tarafo, el niño adquiría el derecho ser identificado, pero este se derivaba previamente de un reconocimiento o no de la paternidad, que se realizaba mediante un rito, de no ser reconocido, se procedía a exponerlo a la vía pública.

En lo relativo a la crianza, los niños tenían un derecho a los alimentos y a una formación, así lo afirma Tarafo que:

Una arraigada costumbre vinculaba durante los tres primeros años a las madres y a las nutridoras a amamantar y a nutrir a los neonatos. Después del tercer año (quizás partiendo de una ceremonia religiosa de carácter familiar) la obligación de nutrición y de cuidado pasaba a los padres (...) La materia relativa a los alimentos de los niños estuvo inspirada en un favor particular y demandó de los emperadores la previsión incluso de formas de donaciones públicas a favor de los niños. (Tarafo, 2009)

En el art 98 de la ley reguladora de la colonia romana Genetiva Iulia, **Lex Ursonensis** (Ley de Urso) ubicada en la Hispania romana, se prohibía el sometimiento a trabajos forzosos a los menores de 14 años, normas como esta, o las señaladas en párrafos anteriores, que cabe aclarar que son mínimas, ya que solo se busca dar un ligero enfoque de la protección a los niños y adolescentes, deduciéndose claramente que en el derecho Romano ya había un derecho de infancia y adolescencia constituido, un derecho proteccionista y garantista que buscaba un desarrollo integral del menor, no solo físico, sino también una formación, como ya se señaló en lo relativo al derecho de crianza, se deduce también que los Romanos tenían en cuenta que esa sería su generación futura, aunque con sus limitantes, como el reconocimiento del hijo o la exposición a la vía pública, pero en

todo caso, el sistema estaba dirigido a que el infante se criara y progresara, a no hacerle daño en su salud, de ahí la prohibición del trabajo forzoso.

Ahora, en nuestra vida cotidiana es común escuchar que los niños y adolescentes son el futuro de nuestro país, posición que también adopta y ha adoptado la comunidad internacional, toda vez que dado su condición física, de inocencia, entre otros, tienen una desventaja frente a los demás miembros de la sociedad, de ahí el reconocido principio de interés superior del menor, consistente en que dada la situación de los menores de edad, ellos se encuentran en un estado de vulnerabilidad por lo tanto gozan una protección de carácter especial en el ámbito nacional e internacional, dicha protección garantiza el desarrollo integral de los menores dándoles prevalencia frente a los demás grupos sociales (T260, 2012).

De ahí que la condición de ser niño tiene esa garantía de que se les reconoce como sujetos que necesitan una protección especial de acorde a las realidades sociales y culturales de su entorno de vida. De lo anterior, se desprende la amplia legislación internacional, relativa a los menores, que se expidió en el siglo XX, la preocupación por parte de la comunidad internacional para que los menores de esa época o los futuros se desarrollaran como seres íntegros y prevalentes en la sociedad, ayudando, enormemente, a un desarrollo radical y amplio de los derechos de los niños y de los adolescentes, generando principios, normas y postulados que fueron los precursores del derecho de infancia y adolescencia que actualmente se conoce en nuestra legislación.

El primer gran avance en cuando a los Derechos de los niños, a escala internacional, se realizó con la Convención de Ginebra de 1924, pero es importante conocer, el panorama previo a dicha convención, siendo así en la edad media, exactamente en el siglo XVII, se le dio vida a un sistema en el cual se preparaban los niños para cuando se convirtiesen en adultos, iban a una institución, donde no había presencia de adultos, un lugar único y exclusivo para los niños en la creación de un régimen especial para los niños dentro del cual debían ser preparados para la entrada en la vida adulta, de esta manera, la escuela, lugar donde en la Edad Media convivían menores con adultos, pasaba a ser un espacio exclusivo de niños, confeccionado sólo para ellos. Molina, que la infancia era relegada al mundo privado, a instituciones propias para la niñez, a instituciones como los internados

que comienzan a masificarse, separando radicalmente a los niños de los adultos e internándolos ((Mártinez Mólina, 2014).

De igual manera a inicios del siglo XX, Key criticaba el sistema de educativo que en ese entonces existía, mediante las páginas escritas ella abogaba por el derecho de los

niños a crecer en una familia unida por el amor, en el cual los padres se preocuparían por sus hijos, los niños tenían personalidad y debían desarrollarla, no debían comportarse de acuerdo a los patrones preestablecidos por los adultos, para ella los niños gozaban de libertad, “eran parte de la familia, no propiedad de sus padres o el Estado (Key, 1906).

Bajo este panorama, ese movimiento proteccionista del menor, llegó a Rusia, en vísperas de la revolución Bolchevique, siendo así, sería necesario reformar el régimen jurídico y darle al niño un tratamiento diferente; desembocando, en 1918, en una reunión de la Asociación para la Educación Libre, a un proyecto de Declaración de los derechos de los niños, donde en su art. 3 se reglaba que el niño no era propiedad de otra persona sino dueño de sí mismo, otra norma bastante proteccionista para el menor era la de libertad al derecho de elección de sus educadores, así estos no fuesen sus padres, de hecho tenía el derecho a apartarse de sus padres donde estos llegasen a ser malos educadores; por otra parte en el art. 6 se prohibía que un niño estuviese en una institución educacional en contra de su voluntad; el art. 12, en pro de la libertad de culto, señalaba que la a educación religiosa quedaba a libertad del niño, no se admitía que alguien lo obligara a profesar religión alguna. “Aunque era bastante de avanzada esta propuesta, no prosperó debido a que se le tildó de volver al niño un ser demasiado individualis (Flores, 2007)

En 1919, en pleno auge de los derechos económicos y sociales, se expide la constitución de la OIT, que, aunque no es un instrumento netamente dirigido a la protección de los niños o los adolescentes si tiene influencia en ellos ya que desde la perspectiva laboral protegía al niño. La época y movimientos previos a la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1924 en Ginebra, son bastante importantes, toda vez que ya se dejaba de ver al infante como propiedad de su familia o el estado y pasaba a verse como un miembro de la sociedad, ya no solo eran los alimentos o separarlos de manera netamente

asistencialista sino de encontrar lo mejor para el menor, aquello que lo haría un buen ciudadano del futuro, un niño feliz, se convertiría en un adulto feliz.

Ya no solo se buscaba que el niño estudiara o se preparara para la vida como se buscó en el siglo XVII, ahora ya se tenía en cuenta la parte emocional del niño, se necesitaba darle una formación y protección integral, tan así que la constitución de la OIT de 1919 termino protegiéndolo desde la perspectiva laboral, ya se empezaba a notar un avanza y creencia general, toda vez que se puede ver esa diferencia de régimen político

entre Francia o Rusia, pero de igual manera en ambas se criticaba como se venía tratando a los niños, eso si cada uno con sus diferencias o dándole mayor o menor libertad el menor, pero en todo caso, dejando de lado la perspectiva clásica que se había tenido hasta ese momento histórico que sirvió de catapulta para un movimiento que cambiaría radicalmente la legislación dirigida hacia la los niños y adolescentes, y que hoy hace parte de varias legislaciones, como la nuestra a través del denominado bloque de constitucionalidad, aunque ya no es solo ese instrumento, también se han expedido una serie de protocolos de gran importancia y que protegen y garantizan los derechos a los menores, el nombre de tal movimiento fue Savethechildren.

Esta asociación, redactó y adoptó una Declaración de los derechos de los niños el 23 de febrero de 1923, declaración que posteriormente, en 1924, fue enviada por una de las hermanas Londinenses a la sociedad de las Naciones Unidas, señalando que convencida de que se deben exigir ciertos derechos para la infancia y trabajar en pro de un reconocimiento general de estos derechos. Finalmente, esta declaración es aprobada y adoptada como la Decisión de Ginebra, que como ya había mencionado párrafos atrás, es el primer instrumento internacional dirigido a proteger y reconocer los derechos de los niños (Oviedo-Siacara, n.d.).

Aquel primer instrumento internacional relativo a los derechos de los niños consta de 5 artículos un preámbulo que reza:

Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y las mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad, o creencia (...)

Mientras que su articulado, comprendido por 5 arts., versan sobre temas relativos al desarrollo integral del menor, comprendiendo el ámbito material y espiritual; temas relativos a alimentos, e introduciendo dentro de este concepto lo relativo a la salud; dentro del art. 3 se encuentra una base del derecho a la prevalencia de los derechos de los menores y el interés superior del menor, ya que el art. 3 señalaba que el niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad; y otros artículos trataban sobre el mínimo vital del menor y la educación

En 1948, en París, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución 217 A (III), adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que tipifica en su art. 25.2 que 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.

En 1969 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración de los niños, compuesto por 11 artículos garantizando derechos como la igualdad ante la ley, formal y material; la protección a los niños y el desarrollo integral en condiciones de libertad y dignidad; derecho a la nacionalidad y nombre; derecho a la salud, seguridad social y a una vivienda digna; libre desarrollo de la personalidad; derecho a la educación; derechos laborales del menor trabajador y la prevalencia de los derechos del menor

En 1966, se aprueban dos pactos que protegen a los menores trabajadores y trata también sobre la educación, estos son Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En 1963, en Ginebra, en la 58ª reunión del Comité Internacional del Trabajo se adoptó el Convenio 138 relativo a la edad mínima para trabajar, tipificándose como edad mínima los 18 años para todo trabajo que pueda afectar física o psicológicamente al trabajador. En 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención Internacional de los Derechos de los Niños. Por último, en 1999, el Comité Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 182 relativo a prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.

Estos son los instrumentos internacionales más importantes que tienen relación con el derecho de infancia y adolescencia, pues sirven de antecedente a nuestro actual Código

de infancia y adolescencia, fue un camino largo para llegar al garantismo y proteccionismo que hoy se le da a los menores desde todas las áreas, siendo así que principios como el de prevalencia de los derechos de los niños aún se encuentran en nuestros códigos y constitución, disponiendo el art. 44 constitucional que “los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás”.

Con estos antecedentes históricos, y bajo varios intentos de reformar el código del menor, se expide el Código de Infancia y Adolescencia, mediante la ley 1098 de 2006, que dejaba atrás al código del menor, exceptuando lo relativo al proceso especial de alimentos.

