CONCEPTO 3 DE 2016

(Enero 15)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

10400/1760565999

Bogotá, D. C.,

Señor

XXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Su consulta con radicado del ICBF No. 1760565999 del 10/12/2015

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en el artículo 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015, así como en el artículo 6o, numeral 4o, del Decreto 987 de 2012, se responde la solicitud de concepto definitivo sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es necesario estar al día en el pago de la cuota alimentaria de un menor de edad para tener derecho a las visitas? ¿Cuáles son los parámetros legales para fijar la cuota de alimentos de un menor de edad?

2. ANALISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Metodológicamente estudiaremos 2.1) Ei interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes; 2.2) Qué es la reglamentación de visitas; 2.3) Qué son los alimentos a favor de un niño, niña o adolescente; y cuál es el trámite administrativo para fijar cuota alimentaria; 2.4) La inasistencia alimentaria.

2.1 El Interés Superior de los niños, las niñas y los adolescentes

La Convención sobre los Derechos del Niño en el numeral primero del artículo tercero establece que "(...) todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (subrayado fuera de texto).

La Constitución Política en el artículo 44 enuncia cuáles son los derechos fundamentales de los niños y estipula que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos, para garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así mismo contempla que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Por su parte, en el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia[1] se define el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como "(...) el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes".

En ese sentido, la Corte Constitucional ha precisado que todas las actuaciones que realicen las autoridades públicas en las que se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes deben estar orientadas por el principio del interés superior.[2]

En efecto, la Corte ha afirmado que "el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacionaI, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal".[3]

2.2 La reglamentación de visitas

El derecho de visitas de los niños, niñas y adolescentes por su naturaleza y finalidad, es un derecho familiar del cual son titulares conjuntos tanto los padres como los hijos y cuyo ejercicio debe estar encaminado a cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares.

Debe tenerse en cuenta que entre los deberes de los padres separados o divorciados está el de velar por el cuidado permanente de su descendencia y que ante la separación física, material de la pareja, los hijos quedan al cuidado directo de uno solo de aquellos, sin embargo, el padre que no ejerce este cuidado directo, tiene el derecho de visitar a los hijos y de ser visitados por ellos en forma permanente.

Quiere decir lo anterior que la reglamentación de visitas es un derecho de los niños, las niñas y los adolescentes, absolutamente exigible frente al padre que las impide o frente aquel que simplemente no las ejerce.

Al respecto, La Corte constitucional expresó:

…."El otorgamiento de la tenencia de los hijos menores a uno de los cónyuges o a un tercero no priva al otro -o a ambos, en el segundo caso- del derecho de mantener comunicación con aquéllos, el cual se manifiesta especialmente en el llamado derecho de visita. Tal derecho consiste en términos generales en la posibilidad de tener entrevistas periódicas con los hijos. Comprende también el derecho de mantener correspondencia postal o comunicación telefónica con ellos, la que no puede ser controlada o interferida sino por motivos serios y legítimos, en salvaguarda del interés del menor. "(...)

“Fuera de ello, el cónyuge que no ejerce la guarda -en tanto conserve la patria potestad- tiene derecho a vigilar la educación de los menores, derecho que se trasunta especialmente en la facultad -ejercitable en todo momento- de solicitar el cambio de la tenencia, ya que para conferir ésta es elemento de importancia primordial el interés de los propios hijos…”[4]

"Según la misma doctrina, para que las visitas puedan cumplir cabalmente su cometido deben realizarse en el hogar del progenitor en cuyo favor se establecen, si lo tiene honesto, o en el lugar que él indique. No deben llevarse a cabo en el domicilio del otro, porque ello supondría someter al que ejerce el derecho de visita a violencias inadmisibles y quitar a la relación el grado de espontaneidad necesario para que el visitante cultive con eficacia el afecto de sus hijos….”.[5]

(....) Algo similar ocurre con la regulación concreta del derecho de visita la cual debe hacerse siempre procurando el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo. Debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, el cual - rectamente entendido- requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con el padre. Su objeto es el de estrechar las relaciones familiares, y su fijación debe tener como pauta directriz el interés de los menores, que consiste en mantener un contacto natural con sus progenitores, por lo que es necesario extremar los recaudos que conduzcan a soluciones que impliquen sortear todo obstáculo que se oponga a la fluidez y espontaneidad de aquellas relaciones; las visitas no deben ser perjudiciales para los menores, pero tampoco han de desarrollarse de manera de lesionar la dignidad de quien las pide.

(....) Sólo por causas graves que hagan que el contacto con los menores pueda poner en peligro su seguridad o su salud física o moral pueden los padres ser privados de este derecho. Así, se ha decidido que ni siquiera la pérdida de la patria potestad es suficiente para excluir el derecho de visita, cuando aquélla se debe al abandono del menor; mucho menos la sola culpa en el divorcio o la simple negativa del hijo menor”.[6]

Por otro lado, es importante recalcar que el legislador, previo un mecanismo que le permite al niño, niña o adolescente, mantener y seguir desarrollando las relaciones afectivas con sus progenitores, así como recibir de éstos el cuidado y amor que demandan a través de un proceso judicial llamado reglamentación de visitas.