Este nuevo código, se basa en la protección integral que surge en la Convención Internacional de los derechos de los Niños de 1989, a diferencia del código del menor que regulaba situaciones irregulares en la que los menores eran tratados como el menor delincuente, el menor pobre, entre otros, por otra parte y también a diferencia del anterior código, en el Código de Infancia y adolescencia los niños y adolescentes son titulares de derechos consagrados en los instrumentos internacionales señalados y la normativa nacional, el código ya no solo tipifica situaciones concretas, problemáticas concretas sino que señala los derechos de los niños y los adolescentes; el nuevo código también tiene en cuenta que los niños y adolescentes son independientes, sujetos de garantía y protección. Ahora, en el nuevo código existe el principio de la solidaridad y corresponsabilidad en el que el Estado, la familia y la sociedad deben ser garantes de los derechos de los niños y adolescentes, además de participar en la formulación de políticas públicas a diferencia del código del menor en el que la familia respondía primero y a falta de actuación de esta, el Estado intervenía. Otro punto importante son las medidas de restablecimiento de derechos que son aplicables cuando algunos de los derechos del menor son vulnerados.

2. Marco Teórico:

La constitución Política de Colombia de 1991, es la ley que nos rige por ser la máxima ley, la norma de normas y es la que ordena acerca de deberes, derechos, y finalmente nos dirige nuestro actuar, en búsqueda siempre de la paz y la equidad en un marco de democracia, por su puesto esta ley máxima debe tenerse en cuenta, y debe aplicarse a la par con cualquier otro ordenamiento normativo, fenómeno este que ha sido llamado “la Constitucionalización del Derecho, es decir todo lo consignado en la carta

magna, debe cumplirse y aplicarse, especialmente en lo concerniente a los derechos fundamentales, los cuales son de vital importancia en ésta ley y juega uno de los más importantes papeles.

Es desde ésta ley y hablando de derechos fundamentales que se empezó a considerar a los niños y adolescentes, sujetos de especial protección, y a quienes se les debe dar protección integral, así las cosas en cualquier proceso adelantado en donde esté de por medio los derechos de un menor se debe tomar: primando el interés superior de estos, darle

prevalencia a sus derechos frente al de los demás, y asumir la corresponsabilidad entre todos, tal y como lo señala la ley.

Ahora bien, todo lo que allí no se contempló, se integra y vincula como es la jurisprudencia y el bloque de constitucionalidad, especialmente este último en sus artículos 93 y 94, se hizo énfasis especial en la protección.

2.1 Marco Normativo del Bloque de Constitucionalidad

El artículo 93, según el cual “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

El artículo 94, que establece que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

Entre otros orientados a la protección específicamente de la niñez, está:

- La convención internacional de los derechos del niño, ratificada en Colombia, mediante ley 12 de 1991

- Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1996 artículo 24

- Convención iberoamericana de los Derechos Humanos de 1969 artículo 19

Todos estos exigieron a sus estados adecuar sus normas a este nuevo paradigma, brindando siempre la protección integral, fue así como se expidió la ley 1098 de 2006 y se

dio la orden que ninguna autoridad legislativa, administrativa, y judicial, podrá tomar decisiones basados en criterios personal apartándose de los criterios de la ley, sin principios y valores.

Colombia especialmente en el código civil en su artículo 411 y ss. Reconoce la obligación de brindar alimentos, pero no hace una definición puntal de los mismos, ni involucra, conforme al derecho de igualdad a todos alimentarios a quienes les asiste tal derecho y tal obligación, por lo que en desarrollo del mismo se profieren modificaciones al mismo, así:

- a) Con la ley 75 de 1968, se extendió la obligación alimentaria no sólo a los ascendientes legítimos, a los padres extramatrimoniales y a los padres adoptantes, como lo establecía inicialmente el Código Civil, sino también a todos los ascendientes extramatrimoniales.
- b) La ley 5 de 1975 estableció la obligación para los ascendientes adoptantes.
- c) La C-105 de 1994 la corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la palabra legítimos que se utilizaba en los ordinales 2, 3 y 5 de tal disposición, por considerar que *"es contrario al principio de igualdad el limitar el derecho a los alimentos legales a los descendientes legítimos, a los ascendientes legítimos, y la posteridad legítima de los hijos naturales. Lo que está de acuerdo con la Constitución, es reconocer el derecho a los ascendientes y descendientes de cualquier clase que sean."*

Quedando todos los ascendientes o descendientes en condiciones de igualdad para efectos del derecho de alimentos, así como para los hermanos, sin que exista en la actualidad distinción entre hermano extramatrimonial o legítimo, así como a los compañero permanentes que ha formado una unión marital de hecho.

- d) El Decreto 2737 de 1989, Código del Menor, en el artículo 133, definió los alimentos como *"todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del*

menor. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto", de modo que, según esta disposición y de acuerdo con la Constitución, debe entenderse que la prestación de alimentos no sólo comprende el suministro de lo estrictamente necesario para vivir, sino, además, todo aquello que se requiere para llevar una vida digna.

- e) La Constitución de 1991 incluyó en sus artículos 4, 5, 9, 13, 44, 45, 93 y 94, entre otros el derecho de alimentos elevándolos a rango constitucional, partiendo de la supremacía de la constitución, de los derechos, derecho de igualdad, reconocimiento de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes; articulado que ha tenido gran desarrollo jurisprudencial en sentencias tales como: Sentencia C-156/03 expediente D-4198 Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett, c-174/96 mp. Jorge Arango mejía, c-919-01 dr. Jaime Araujo Rentería
- f) La Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia, no solo definió en su artículo 24 de manera clara y completa el “derecho de alimentos”, sino que además estableció una serie de derechos y garantías encaminadas a la protección de este derecho entendido como derecho fundamental de rango constitucional, siendo catalogado como una de las normas de derecho de alimentos más completa en el ámbito internacional, por su contenido dentro de los cuales podemos referir:

El procedimiento especial para su reclamación y reconocimiento, Inclusión de medidas especiales para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, Prevé la acumulación de procesos de alimentos, Regula la continuidad de la obligación alimentaria, Establece las prohibiciones relacionadas con alimentos, Determina la prelación de créditos por alimentos e Incluye la legitimación especial para promover procesos de alimentos

- g) En la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, se derogan algunos artículos de la Ley anterior, esto es, Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la

Adolescencia, unificando y abreviando el procedimiento para la reclamación de alimentos.

- h) Nivel internacional se tiene que frente a los derechos de alimentos se han realizado convenciones encaminadas a la protección de menores desamparados o en riesgo producto de la Segunda Guerra Mundial, que han sido acogidas por los Estados intervinientes, entre ellos Colombia, con codificaciones que fueron recogidas en:

Convención de Nueva York de 1956, aprobada con la Ley 471 de 1978 y reconocida constitucionalmente en sentencia C-304 de 1999 que garantiza la obtención de alimentos.

Convención sobre Derechos del Niño, 1989, aprobada por la Ley 12 de 1991 de las Naciones Unidas.

Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias de 1989, aprobada por la Ley 449 de 1998 con control de exequibilidad en sentencia C-184 de 1999.

Como se colige de lo anterior, el derecho de alimentos que nace con el hombre mismo, ha venido evolucionando en su reconocimiento, procedimiento y protección, atendiendo las necesidades y los cambios económicos, políticos, sociales y culturales, que aun en la diferencia garantice su prestación en condiciones de igualdad, con el único fin de satisfacer las necesidades de cada persona para su desarrollo integral y supervivencia.

Proyecto de ley por el cual se establecen valores mínimos a la fijación de la cuota alimentaria el congreso de Colombia decreta: Artículo 1°. objeto. La presente Ley tiene por objeto establecer un valor mínimo en la fijación de las cuotas alimentarias a favor de los menores, teniendo en cuenta la presunción del salario mínimo contenida en el artículo 129 de la Ley 1098 de 2006.

Ley de Infancia y Adolescencia, ley 1098 de 2006, por la cual se expide el código de la infancia y la adolescencia en sus artículos 24 derecho a los alimentos, 129, 130, 131, 132 133, 134

El Interés Superior del Menor El artículo 44 de la Constitución Política de Colombia consagra los derechos fundamentales especiales de los menores de edad, niños, niñas y adolescentes

Instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959

El código civil colombiano del artículo 411 al artículo 424 del Título XXI De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas

El Código Penal actual, el artículo 233 (en concordancia con los artículos 234 y 235) consagra esta conducta punible en el título de delitos contra la familia.

2.2 Niñez y Adolescencia

PANORAMA DE LA NIÑEZ EN COLOMBIA (Viernes, 25 Mayo, 2018) Lizeth García Bejarano

El panorama de la niñez en Colombia es preocupante y nada más complejo que hablar de esto en cifras. Según el ICBF, en el primer trimestre del año se han registrado 2.855 casos de abuso sexual infantil. Diariamente se registran 66 casos de violencia contra niños.

Según la directora del Instituto, Karen Abudinen, la situación sigue siendo muy compleja en el país, ya que los casos de violencia contra los niños van desde maltrato verbal y psicológico, pasando por la negligencia de los padres o cuidadores, hasta abuso sexual, explotación sexual comercial y trata de personas.

A pesar de que en Colombia la Constitución Política en su artículo 44 promueve los derechos fundamentales para los niños, como la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, y la alimentación equilibrada, las cifras parecen indicar lo contrario. Por esto, los retos para el próximo presidente de la República no serán pocos.

“El próximo Gobierno deberá crear políticas públicas que acompañen al niño en todas sus etapas de desarrollo. Es decir, desde su infancia hasta la adolescencia.

Actualmente los niños son vulnerables a cualquier tipo de situación, como el maltrato físico, sexual, el abandono y el estado no está ahí para garantizarles su seguridad”, Ángela Rosales, directora de Aldeas SOS, organización social que promueve los derechos de los niños.

Así lo muestran las cifras del ICBF. En el año 2017 fueron abandonados 3.254 menores, de los cuales, el 70% eran niños de escasos recursos.

Por su parte, Juan Ángel Isaac Llanos, presidente de la Asociación Colombiana de psiquiatría, asegura que el 99% de los casos de abuso en contra de los niños, provienen de adultos con alteraciones emocionales y sexuales.

De acuerdo con el experto, estos traumas difíciles de tratar, ya que son personas con trastornos tan complejos, que en sus mentes disfrutaban abusar de una persona indefensa. Llanos asegura que otro de los desafíos del próximo mandatario será crear una política penal justa. “Que asegure justicia plena en cualquier situación que atente contra el menor”, señala.

Ejemplo claro de esta situación es el caso de Yuliana Samboní que estremeció al país. Ante esta situación organizaciones y líderes sociales han adelantado iniciativas y proyectos de ley que castiguen este tipo de comportamientos. Un claro ejemplo de ello es el trabajo que viene adelantado Yohana Jiménez, defensora de los derechos de los niños, hija de la fallecida ex senadora Gilma Jiménez.

Para esta líder, lo mejor que puede pasar en el país es que el referendo de cadena perpetua para abusadores y violadores se apruebe de una vez por todas, ya que considera que el actual sistema penal en vez de castigar le otorga beneficios al abusador. “Debemos preocuparnos por casos como el de Luis Alfredo Garavito que no falta mucho para que quede en libertad”, asegura.

Por otra parte, las cifras que arroja la Defensoría del Pueblo en materia de seguridad alimentaria infantil también son alarmantes. En el año 2017, en el país murieron 321 niños por desnutrición. Lo que en promedio significa que un niño muere diariamente. Según el defensor Carlos Negret ningún departamento del país se salva de la cifra.

“Es deber del Estado avanzar hacia el mejoramiento del acceso al agua, al saneamiento básico y a la educación, como hacia el aseguramiento en la prestación universal de los servicios necesarios para el desarrollo integral de los niños”, sostiene.

Otra problemática que llama la atención de las autoridades está relacionada con el trabajo y la explotación infantil. En Colombia, según el Dane, hay 869.000 niños y adolescentes entre los 5 y 17 años trabajando.

Las ciudades con mayor tasa de explotación infantil son Neiva, Sincelejo, Pasto, Armenia y Cali. La mayor parte del trabajo infantil se concentra en el rango entre 15 y 17 años, con 18 por ciento, frente al 3,9 por ciento que se registró para el rango entre 5 y 14 años. Sin embargo, para los dos grupos de edad, el trimestre octubre-diciembre de 2017 ha sido el más bajo desde 2012.

Organizaciones internacionales como Unicef, que han trabajado en el país por el desarrollo integral de los niños, indican que para poner fin al trabajo infantil resulta fundamental un enfoque integrado del Gobierno, las organizaciones internacionales, la sociedad civil, el sector privado, y los niños y sus familias.

De igual forma, Ruth Camelo, directora de la Corporación Juego y Niñez, agrega que el reto debe estar enfocado en la educación.

“Los niños y niñas de Colombia deben tener todas las garantías para acceder al sistema de educación, no podemos permitir que se explote a los niños, ni que cambien sus cuadernos por trabajo”, puntualiza.

Hace dos meses, cien organizaciones sociales civiles, en pro de los derechos de los niños, entregaron más cifras. En el informe ‘La niñez no da espera - una mirada a su situación desde la sociedad civil’, en materia de educación, la tasa de permanencia escolar en la zona urbana es de 82%, mientras que este indicador presenta un fuerte rezago en la zona rural, donde la tasa solo llega a 48%.

Así mismo, el estudio expresa que aquellos que estudian en el campo lo hacen en colegios con infraestructura de 37 años (promedio) de antigüedad y que no dispone de red de gas, alcantarillado ni baños suficientes.

Según los voceros de la organización Niñez Ya, fortalecer el sistema de educación en el país, debe estar en el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, que tendrá que elaborar la nueva administración.

Este informe, según las organizaciones, se hizo con el fin de que el próximo presidente se comprometa, reconozca y garantice los derechos de los 15.448.285 ciudadanos colombianos menores de 18 años.

También se compromete al próximo presidente a reparar a los niños que resultaron afectados por la violencia. De los 8.270.812 víctimas del conflicto armado, 29 por ciento (2.382.086) son menores de 18 años, de ellos 96,4 por ciento ha sufrido desplazamiento y sólo 0,3 por ciento ha retornado a su lugar de origen, entre otros.

Para las organizaciones, a pesar de que existen diferentes mecanismos creados por las leyes, como la Ley 724 de 2001, para la participación y visibilidad de niñas, niños y adolescentes, no se están asignando recursos.

Afirman que se necesitan más lugares como bibliotecas, ludotecas, espacios recreativos, entre otros. La Unesco afirma que la actividad del juego es vital, puesto que condiciona un desarrollo armonioso del cuerpo, la inteligencia y la afectividad. “Es tan preponderante que se diría que es la razón de ser de la infancia”, sostiene la organización.

“Los niños que juegan tienen mejor autoestima, motricidad y capacidad de abstracción. Además, son menos propensos a desarrollar diabetes, enfermedades cardiovasculares u obesidad”, explica Vladimir Muñoz, pediatra del hospital El Tintal y docente de la Universidad del Rosario.

Finalmente, Gloria Carvalho, secretaria ejecutiva de la Alianza por la Niñez Colombiana, erradicar cualquier tipo de violencia contra la niñez es uno de los puntos más urgentes, dado el panorama y las estadísticas entregadas.

Indica que el futuro presidente deberá crear políticas públicas y propicias relacionadas para derrotar la explotación y/o violencia sexual infantil, la violencia intrafamiliar, el trabajo infantil, el abandono, la crisis alimentaria y/o desnutrición, al igual que la reparación a las niñas y niños víctimas del conflicto armado en Colombia.

2.3 Ley 1098 de 2006, con reformas Ley 1078 de 2018-Código de Infancia y Adolescencia

En su artículo 1. Tiene como finalidad, que el código garantice a los niños, niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el conocimiento a la igualdad y a la dignidad humana, sin discriminación alguna.

En su artículo 2. El mismo código, tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades, consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la Constitución Política, y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha protección será obligación de la familia, la sociedad y el estado.

Custodia y obligación alimentaria

El código de la Infancia y Adolescencia de Colombia en sus artículos 23 y 24, contemplan, el primero la Custodia y Cuidado personal, los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende, además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

El artículo 24, comprende directamente el derecho a los alimentos; los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico y 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.

Vulneración de derechos

Para hablar de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia es necesario conocerlos, así como también darnos cuenta que es corresponsabilidad de todos, familia, estado y sociedad, prevenir que estén inmersos en espacios o conductas dañinas, y que estos derechos sean vulnerados, amenazados o inobservados.

Los derechos de los NNA son:

Derecho a la vida con calidad y un ambiente sano.

Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

Derecho a la identidad

Derecho a la educación.

Derecho al desarrollo integral en la primera infancia:

Los niños de 0 a 6 años deben ser atendidos en servicios de nutrición, ser protegidos contra peligros físicos, y tener el esquema completo de vacunación.

Derecho a la custodia y cuidado personal.

Es obligación de los padres y adultos responsables de los niños.

Derecho a la rehabilitación y a la socialización.

Garantizar los derechos a los niños, niñas y adolescentes que hayan cometido un delito.

Derecho a la integridad personal.

A la protección contra toda forma de maltrato o abuso cometidos por cualquier persona.

Derecho a la intimidad.

Serán protegidos de todas las acciones que afecten su dignidad.

Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes.

Derecho a la salud.

Ninguna entidad prestadora de servicios de salud puede negarse a atender a un niño o niña

Derecho a la información

Derecho a todo lo que requiere el niño, niña o adolescente para su desarrollo integral: alimentos, vestido, habitación, educación, recreación y salud

Derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes.

Derecho de asociación y reunión.

Derecho de los niños, niñas y los adolescentes con discapacidad.

Derecho a la protección contra abandono físico, afectivo, la explotación económica, sexual, la pornografía, el secuestro, la trata de personas, la guerra, los conflictos armados internos, el reclutamiento y la utilización por parte de grupos armados al margen de la ley, la tortura, la situación de vida en calle, el desplazamiento forzoso, las peores formas de trabajo infantil y las minas antipersonas.

Derecho a la libertad y seguridad personal.

No podrán ser detenidos ni privados de su libertad los niños, niñas y adolescentes, salvo por las causas que contempla el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes.

Derecho a la protección laboral de los adolescentes autorizados para trabajar.

La edad mínima para trabajar es de 15 años con autorización de un Inspector de Trabajo.

Derecho al debido proceso: seguir las etapas que establece la Ley para los niños, niñas y adolescentes víctimas o partícipes de un delito. (Código de Infancia y Adolescencia , 2006 y 2018)

La Constitución Política de 1991 señala la obligación de corresponsabilidad por parte del Estado, la familia y la sociedad en relación con el niño, específicamente en el art 44, art. Que también recoge el derecho a una alimentación equilibrada y a la prevalencia de los derechos del menor, este último muy importante a la hora de ponderar derechos de niños y adolescentes frente a derechos de miembros de otras agrupaciones sociales.

En cuanto a los tratados internacionales, es claro que existen unos que forman parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido y por ende se realiza un juicio de constitucionalidad en abstracto o en concreto teniéndoles en cuenta y por otra parte, el bloque de constitucionalidad en sentido amplio que sirven como criterios de interpretación, en nuestro ordenamiento interno se encuentran ratificados y vigentes los siguientes tratados, relativos o que contienen disposiciones acerca del derecho de alimentos Convención Internacional de Derechos del Niño, aprobada mediante la ley 12 de 1991, relativo a que los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para asegurar la pensión alimenticia de los menores de edad; Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias aprobada mediante la ley 449 de 1998. Cabe señalar que esta ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-184 de 1999 y la

Convención de Nueva York (1956) relativa a la obtención de alimentos en el extranjero, aprobada mediante la ley 471 de 1998. Señalamos que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-305 de 1999, en su mayoría regulan aspectos procesales y de reconocimientos de sentencias extranjeras relativas a obligaciones alimentarias, por ende señala la autoridad competente para reconocer sentencias extranjeras, requisitos para ser reconocidas, funciones, procedimiento, entre otros.

2.4 Concepto del derecho de alimentos a partir de la ley y la doctrina

Es importante señalar que ninguno de estos instrumentos internacionales contiene una definición de lo que son los alimentos, por lo tanto, Monroy, citando a Balandro, señala que la ausencia de definición de alimentos de instrumentos como la Convención

Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989 o la Convención de Nueva York sobre la obtención de alimentos en el extranjero.

Por otra parte, la ley 1098 de 2006 también regula los alimentos dentro de su articulado, específicamente en el art 24. Señalando que el concepto de alimentos comprende todo aquello que es indispensable para el sustento, vestido, habitación, asistencia médica, recreación y educación, además de que este concepto comprende la obligación de proporcionar los gastos del embarazo y el parto.

Que a su vez debe ser interpretado y armonizado bajo los principios de responsabilidad parental, primacía de los derechos del menor e interés superior del menor. De ese artículo se deduce que la palabra alimentos no debe ser vista de forma literal, sino que está compuesto por varios elementos, como lo son la educación, salud, vestuario, alimentación y diversión, además es tan amplia la protección que protege al menor desde la concepción pues también incluye los gastos durante el embarazo y el parto.

Esto último es algo importante, ya que permitiría que una mujer embarazada acudiese a una diligencia ante el comisario de familia para que se le fije una cuota al padre para los gastos del embarazo, el legislador sabiamente se anticipó a tal situación e intento proteger al menor en absolutamente todas las etapas de su vida, y más aún en su etapa previa al nacimiento ya que de ahí podría depender su posterior desarrollo físico o espiritual.