La reglamentación o regulación de visitas, es un proceso judicial por medio del cual se busca mantener un equilibrio entre los padres separados para ejercer sobre sus hijos los derechos derivados de la autoridad paterna. En principio, las visitas pueden ser acordadas por los padres según las circunstancias concretas del caso, con aprobación del funcionario correspondiente o, en su defecto, fijadas por el juez de familia, después de un estudio detallado de la conveniencia, tanto para niño, niña o adolescente, como para cada uno de sus padres.

En síntesis, la reglamentación de visitas permite al niño, niña o adolescente conservar el afecto de sus padres y familiares y a éstos de continuar en el acompañamiento del proceso de desarrollo integral del menor de edad; por lo tanto ha de tenerse en cuenta que la prevalencia de los derechos de los niños exige que la conducta de sus padre y familiares esté dirigida a su protección integral y a garantizarle el espacio de convivencia.

Una vez reglamentada las visitas estas no podrán ser sustituidas o modificadas unilateralmente por el incumplimiento de otra obligación.[7] Los asuntos de custodia, cuidado personal y regulación de visitas, tanto los jueces de familia, como los comisarios y defensores, tienen competencia, según el Código General del Proceso y el Código de la Infancia y la Adolescencia, para conocer del proceso judicial o del trámite administrativo, según sea el caso, y evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de garantías en asuntos donde se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.[8]

2.3. Los alimentos a favor de un niño, niña o adolescente y el trámite administrativo para fijar la cuota alimentaria

De acuerdo a lo indicado por la Corte Constitucional: “El derecho de alimentos es aquel que le asiste a una persona para reclamar de la persona obligada legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurárselo por sus propios medios. Así la obligación alimentaria está en cabeza de quien por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de alimentos”.[9]

Es así como el derecho de alimentos se deriva sin lugar a equívocos del vínculo familiar y es una obligación que tiene fundamento en el principio de la solidaridad, con la premisa que el alimentario no está en la capacidad de asegurarse su propia subsistencia.

El artículo 411. Del Código Civil dice que se deben alimentos: (...) 2o) A los descendientes. (...)

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a recibir alimentos es en sí un derecho fundamental. El artículo 44 de la Constitución Política establece que "son 'derechos fundamentales' de los niños la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión."

El anterior precepto constitucional está íntimamente relacionado con la noción de alimentos dispuesto en la legislación civil, de familia y en el Código de la Infancia y la Adolescencia, pues éste concepto encierra lo necesario para el desarrollo físico, sicológico, espiritual, moral, cultural y social del niño o adolescente. El reconocimiento que se hace a los menores del derecho a los alimentos tiene una finalidad protectora integral basada en el interés superior del menor.

En efecto, el artículo 24 de la Ley 1098 de 2006, "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia", estableció la siguiente definición de los alimentos:

"Artículo 24. Derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto."

El artículo 111 de la Ley 1098 de 2006, consagra las reglas para la fijación de cuota alimentaria por vía administrativa.

- El Defensor de Familia deberá citar a audiencia de conciliación al obligado a suministrar alimentos cuando conozca su dirección para recibir notificaciones.

- Cuando el Defensor de Familia no conozca la dirección del obligado deberá elaborar un informe que suplirá la demanda y lo remitirá al Juez de Familia para que inicie el respectivo proceso judicial.

- Cuando el obligado no haya concurrido a la audiencia a pesar de ser citado en debida forma, o habiendo concurrido no se haya logrado acuerdo conciliatorio, el Defensor de Familia fijará cuota provisional de alimentos.

- Cuando las partes no estuvieren de acuerdo con la cuota provisional de alimentos fijada por el Defensor de Familia, deberán, expresarlo a la autoridad administrativa a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, caso en el cual, el Defensor de Familia elaborará un informe que suplirá la demanda y lo remitirá al Juez de Familia para que se inicie el respectivo proceso judicial.

- Cuando las partes logren conciliar se levantará un acta donde se indicará: el monto de la cuota alimentaria y la fórmula para el reajuste periódico; el lugar y forma de su cumplimiento; la persona a quien debe hacerse el pago, los descuentos salariales; las garantías que ofrece el obligado y demás aspectos que sean necesarios para el cabal cumplimiento de la obligación alimentaria.

- Cuando sea necesario el Defensor de Familia promoverá la audiencia de conciliación sobre custodia, régimen de visitas y demás aspectos conexos.