El código civil colombiano no contiene un concepto de alimentos, pero si tipifica una clasificación, dentro de las categorías de alimentos congruos y necesarios, en el art 413, definiendo a los primeros como “los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”; y los segundos: “necesarios los que le dan lo que basta para sustentar la vida. La Corte Constitucional Colombiana, a través de su jurisprudencia, también le ha proporcionado, al ordenamiento jurídico, un concepto de la obligación alimentaria definiéndola como un derecho subjetivo personalísimo, en el cual se encuentran dos posiciones, una que tiene la facultad legal para exigir a la otra parte que lo asista para su subsistencia toda vez que no es capaz de proporcionársela por sí mismo; para la configuración del derecho a solicitar la pensión

alimentaria, se deben cumplir ciertos requisitos como lo son la carencia de bienes por parte del solicitante, la capacidad económica del alimentante, un vínculo de parentesco o un supuesto que ligue al alimentante y al alimentario tanto la capacidad económica del alimentante como la necesidad concreta del alimentario, y se impone principalmente a los miembros de la familia (Sentencia T-685, 2014).

2.5 Instancias Extrajudiciales y Judiciales frente a estos derechos vulnerados

El estado colombiano ha contemplado en su legislación varias instancias en el tema de incumplimiento alimentario en menores de edad, viéndose estas desde los asuntos que se pueden conciliar en Centros de Conciliación, Cámaras de Comercio, Consultorios Jurídicos de las Universidades, Comisarías de Familia, e ICBF, hasta demanda en procesos civiles y llegando a extremos comunes interponer denuncia en la Fiscalía por la deuda de alimentos como delito.

Sin embargo, estos procesos poco han subsanado la situación y no sólo quien ostente tener su custodia y cuidado personal del menor (llámese padres, familia, tutor), se ven perjudicados en su estabilidad familiar, económica, social y hasta empobrecimiento, sino el niño, niña y adolescente en su directa vulneración de sus derechos fundamentales.

En el principal ente defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia, que es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF por ejemplo, se presentan peticiones por la inasistencia alimentaria, que en su mayoría se fijan, se revisan

pero pocas terminan en demanda, quizá por la inoperancia del sistema jurídico, por desconocimiento o la falta de motivación en algunas demandas, todo esto nos ha llevado a replantear el tema de cuota de alimentos dejados de pagar para niños, niñas y adolescentes, la obligación de pago según nuestra legislación, y la obligatoriedad por ley con respecto al pago con retroactividad, teniendo en cuenta el IPC y aumento anual del salario mínimo mensual en Colombia, situación que cada vez aumenta.

3. Marco Jurídico:

El artículo 6 de la Ley 1098 de 2006 expresa que: “Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán

parte integral de este Código y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

La enunciación de los derechos y garantías contenidas en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherente al niño, niña o adolescente no figuren expresamente en ellas. “Esta norma establece varios principios:

- a) Prevalencia de los Tratados sobre Derechos Humanos en especial la convención sobre Derechos del Niño
- b) Aplicación de la ley más favorable entre lo previsto en los Tratados y la normatividad interna
- c) Interpretación de los derechos de los menores conforme a lo previsto en los Tratados y la Jurisprudencia de los organismos internacionales de protección especialmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- d) Reconocimiento de los Derechos inherentes a los menores así no estén enunciados en la Constitución, o en la Ley 1098 o cualquiera norma colombiana.

El principio más importante consagrado en los Tratados y especialmente en la Convención sobre Derechos del Niño, el de respeto por el interés superior del niño que incluye el adolescente y en todo caso, a todo menor de 18 años.

En cuanto a los tratados vigentes para Colombia hay que mencionar los siguientes:

- a) Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 probada por la ley 12 de 1991
- b) Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias de 1989 aprobada mediante Ley 449 de 1998 declara exequible mediante Sentencia C-184 de 1999 y
- c) Convención de Nueva York de 1956 sobre la obtención de alimentos en el extranjero, aprobada por la Ley 471 de 1998 y declarada exequible mediante Sentencia C-305 de 1992

Los Principios y Derechos enunciados en la Ley 1098 de 2006

La Ley 1098 de 2006 de 2006 el capítulo I, artículos 1 al 16, consagra los principios de protección integral, reconocimiento del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, prevalencia de los derechos, interpretación según la constitución y los Tratados Internacionales, corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado, exigibilidad de derechos por cualquier persona, responsabilidad parental como complemento de la patria potestad, y deber de vigilancia del Estado.

El capítulo II, enumera los derechos y libertades de los niños, niñas y adolescentes, y entre ellos el artículo 24 consagra el derecho a los alimentos entendidos en forma amplia como lo necesario para el desarrollo integral de los mencionados menores.

El proceso de alimentos en el Código General del Proceso

Todo lo relativo a alimentos se tramita como proceso verbal sumario previsto en el título II del Código General del Proceso (art.390). Dentro de este mismo proceso también se tramita fijación, aumento, disminución, exoneración de alimentos y restitución de pensiones alimenticias, cuando no hubieren sido señaladas judicialmente.

En cuanto a las disposiciones especiales el artículo 397 del Código General del Proceso dice: Alimentos a favor del mayor y menor de edad, (corregido artículo 9 decreto 1736 de 2012) en los procesos de alimentos se seguirán las siguientes reglas:

1. Desde la presentación de la demanda el juez ordenará que se den alimentos provisionales, siempre que el demandante acompañe prueba siquiera sumaria de la capacidad económica del demandado. Para fijación de alimentos provisionales por un valor superior a un salario mínimo legal mensual vigente, también deberán estar acreditada la cuantía de las necesidades del alimentario.

2. El cobro de los alimentos provisionales, se adelantará en el mismo expediente. De promoverse proceso ejecutivo, no será admisible la intervención de tercero.

3. El juez, aún de oficio, decretará las pruebas necesarias para establecer la capacidad económica del demandado, y las necesidades del demandante, si las partes no las hubieren aportado.

4. La sentencia podrá disponer que los alimentos se paguen y aseguren mediante la constitución de un capital cuya renta lo satisfaga, en tal caso si el demandado no cumple la orden en el curso de los diez días siguientes, el demandante podrá ejecutar la sentencia en la forma establecida en el artículo 306.

Ejecutoriada la sentencia, el demandado podrá obtener el levantamiento de las medidas cautelares que hubieran sido practicadas, si presta garantía suficiente del pago de alimentos, por los próximos dos años.

5. En las ejecuciones de que trata este artículo sólo podrá proponerse la excepción de cumplimiento de la obligación

6. Las peticiones de incremento, disminución y exoneración de alimentos se tramitará ante el mismo juez y en el mismo expediente y se decidirá en audiencia, previa citación a la parte contraria.

En los procesos de alimentos a favor de menores, se tendrán en cuenta, además las siguientes reglas:

1. Están legitimados para promover el proceso de alimentos y ejercer las sanciones para el cumplimiento de la obligación alimentaria, sus representantes, quien lo tenga bajo su cuidado, el Ministerio Público y el Defensor de Familia

2. En lo pertinente en materia de alimentos para menores, se aplicará la ley 1098 de 2006 y las normas que la modifiquen o lo complementen.

3.1 Derecho de los menores y familia

El derecho de los menores es hoy una rama autónoma tanto del derecho de familia como del derecho penal. Regula la situación jurídica del menor en los aspectos civiles, penales, laborales, de protección y los derechos de la niñez. En Latinoamérica, la expedición de códigos del menor, legislación sobre menores en situación irregular o en

conflicto social y el aporte doctrinario y jurisprudencial, han creado un derecho de la minoridad que se ha separado del derecho de familia y del penal.

A escala internacional, la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración de Derechos del Niño de 1959 y la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, han erigido un conjunto de normas internacionales que tienden a la protección del menor y al respeto de sus derechos. En el ámbito interamericano debe destacarse las convenciones sobre adopción internacional de menores (1984), restitución internacional de menores (1989), tráfico internacional de menores (1994), y obligaciones alimentarias (1989), que indudablemente han contribuido a la codificación del derecho de menores mediante la adopción de normas uniformes y de conflicto que van a reforzar su protección.

El derecho de menores trata sobre la protección de los niños privados de su medio familiar, la adopción, los alimentos, menores en situación irregular, protección al menor trabajador, maltrato de menores y administración de la justicia de menores.

En el derecho de la familia podemos distinguir entre fuentes formales y fuentes reales

Las fuentes formales son las siguientes:

- a) La Constitución que tiene las normas fundamentales, sobre la familia y los menores.

- b) Los Tratados Públicos Internacionales sobre derecho de familia y menores vigentes para Colombia
- c) La legislación interna colombiana sobre familia y menores
- d) La jurisprudencia constitucional sobre derecho de familia y de menores, así como la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de la Corte Suprema de Justicia en asuntos civiles, penales, y laborales.
- e) La costumbre cuando no hay ley y reúne los requisitos de ser general y conforme con la moral cristiana
- f) La doctrina nacional y extranjera
- g) La legislación, la jurisprudencia extranjera y la jurisprudencia internacional que ha interpretado los derechos de la familia y de los menores.

Colombia tiene Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), pero no ha expedido el código de familia, por lo cual las normas sobre la familia, están contenidas en la Constitución Política, en el Código Civil y en la legislación complementaria, sobre materias civiles, administrativas, penales, laborales y sociales

3.2 Derecho de alimentos en relación a los menores de edad

En lo relativo a la obligación de alimentos, cabe señalar el régimen de fuentes del mismo, teniendo en cuenta, que, a través de las decisiones constitucionales, el derecho va cambiando y se va adaptando las necesidades sociales actuales y por ende decisiones como la adopción de una pareja del mismo género deriva en que el adoptante también sea obligado a suministrar alimentos, cosa que no sucedería si no se le permitiese adoptar a las parejas del mismo género. Haciendo ese apunte, principalmente, en el art 44 se norma a nivel constitucional el régimen legal de los alimentos, en su mismo rango están los tratados internacionales ratificados por Colombia y que versen sobre derechos humanos, luego sigue el Código de Infancia y Adolescencia (CIA) y por último, dado a la constitucionalización del derecho, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional

3.3 Concepto De Alimentos En Las Convenciones Internacionales

Las Convenciones Internacionales regulan específicamente el problema de la ley aplicable y el de la jurisdicción competente en la materia, pero no traen el concepto de alimentos.

En las convenciones de la Haya de 1956-1958, ni en las Convenciones de la Haya de 1973, ni en la Convención de Nueva York de 1956, ni en la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias de 1989, se consagra una definición de alimentos.

En el derecho interno, es decir en el derecho colombiano la legislación respectiva contenida en el código civil comprende los alimentos propiamente dichos, el vestuario, la educación, el aspecto médico y de seguridad social, y todo lo necesario para el perfeccionamiento cultural del menor. En el lenguaje jurídico es más amplio que en el lenguaje común.

En las legislaciones internas de los Estados, se adopta un concepto amplio, pueden citarse a título de ejemplo, lo previsto en algunas legislaciones.

El código de Familia de Bolivia establece que “la asistencia familiar comprende todo lo indispensable para el sustento, la habitación, el vestido y la atención médica. Si el beneficiario es menor de edad, esta asistencia también comprende los gastos de educación, y los necesarios para que adquiriera una profesión u oficio.

El código de Familia de Costa Rica en el artículo 151 dispone que los alimentos comprenden, el suministro de sustancias nutritivas o comestibles, de atención médica y medicamentos, las necesidades de vestido y habitación, para los menores, la obligación de proporcionar los recursos necesarios a fin de procurar la instrucción elemental o superior y el aprendizaje de un arte u oficio.

El artículo 278 del Código de Guatemala dice que la denominación de alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad.

El artículo 372 del código Civil de Argentina, expresa que la prestación de alimentos, comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario, correspondientes a la condición del que la recibe y también lo necesario para la asistencia de las enfermedades.

Avances jurídicos en el plano internacional

Con respecto a avances jurídicos en el pago retroactivo de alimentos en el plano internacional, se encontró que: **En Argentina** El Nuevo Código habilita al progenitor que asumió el cuidado del hijo, a exigir al otro el reembolso de lo gastado en concepto de alimentos hasta el inicio del reclamo de alimentos, en la parte que le corresponde al no conviviente. (Beccar Varela, 2018)

Este fallo es de interés ya que es el primero que aborda este derecho de reembolso, que no estaba admitido antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial.

La realidad es que muchas veces si un progenitor se desentiende de su obligación alimentaria respecto de un hijo, el otro progenitor que está a cargo de su cuidado termina soportando exclusivamente los gastos de manutención del niño. Y ocurre que hasta que inicia un reclamo de alimentos, pasa bastante tiempo. Entonces, este nuevo derecho, contemplado en el art. 669 del Código Civil y Comercial, habilita a aquel progenitor que se hizo cargo en forma exclusiva de esos gastos, pedirle al otro el reembolso de lo gastado como consecuencia de su falta de contribución, hasta el inicio del reclamo alimentario para el futuro. (Varela, 2017).

En México, la pensión por alimentos no prescribe y es retroactiva, lo que quiere decir que si un padre no ha dado pensión por alimentos a un hijo, se puede reclamar el pago por todos los años que correspondan hasta cumplir los 18 o que sea autosuficiente, sin importar si el reclamo se hace cuando los hijos tengan 2, 10, 20 ó 30 años de edad. (Sánchez Cordero, Sentencia 5781/2014, pleno de la Suprema Corte., 2014)

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) metió en aprietos a las personas que tienen hijos y no los han reconocido por años, porque si se

demuestra que sabían que su pareja quedó embarazada antes de abandonarla, tendrán que pagar una pensión alimenticia retroactiva desde el nacimiento del hijo hasta la fecha en que realice el pago de la pensión por alimentos. (Sánchez Cordero, 2014).

En España en cambio, continuamos sin avances en el tema, si las cantidades no pueden ser exigibles, no cabe petición de reembolso, siguiendo así la línea jurisprudencial que desde la sentencia de 18 de abril de 1913 estableció que los alimentos no tienen carácter retroactivo. En ningún caso se abonarán los alimentos sino desde la fecha de la demanda, aunque con anterioridad se necesiten para subsistir. (Hernández Pascual y Jiménez, 2018)

Volvamos a Colombia, en su legislación y en concordancia con el artículo 421 del código civil los alimentos se deben desde la primera demanda y se pagaran por mesadas anticipadas o Según la Corte Constitucional (C-156 de 2003 y C-919 de 2001) el derecho

de alimentos es “aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios”

La Corte Suprema de justicia de Colombia por ejemplo ha entendido en diversos pronunciamientos que la condena a pagar alimentos, impuesta por disposición del artículo 16 de la Ley 75 de 1968, sólo cubre los alimentos causados desde la ejecutoria de la sentencia que declara la paternidad. Así, determinó en fallo de casación de 20 de abril de 2001 (Exp. No. 6190), al expresar que "el punto de partida en lo que hace relación con la condena que en tal sentido se puede deducir en procesos de este linaje, es la sentencia, ya que tal es el momento en que, por disposición del artículo 16 de la Ley 75 de 1968 'se fijará la cuantía en que el padre, la madre o ambos, habrán de contribuir a la crianza y educación del menor'. Sólo a partir de la fecha de notificación del fallo de primer grado, entonces, tendrá efecto este aparte de la condena".

Luego, señaló que "es preciso concluir que para este caso en particular, la obligación alimentaria se hizo exigible a partir de la fecha en que quedó ejecutoriada para dicho fin la sentencia del Tribunal" (Sentencia de Tutela de 5 de diciembre de 2003, Exp. No. 00373), y recientemente advirtió: "si bien el principio de autonomía e independencia judicial permite a los jueces apartarse de los argumentos esgrimidos por otras autoridades judiciales, ello no autoriza per se la aplicación de normas ajenas al proceso de filiación, como sucede en el presente caso, en el cual, existiendo precedente judicial que definía el alcance y la oportunidad en que debe fijarse la cuota alimentaria en los procesos de filiación extramatrimonial, se aplicaron normas del proceso de alimentos, en el entendimiento que la interpretación del artículo 421 del Código Civil alude a los alimentos provisionales.

Y aunque se haya admitido que se trata de un tema de interpretación, en el cual, en principio, debe respetarse el criterio de los juzgadores de instancia, la aparición del Código de la Infancia y la Adolescencia, que reguló el tema en los artículos 24, 111 y 129, con aparente vocación de que esos alimentos operen hacia el futuro, y vinculados al reconocimiento, ejemplo de lo cual es la actualización atada al índice de precios al consumidor, ello no es argumento suficiente para negar la causación desde la demanda misma.

Es así que todas las autoridades que tienen potestad para decidir sobre el tema, poco han advertido que en los casos de deuda de alimentos con niños, niñas y adolescentes, y sus cuidadores se hace necesario también el cobro con retroactivo, pues por diversos fenómenos socioeconómicos, desconocimiento y conflictos no resueltos, estos no fueron cobrados a tiempo, y día a día la problemática aumenta, con una pobre respuesta y corresponsabilidad de las entidades responsables.

No queda duda, que en esta materia, es decir, reconocimiento retroactivo de alimentos, ha habido muchos avances que bien pudieran servir en nuestro ordenamiento legal de referencia para para protección integral de los derechos de los NNA con el único

fin de garantizar en debida forma su desarrollo general, pues no tiene ninguna incidencia afirmar que países como Argentina, y México, entre otros han hecho este reconocimiento, si a la luz del derecho comparado, no podemos efectivizar el reconocimiento de ese derecho para los menores en nuestro país.

3.4 Obligación alimentaria contenida en la constitución y tratados vigentes para Colombia

El marco jurídico de la obligación alimentaria está contenido en la Constitución Política de 1991, los tratados vigentes para Colombia, la Ley 1098 de 2006, el Código General del Proceso y la jurisprudencia constitucional emanada de la Corte Constitucional.

El principio fundamental es el contenido en el artículo 44 de la Constitución Política de 1991 que consagra los Derechos Fundamentales de los niños y entre ellos el derecho a tener “la alimentación equilibrada”. Se establece que “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Igualmente se expresa la prevalencia de los derechos de los menores sobre los derechos de los demás. Igualmente el artículo 45 de la Carta dice que: “El adolescente tiene derechos a la Protección y a la formación”.

Tratados Internacionales

El artículo 6 de la Ley 1098 de 2006 expresa que: “Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

La enunciación de los derechos y garantías contenidas en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherente al niño, niña o adolescente no figuren expresamente en ellas. “Esta norma establece varios principios:

e) Prevalencia de los Tratados sobre Derechos Humanos en especial la convención sobre Derechos del Niño

f) Aplicación de la ley más favorable entre lo previsto en los Tratados y la normatividad interna

g) Interpretación de los derechos de los menores conforme a lo previsto en los Tratados y la Jurisprudencia de los organismos internacionales de protección especialmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

h) Reconocimiento de los Derechos inherentes a los menores así no estén enunciados en la Constitución, o en la Ley 1098 o cualquiera norma colombiana.

El principio más importante consagrado en los Tratados y especialmente en la Convención sobre Derechos del Niño, el de respeto por el interés superior del niño que incluye el adolescente y en todo caso, a todo menor de 18 años.

En cuanto a los tratados vigentes para Colombia hay que mencionar los siguientes:

d) Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 probada por la ley 12 de 1991

e) Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias de 1989 aprobada mediante Ley 449 de 1998 declara exequible mediante Sentencia C-184 de 1999 y

f) Convención de Nueva York de 1956 sobre la obtención de alimentos en el extranjero, aprobada por la Ley 471 de 1998 y declarada exequible mediante Sentencia C-305 de 1992

Los Principios y Derechos enunciados en la Ley 1098 de 2006

La Ley 1098 de 2006 de 2006 el capítulo I, artículos 1 al 16, consagra los principios de protección integral, reconocimiento del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, prevalencia de los derechos, interpretación según la constitución y los Tratados Internacionales, corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado, exigibilidad de derechos por cualquier persona, responsabilidad parental como complemento de la patria potestad, y deber de vigilancia del Estado.

El capítulo II, enumera los derechos y libertades de los niños, niñas y adolescentes, y entre ellos el artículo 24 consagra el derecho a los alimentos entendidos en forma amplia como lo necesario para el desarrollo integral de los mencionados menores.

7. El proceso de alimentos en el Código General del Proceso

Todo lo relativo a alimentos se tramita como proceso verbal sumario previsto en el título II del Código General del Proceso (art.390). Dentro de este mismo proceso también se tramita fijación, aumento, disminución, exoneración de alimentos y restitución de pensiones alimenticias, cuando no hubieren sido señaladas judicialmente.

En cuanto a las disposiciones especiales el artículo 397 del Código General del Proceso dice: Alimentos a favor del mayor y menor de edad, (corregido artículo 9 decreto 1736 de 2012) en los procesos de alimentos se seguirán las siguientes reglas:

Desde la presentación de la demanda el juez ordenará que se den alimentos provisionales, siempre que el demandante acompañe prueba siquiera sumaria de la capacidad económica del demandado. Para fijación de alimentos provisionales por un valor

superior a un salario mínimo legal mensual vigente, también deberán estar acreditada la cuantía de las necesidades del alimentario.

El cobro de los alimentos provisionales, se adelantará en el mismo expediente. De promoverse proceso ejecutivo, no será admisible la intervención de tercero.

El juez, aún de oficio, decretará las pruebas necesarias para establecer la capacidad económica del demandado, y las necesidades del demandante, si las partes no las hubieren aportado.

La sentencia podrá disponer que los alimentos se paguen y aseguren mediante la constitución de un capital cuya renta lo satisfaga, en tal caso si el demandado no cumple la orden en el curso de los diez días siguientes, el demandante podrá ejecutar la sentencia en la forma establecida en el artículo 306.

Ejecutoriada la sentencia, el demandado podrá obtener el levantamiento de las medidas cautelares que hubieran sido practicadas, si presta garantía suficiente del pago de alimentos, por los próximos dos años.

En las ejecuciones de que trata este artículo sólo podrá proponerse la excepción de cumplimiento de la obligación

Las peticiones de incremento, disminución y exoneración de alimentos se tramitará ante el mismo juez y en el mismo expediente y se decidirá en audiencia, previa citación a la parte contraria.

En los procesos de alimentos a favor de menores, se tendrán en cuenta, además las siguientes reglas:

3. Están legitimados para promover el proceso de alimentos y ejercer las sanciones para el cumplimiento de la obligación alimentaria, sus representantes, quien lo tenga bajo su cuidado, el Ministerio Público y el Defensor de Familia

4. En lo pertinente en materia de alimentos para menores, se aplicará la ley 1098 de 2006 y las normas que la modifiquen o lo complementen.

Inasistencia alimentaria

A quien se le deben alimentos

Título XXI-De los Alimentos que se deben por Ley a ciertas Personas-Código Civil Colombiano

ARTICULO 411. Titulares del derecho de alimentos. Se deben alimentos:

1o) Al cónyuge.

2o) A los descendientes

3o) A los ascendientes

4o) Numeral modificado por el artículo 23 de la Ley 1a. de 1976. El nuevo texto es el siguiente: A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.

5o) Numeral modificado por el artículo 31 de la Ley 75 de 1968. El nuevo texto es el siguiente: A los hijos naturales, su posteridad l y a los nietos naturales.

6o) Numeral modificado por el artículo 31 de la Ley 75 de 1968. El nuevo texto es el siguiente: A los Ascendientes Naturales.

7o) A los hijos adoptivos.

8o) A los padres adoptantes.

9o) A los hermanos legítimos (modificado)

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

La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una ley se los niegue.

ARTICULO 413. Clases de alimentos: 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, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio.

ARTICULO 415. Capacidad para recibir alimentos. Los incapaces de ejercer el derecho de propiedad no lo son para recibir alimentos.

ARTICULO 416. Orden de prelación de derechos. El que para pedir alimentos reúna varios títulos de los expresados en el artículo 411, solo podrá hacer uso de uno de ellos, observando el siguiente orden de preferencia.

En primer lugar, el que tenga según el inciso 10.

En segundo, el que tenga según los incisos 1o. y 4o.

En tercero, el que tenga según los incisos 2o. y 5o.

En cuarto, el que tenga según los incisos 3o. y 6o.

En quinto, el que tenga según los incisos 7o. y 8o.

El del inciso 9o. no tendrá lugar sino a falta de todos los otros.

Entre varios ascendientes o descendientes debe recurrirse a los de próximo grado.
Sólo en el caso de insuficiencia del título preferente podrá recurrirse a otro.

ARTICULO 417. Orden de alimentos provisionales. Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez o prefecto ordenar que se den provisionalmente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento plausible; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demandan obtiene sentencia absolutoria.

Cesa este derecho a la restitución, contra el que de buena fe y con algún fundamento plausible, haya intentado la demanda.

ARTICULO 419. Tasación de alimentos: En la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas.

ARTICULO 420. Monto de la obligación alimentaria: Los alimentos congruos o necesarios no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social o para sustentar la vida.

ARTICULO 421. Momento desde el que se deben. Los alimentos se deben desde la primera demanda, y se pagarán por mesadas anticipadas.

No se podrá pedir la restitución de aquella parte de las anticipaciones que el alimentario no hubiere devengado por haber fallecido.

ARTICULO 422. Duración de la obligación. Los alimentos que se deben por ley, se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Con todo, ningún varón de aquéllos a quienes sólo se deben alimentos necesarios, podrá pedirlos después que haya cumplido veintiún años, salvo que por algún impedimento corporal o mental, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo; pero si posteriormente se inhabilitare, revivirá la obligación de alimentarle.

ARTICULO 423. Forma y cuantía de la prestación alimentaria. Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1a. de 1976. El nuevo texto es el siguiente:

El juez reglará la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, y podrá disponer que se conviertan en los intereses de un capital que se consigne a este efecto en una caja de ahorros o en otro establecimiento análogo, y se restituya al alimentante o a sus herederos luego que cese la obligación.

Igualmente, el juez podrá ordenar que el cónyuge obligado a suministrar alimentos al otro, en razón de divorcio o de separación de cuerpos, preste garantía personal o real para asegurar su cumplimiento en el futuro.

Son válidos los pactos de los cónyuges en los cuales, conforme a la ley, se determine por mutuo acuerdo la cuantía de las obligaciones económicas; pero a solicitud de parte podrá ser modificada por el mismo juez, si cambiaren las circunstancias que la motivaron, previos los trámites establecidos en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil.

En el mismo evento y por el mismo procedimiento podrá cualquiera de los cónyuges solicitar la revisión judicial de la cuantía de las obligaciones fijadas en la sentencia.

ARTICULO 424. Intransmisibilidad e irrenunciabilidad: El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse.

ARTICULO 425. Imprudencia de compensación: El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él.

ARTICULO 426. Libre disposición de las pensiones atrasadas: No obstante lo dispuesto en los dos artículos precedentes, las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse; y el derecho de demandarlas, transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse; sin perjuicio de la prescripción que competa al deudor.

ARTICULO 427. Asignaciones alimenticias voluntarias: Las disposiciones de este título no rigen respecto de las asignaciones alimenticias hechas voluntariamente en testamento o por donación entre vivos; acerca de las cuales deberá estarse a la voluntad del testador o donante, en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo.

CAPITULO II

LA CONCILIACIÓN Y LOS VACÍOS NORMATIVOS QUE INCIDEN EN LA RETROACTIVIDAD DE LOS ALIMENTOS

Algunos mecanismos que facilitan el logro del pago de alimentos, inicialmente y sin excluir, son las Conciliaciones, cuya técnica está descrita como una de las opciones más utilizadas en los métodos alternativos de solución de conflictos, pues “la conciliación pretende que las partes que intervienen en el conflicto, asuman su propio compromiso en la búsqueda de soluciones, en la orientación de un facilitador, cuyo único objetivo es lograr un acuerdo amistoso y de mutuo beneficio, con plenos efectos jurídicos” (Cámara de

Comercio de Bogotá , 1997), sin embargo este mecanismo no contempla la retroactividad, la cual solo se daría por una decisión voluntaria unilateral.

La conciliación está enmarcada en la ley 640 de 2001, y es el principal requisito de procedibilidad en asuntos como regulación de cuota de alimentos, existe además la conciliación extrajudicial y la judicial, la primera se realiza en parte para descongestionar la vía judicial, se hace como requisito y porque da una respuesta oportuna si se trata de dirimir un conflicto de partes, la misma siempre se adelanta con apoyo de un intermediario neutral y objetivo, facultado para guiar, acompañar y legalizar.

Otros acuerdos de índole jurídico son la transacción, acuerdo que también se hace entre partes, llegando a solución inmediata para la forma de pago, la reparación, se trataría del pago de la deuda mediante alternativas propuestas por las partes, el arbitraje mucho más utilizado en disputas a nivel internacional y el acuerdo de partes, este último sin intermediación, se puede hacer mediante un acta o documento privado.

Es innegable que el reconocimiento del derecho a alimentos para los menores ha sido reconocido desde el momento mismo de la concepción, sin embargo, se ha hecho costumbre en nuestra sociedad que solo se haga efectivo mediante acciones judiciales o extrajudiciales, que en un gran porcentaje terminan cumpliéndose solo por vía coercitiva, valga decir, embargos como medida preventiva dentro de los procesos alimentarios, ejecutivos y por vía penal con las inasistencias, sin embargo ninguna de ellas reconoce derechos alimentarios más allá de los reclamados por esas vías y a partir del momento de la reclamación, quedando en el limbo jurídico los que les asiste a los menores, como lo indican las normas, desde su concepción, so pretexto de no haber sido RECLAMADOS oportunamente, sin que se haya analizado las circunstancias temporo-modales en que se presentó tal omisión, con la que se llevan de contera los derechos fundamentales de los NNA.

La obligación alimentaria para los niños, niñas y adolescentes nace desde el mismo momento de la concepción tal y como lo sostiene el artículo 24 de la Ley de Infancia y Adolescencia, sin embargo, el vacío de la norma, de la doctrina y la jurisprudencia,

permiten que el sólo hecho de la concepción o del reconocimiento legal de paternidad o maternidad, no obligue a dar cumplimiento.

Quizá la falta de una legislación propia para la familia en nuestro país, pues se le ha dejado el tema sin un orden, para que se decida en materia civil o quizá en materia penal, pues Colombia por ejemplo no contempla un código para la familia, como si se logró cotejar en el ejercicio del derecho comparado, como en Bolivia, Costa Rica, Guatemala, y Argentina, en donde la preocupación se perfila no sólo para el menor quien debe ser objeto de atención prioritaria sino para la atención y abordaje de la familia como eje central.

Pero definitivamente se observa que se decide conforme a la interpretación del juez, y si no se tiene prueba sobre solvencia económica del alimentante, el juez podrá establecer tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres, y en general todo lo que sirva para evaluar su capacidad económica. En todo caso se presumirá que devenga al menos un salario mínimo legal. “La valoración del juez se hace según las reglas de la sana crítica, que incluyen lógica, experiencia y sentido común”, (J, 2012) lo que muchas veces no da un sentido crítico, y objetivo de la decisión y es aquí en donde comúnmente se habla de “parcialidad, injusticia e impunidad en las decisiones”.

Entendido el “vacío normativo o legislativo” como la ausencia de reglamentación legislativa en una materia concreta; se trata de la omisión en el texto de la ley, de la regulación específica a una determinada situación, parte o negocio; con ello se obliga a los operadores jurídicos a emplear técnicas sustitutivas con las cuales puedan obtener una respuesta eficaz a la expresada tara legal, fácil es colegir que en nuestra legislación colombiana en tema de alimentos, si bien es cierto ha habido muchos avances, no lo es menos que los mismos aún dejan muchos vacíos que a la fecha no han sido llenados por los operadores judiciales, por lo que no queda más que concluir que se requiere con urgencia la regulación o normalización del reconocimiento de alimentos retroactivos para los NNA- niños, niñas y adolescentes.

1. Efectos Socioeconómicos, Jurídicos Y Penales Del No Pago De Esta Obligación:

1.1 Efectos Jurídicos

Enmarcados en las normas especiales sobre el procedimiento de alimentos, los artículos 129, 130, 131, 132, 133, 134 y 135 de la ley 1098 de 2006 contienen algunas regulaciones aplicables al procedimiento de alimentos.

Estas normas se aplican a alimentos fijados mediante sentencia judicial, en audiencia de conciliación o en acuerdo privado. Así mismo se aplican al ofrecimiento de alimentos debidos a niños, niñas o adolescentes

a) Cuota provisional de alimentos: la autoridad fija cuota provisional de alimentos siempre que haya prueba de vínculo que origina la obligación alimentaria. Sino tiene prueba sobre solvencia económica, el juez podrá establecer tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres, y en general todo lo que sirva para evaluar su capacidad económica. En todo caso se presumirá que devenga al menos un salario mínimo legal.

b) Forma especial de pago: La sentencia se podrá disponer que los alimentos se paguen y aseguren mediante la constitución de un capital, cuya renta lo satisfaga. En tal caso, si el ordenado no cumple la orden dentro de los diez días hábiles siguientes, el juez procederá a decretar el embargo, secuestro, avalúo, y remate de los bienes o derechos del deudor de alimentos. Esta disposición permite por economía procesal en el mismo proceso

el cumplimiento de la obligación alimentaria mediante la adopción de medidas cautelares, lo cual garantiza la efectividad de lo ordenado en la sentencia.

c) Medidas cautelares: el juez deberá adoptar las medidas para que el obligado cumpla la cuota provisional de alimentos, fijada en el auto, conciliación o sentencia, para tal efecto decretará el embargo, secuestro, avalúo, y remate de los bienes. El embargo se levanta si el obligado paga las cuotas atrasadas y presta caución que garantice el pago de las cuotas correspondientes a los dos años siguientes.

d) Cobro mediante proceso ejecutivo: Cuando exista arreglo privado, o conciliación extrajudicial, con la copia de aquel 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 el sucesivo se causen.

e) Consecuencia de la mora en el pago de alimentos: Cuando el juez tenga conocimiento de mora alimentaria por más de un mes, el juez que conozca el caso o adelante el proceso ejecutivo dará aviso a Migración Colombia para impedirle la salida del país y será reportado en las centrales de riesgo.

f) Reajuste de la cuota alimentaria: La cuota alimentaria fijada en, conciliación, acuerdo privado, se entenderá reajustada a partir del 1 de enero siguiente y anualmente en la misma fecha, en porcentaje igual al índice de precios al consumidor, o las partes de común acuerdo establezcan otra fórmula de reajuste periódico.

g) Modificación de la cuota alimentaria: 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 señalado.

h) Si el deudor de alimentos no los ha pagado no podrá ser oído en actuaciones de ejercicio de derechos sobre los menores.

i) Responsabilidad penal: El incumplimiento de la obligación alimentaria genera responsabilidad penal, el delito está tipificado en el artículo 233 del código penal. (Código de Infancia y Adolescencia , 2006 y 2018)

1.2 Efectos Penales

Puede configurar un delito la inasistencia alimentaria, que es sancionado con pena privativa de la libertad.

La ley 175 de 1968 consideró como delito el hecho de que los padres y demás ascendientes legítimos se sustrajeran a las obligaciones de “asistencia moral o alimentaria” debidas a los hijos y demás descendientes legítimos (arts. 40 y 41). Los artículos 233 y siguientes del En el aspecto civil, si el obligado no cumple con la obligación, y el Juez

tenga conocimiento de que nuevo código penal (ley 599 de 200) tipifican los delitos contra la asistencia alimentaria.

Art. 233 tipifica el delito así:

El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo o cónyuge, compañero o compañera permanente, incurrirá a prisión de 1 a 3 años y multa de 10 a 20 SMLMV. (Código de Infancia y Adolescencia , 2006 y 2018) y (Monroy Cabra, 2014).

Los efectos más relevantes frente al no reconocimiento de la retroactividad alimentaria, afectarían directamente al alimentario, pues son sus derechos los que se han vulnerado, independientemente que como lo afirma la jurisprudencia, ya haya superado sus necesidades básicas hasta el momento de la reclamación por parte de su parentela, tutores, guardadores o quien tenga en su poder la custodia, y el deber de garante.

Y es que como se ha reseñado en el trabajo, se han dispuesto una cantidad de normas encaminadas a la protección, reclamación y exigencia pero de los alimentos que se han causado a través de un reconocimiento, se insiste, legal o extralegal, pero nada se ha dicho ni por vía legal, jurisprudencial ni siquiera doctrinaria y solo hasta ahora se está hablando del tema de la retroactividad de alimentos a nivel académico.

1.3 Efectos Socioeconómicos

Desde el punto de vista socioeconómico se ve afectada la garantía de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, así como su calidad de vida, la economía y modus vivendi del cuidador del niño, niña o adolescente, de otro lado se ve claramente que la dificultad no solamente financiera, sino que la relación del menor con el alimentante cada vez se deteriora y el impacto es nefasto para el grupo familiar.

CAPITULO III

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN LA NO RETROACTIVIDAD

La cuota de alimentos es un derecho fundamental, constitucional y universal del niño, niña y adolescente, consagrados en la Convención de los Derechos del niño de 1989,

en la Constitución Política de Colombia, en la ley de Infancia y Adolescencia (ley 1098 de 2006) y demás normas, tratados y convenios.

No obstante, en Colombia este derecho es cada vez más vulnerado, el incumplimiento de esta obligación aumenta cada vez más, convirtiéndose en una problemática relevante en relación con el obligado y quienes ostenten tener su custodia y cuidado personal del menor (llámese padres, familia, tutor), en este sentido el alimentario y quien tiene a cargo su cuidado se ven afectados, viéndose un notorio desequilibrio social, jurídico y económico y una evidente vulneración y amenaza de sus derechos(Otálora, 2016).

Si bien es cierto que las familias actuales cada vez están siendo más desmembradas y disfuncionales, también es cierto que a pesar de toda esta disfunción las obligaciones con respecto a padres, cónyuges e hijos y en general ascendientes y descendientes que se establecen por ley, no pueden extinguirse.

Es evidente el cambio contundente de la duración y existencia de la familia nuclear tradicional, de la cual la constitución nacional hace alarde en su artículo 42.“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia; o más exigente y puntual con respecto al obsoleto código civil, siguiendo el hilo conductor del concepto de matrimonio, el cual reza en el artículo 113 “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

A todas luces, estos artículos se han quedado rezagados, teniendo en cuenta la evolución social, las relaciones actuales, la concepción de familia, y los nuevos proyectos de vida; desafortunadamente los pocos matrimonios efectuados o las relaciones de

convivencia de la época tienen un tiempo de duración corto, han llevado a agilizar estas trasformaciones familiares, y desligue de cualquier responsabilidad.

No obstante, la relación de pareja con frecuencia se deteriora y desaparece, pero nunca la relación de padres e hijos, y demás responsables, vale la pena hacer un alto en esta investigación para puntualizar el tema de los hijos ya que este es uno de los ítems en nuestro tema a investigar.

El deterioro de las relaciones de pareja se observa en estadísticas, las cuales muestran cifras elevadas de divorcios y separaciones, por múltiples causas.

Por cada 2.3 matrimonios civiles, en Colombia hay un divorcio. Matrimonios Civiles: 54.271 / -6,8% Divorcios: 23.422 / 1,6% Cifras brindada por Noticias Caracol, lo que traduce que casi la mitad de los matrimonios no llegan al fin por muerte sino por divorcios tempranos. (Superintendencia de Notariado y Registro, 2018)

Los Divorcios en Colombia aumentaron un 39% desde 2014, Por cada tres matrimonios civiles hay un divorcio en Colombia, según las últimas cifras reveladas por la Superintendencia de Notariado y Registro este jueves. Los matrimonios disminuyeron en un 3,3% desde 2014. (Superintendencia de Notariado y Registro, 2018)

Cifras que dejan ver que casi la mitad de los matrimonios no terminan con la muerte de uno de los conyugues sino en divorcios, y muy tempranos, llama la atención la marcada cifra de “por cada tres parejas que se casan, una se separa y por cada nueve uniones maritales de hecho uno se separa.

Si bien es cierto que la misma Superintendencia informa que las personas aún se están casando, son más bajos los casos y aumentan cada vez más los divorcios.

En Colombia se puede observar por Departamentos por ejemplo en escala numérica que el Valle del Cauca puntea en primer lugar entre más cercanía entre número de matrimonios y número de divorcios, seguido se encuentra Antioquia y en tercer lugar, Atlántico, similar pasa con los datos de disoluciones maritales de hecho, sobre todo permanecen en el mismo lugar los Departamento de Antioquia y Atlántico. (Superintendencia de Notariado y Registro, 2018).

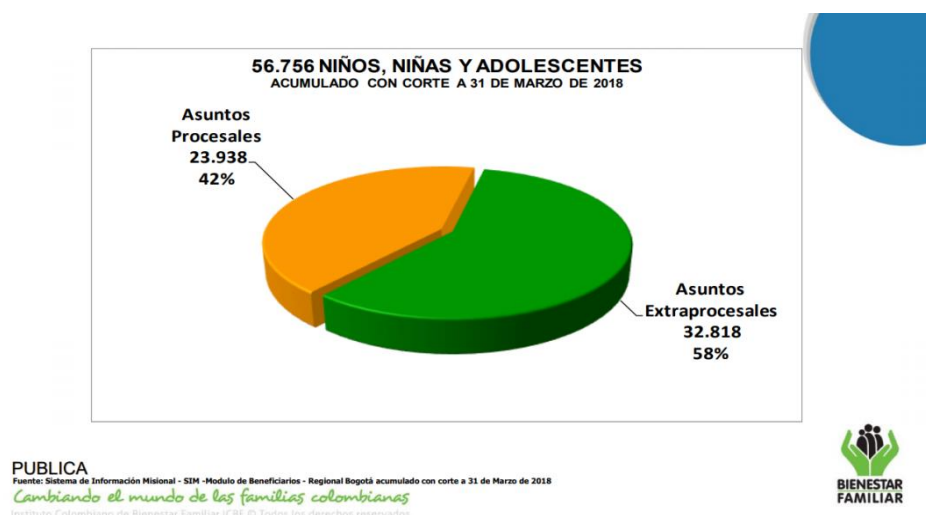
Es indiscutible que como lo ha sostenido la jurisprudencia, el tiempo vivido y no reclamado, es tiempo en el cual el menor ha satisfecho de algún manera sus necesidades básicas generales, pero eso no implica per se, que no constituya entonces una vulneración a sus derechos fundamentales, máxime si se analiza desde la óptica del mejoramiento y garantía de un mejor desarrollo y optimización de las posibilidades del menor, hacia lo cual estarían encaminados los reconocimientos retroactivos, obvio no para lo vivido, sino para lo que le queda por vivir.

Los derechos se vulneran en forma de limitación de posibilidades de un desarrollo social, económico, afectivo, cultural, recreativo y en fin en cada uno de los ítems que han sido considerados como parte esencial del concepto de alimentos ya estudiado.

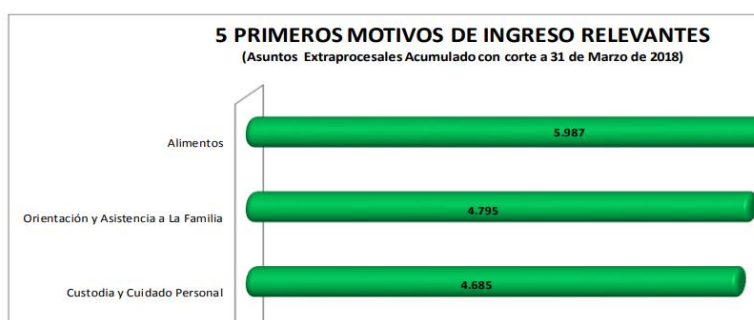
En cuanto la vulneración del derecho de los alimentos para los menores de edad, se toma como institución rectora en Colombia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al ICBF – Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pues allí se adelantan procesos de restablecimiento de derechos, programas de prevención, adopciones de niños, niños y adolescentes, responsabilidad penal para adolescentes y tramites extrajudiciales en temas relacionados con los derechos de la población infantil, por supuesto entre estos el de alimentos, se permite a continuación evidenciar algunas estadísticas relacionadas con la atención de casos, en tiempo, incluido por su puesto el Alimentos, desde la atención extrajudicial.

Estadísticas ICBF – Regional Bogotá

Gráfica 1: Acumulado Procesos NNA



Gráfica 2: Primeros Motivos de Ingresos Relevantes



Estas gráficas claramente permiten evidenciar un porcentaje mayor en el trámite de procesos que se adelantan de manera extrajudicial, pues a través de la conciliación con acuerdos total, parcial o fallidos, es posible dar respuesta a este tipo de peticiones, especialmente la solicitud de alimentos que es frente a los demás procesos que se adelantan el más consultado, por ello se concluye que el derecho a alimentos es el más vulnerado y amenazado, por lo menos en lo que se refiere a la ciudad de Bogotá.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una de las mayores causas de la inasistencia alimentaria en Colombia es, indiscutiblemente la debilidad en la aplicación de la ley, el delito de inasistencia alimentaria por ejemplo se pretende despenalizar situación que no es muy lejana a la actual con respeto

a la imposición de la pena, pues en cuestión de alimentos la privación de la libertad no supera los cuatro años y cuando el deudor no tiene ningún tipo de antecedentes, el juez lo deja en libertad. De otro lado opera el principio de Suspensión condicional de la pena, en la cual todas las condenas inferiores a 48 meses, puede aplicarse otro tipo de sanción diferente a la privativa de la libertad, siempre y cuando el condenado tenga buen comportamiento.

Aunado a esto la inasistencia alimentaria por ser un delito querellable, tiene un alto riesgo de solicitarle la Preclusión basado en el desistimiento, la reparación o la conciliación. Otra causa común que aumenta la inasistencia alimentaria o el pago parcial de las cuotas, viene además ligado a los problemas económicos, el escaso poder adquisitivo, la falta de oportunidad para vincularse laboralmente y el desequilibrio notorio entre ingresos y egresos.

Las instituciones no están cumpliendo y no están siendo efectivas, al contrario generan inseguridad en el ámbito jurídico y distan mucho de proteger al menor.

Adicional a las causas enunciadas es la mentalidad de los padres y la idiosincrasia del colombiano, volviéndose esto un problema netamente cultural, en donde se gana en la medida que se le haga la trampa a la ley y en el orden de obligaciones la de alimentos no le den la prioridad por ser una deuda de carácter familiar.

Indiscutiblemente la laxitud de la ley, conlleva a que la obligación alimentaria con descendientes, ascendientes o todo aquel que por ley se le deba, reste importancia y conscientemente no vean el incumpliendo como algo grave.

Los vacíos jurídicos permiten darle cabida a las irregularidades, incumplimientos y vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como la afectación en la economía del cuidador, y del deudor por sus cuotas atrasadas y el desligue emocional entre el menor y alimentante, pues con regularidad esto incide en la prohibición para ver a sus

hijos, el chantaje y hasta el conflicto entre representantes legales del niño, la niña o el adolescente.

El tema de inasistencia alimentaria definitivamente es más tratado con seriedad en el ámbito académico, pues en la realidad no hay un acuerdo entre los fallos judiciales y las sentencias penales, dejando un sin sabor y un tema finalmente sin resolver, de otro lado a pesar que la academia lo trabaja constantemente como proyectos de investigación de manera especial, no pasa de una intervención en el plano teórico sin llegar al campo real.

Como conclusión real y general, la corte constitucional decidió si los alimentos se deben desde la primera demanda (Expediente N° D12703 23 de julio 2018 Acción Pública de inconstitucionalidad contra el Art.421 del Código Civil.), por considerar que vulnera los derechos a la dignidad humana, igualdad, a tener una familia y todos los demás fundamentales relacionados con los niños demandaron hace unos meses la expresión “los alimentos se deben desde la primera demanda”, consagrada en el artículo 421 del Código Civil.

A juicio de los demandantes, el actual entendimiento de la norma supone que los menores de edad no tienen necesidad de recibir alimentos hasta tanto presenten una demanda contra su progenitor, desconociendo la especial protección constitucional que sobre ellos recae y la lógica de que los alimentos se deben desde el mismo momento de la existencia.

De otra parte, argumentaban, el hecho de que en un hipotético caso una madre sostenga responsablemente al hijo, ello no debe interpretarse como carencia de necesidad del menor.

Agregaba que el ordenamiento jurídico no podía injustificadamente premiar al padre irresponsable de esa manera, arrojando con el manto de la legitimidad una situación que a simple vista constituye una modalidad de violencia económica contra la mujer.

Así, concluían que “los derechos de los niños son fundamentales y prevalentes, especialmente el derecho a recibir alimentos, pues de él depende la subsistencia en condiciones dignas”, por lo que mantener esta normativa en el ordenamiento implicaría la legitimación de una especie de violencia económica.

Sin embargo, el Ministerio Público, en su concepto, indicó que la expresión demandada era exequible, por las siguientes razones:

- i. En el caso de los menores, mediante los artículos 17, 24, 41 y 111 de la Ley 1098 del 2006, los alimentos se causan a partir de la concepción y no del nacimiento.
- ii. La norma acusada establece la forma como la obligación puede hacerse judicialmente exigible, en los eventos en que esta no se ha satisfecho voluntariamente.
- iii. La disposición no regula el momento a partir del cual nace el derecho y la obligación de dar alimentos a los hijos, sino que es un medio para exigir su cumplimiento por el proceso judicial correspondiente.

Ahora bien, con ponencia del magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, la Corte Constitucional declaró exequible la disposición acusada y descartó todos los cargos presentados por el demandante.

En consecuencia si bien es cierto la inasistencia alimentaria está regulada, ésta presenta vacíos que merecen ser regulados, cuya reclamación debería estar en cabeza del alimentante, pues no puede dejarse en manos de los padres, tutores, guardadores la decisión de reclamación, pues como se ha visto, esta se ha limitado por animosidades, intereses personales, venganzas, en fin por razones subjetivas distintas a la búsqueda de la satisfacción completa del menor para lograr realmente un desarrollo integral.

No reconocer la retroactividad de los alimentos es desconocer tácitamente el reconocimiento que por vía constitucional y legal se ha hecho de este derecho desde el momento de la concepción.

FUENTE BIBLIOGRAFICAS

Código Civil Colombiano, ley 57 de 1887 (abril 15)

Constitución política de Colombia de 1991

Código de infancia y adolescencia, ley 1098 de 2006-Reforma Ley 1878 de 2018

Código General del Proceso, ley 1564 de 2012

Proyecto de ley por el cual se establecen valores mínimos a la fijación de la cuota alimentaria

La convención sobre derechos del niño adoptada por la asamblea general de las naciones unidas el 20 de noviembre de 1989

Abogacia.Mx. (S.F.). Obtenido de <http://www.Abogacia.Mx/articulos/pension-alimenticia-retroactiva>

Blog.Pucp.Edu.Pe. (S.F.). Pension de alimentos.(S.F.). Obtenidode

https://www.Oas.Org/dil/esp/regulacion_cuidado_asistencia_familiar_obligaciones%20alimentarias_colombia.Pdf

Martinez, z. (S.F.). Obtenido de <http://martinezarrieta.Com/2015/09/25/retroactividad-de-la-pension-alimenticia/>

Ruiz Malaver, M. y Gualteros Rodríguez Juan Pablo. (2017) Protección del derecho de alimentos de menores de edad en Comisarías de Familia en Bogotá y Zipaquirá

Monroy Cabra, Marco G. (decimaquinta edición), Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia

Suarez Franco, R. (2014). Derecho de Familia. Bogotá: Temis

Demanda D-12703, 08/05/18

Badillo Abril, F. (2016). El Proceso de Alimentos en Código General del Proceso (Págs.47 al 72). Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

El Arte de Conciliar. Cámara de Comercio de Bogotá 1997

Nuevo Código Civil y Comercial: Habilidad para exigir reembolso de alimentos.
Publicado el 12 julio, 2. Actualidad en Jurisprudencia del Estudio A. Beccar Varela-Argentina.

Valencia Zea, A. (1983). Derecho Civil. Bogotá: Temis

Sánchez Cordero, Olga. Sentencia 5781/2014, pleno de la Suprema Corte. México.

Hernández Pascual y Jiménez, Beatriz, España, Retroactividad de la obligación de alimentos, 5 de febrero de 2018
(Iriarte Martínez, 2009). Diccionario jurídico

Morales Álvarez, N y Monterrosa Cochero, J. (23 de julio 2018) Expediente N° D12703