Por lo anterior puede concluirse que la ley 1098 de 2006 regula en su art. 111 un trámite administrativo específico para la fijación de cuota alimentaria en favor de niños, niñas y adolescentes, se trata de un procedimiento garantista, al darle la potestad al Defensor de Familia de asignar cuota provisional de alimentos, cuando habiendo sido notificado en debida forma la parte obligada no concurra o habiendo asistido no se llegue a un acuerdo conciliatorio, bajo la salvedad, de que el Defensor de Familia, en todo caso, deberá solicitar toda la información necesaria a fin de fijar una cuota alimentaria proporcional, atendiendo los criterios legales y jurisprudenciales observados por los jueces en la fijación de una cuota alimentaria.

Los alimentos, pueden ser congruos y necesarios, entendiendo los congruos como aquellos que habilitan al alimentario para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, y los necesarios, como aquellos que le dan lo que basta para sustentar la vida.[10]

En el caso en que el alimentante tenga los recursos necesarios para pagar una cuota alimentaria superior a la que el Estado invierte, le corresponde al Defensor de Familia, Comisario de Familia o Inspector de Policía, asignar una cuota que no solo sea acorde a la capacidad económica del alimentante sino que responda con los requerimientos o necesidades del niño, niña o adolescente, es decir no se le puede exigir al alimentante una cuota cuyo valor exceda las necesidades reales que presenta el menor de edad.

El código civil establece que la tasación de los alimentos se hará con base a las facultades del deudor y circunstancias domésticas. El Juez reglará la forma y cuantía de los mismos.[11] De conformidad con lo dispuesto por el artículo 155 del Código del Menor, siempre y cuando no fuere posible acreditar los ingresos del alimentante, el juez podrá establecerlo teniendo en cuenta su patrimonial posición social, costumbre y todas las circunstancias que determinen su capacidad económica, presumiendo que devenga al menos el salario mínimo legal.

En Sentencia C-994 de 2004 la Corte Constitucional, frente al artículo 155[12] del Código del menor, afirmó que cuando en el proceso de alimentos no existe prueba para determinar el monto de los ingresos económicos del alimentante, el juez puede establecerlo discrecionalmente tomando en cuenta los factores generales señalados en la disposición y, si ello no es posible, en última instancia se presume que devenga al menos el salario mínimo legal.[13]

El artículo 129 de la Ley 1098 de 2006, establece que el juez fijará cuota provisional de alimentos cuando exista prueba del vínculo que origina la dicha obligación. De no tener prueba de la solvencia económica del alimentante, podrá establecerlo teniendo en cuenta su patrimonio, posición social, costumbre y todos aquellos antecedentes que sirvan para evaluar su capacidad económica. El artículo 130 de la misma ley, consagra medidas especiales para el cumplimiento de la obligación alimentaria.

De otra parte, el artículo 111 del Código de la infancia y la Adolescencia, reconoce el derecho al debido proceso, materializado mediante la notificación de la decisión tomada por parte del Defensor de Familia, y a la defensa de las partes asistentes, ya que al existir oposición con respecto a la decisión administrativa, éstas tienen derecho a expresarlo dentro de los cinco (5) días siguientes, caso en el cual el proceso será remitido el Juez de Familia, quien decidirá la Litis.

2.4 La inasistencia alimentaria

La inasistencia alimentaria es el incumplimiento injustificado de no suministrar la cuota alimentaria a que tiene derecho un niño, niña o adolescente.

El delito de inasistencia alimentaria está contemplado en el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, que dice:

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

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

De acuerdo a esta normatividad, es preciso señalar que en caso de incumplimiento en el pago de la cuota alimentaria que requiere un niño, niña o adolescente, es posible iniciar además de los procesos judiciales establecidos ante la jurisdicción de familia, presentar una denuncia penal por inasistencia alimentaria, si se demuestra que el padre incumple injustificadamente con la obligación de asistir y proteger al niño, niña o adolescente que se encuentra consagrada en el artículo 44 de la Constitución Política y vulnera los derechos fundamentales del menor de edad como es el derecho al mínimo vital.[14]

3. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal expuestas, para el caso en concreto se puede concluir que:

Primero: La Ley 1098 de 2006[15] establece que mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del menor de edad, no será escuchado en la reclamación de la custodia y cuidado personal, ni en el ejercicio de otros derechos sobre éste.

Sin embargo, como el derecho de visitas es un derecho del niño, niña o adolescente, la madre o la persona que lo tenga bajo su cuidado, no podrá interrumpir o impedir unilateralmente las visitas pactadas, sin que medie una orden de una autoridad administrativa o judicial.

Segundo: Si hay un incumplimiento en el régimen de visitas establecido entre padre e hijo, deberá ponerse en conocimiento esta situación ante la autoridad administrativa o judicial que corresponda, para que se adopten las medidas necesarias con el fin de restablecer los derechos del niño, niña o adolescente o se garantice el derecho vulnerado.

Tercero: La tasación de los alimentos se hará con base a la capacidad económica del alimentante y las necesidades del niño, niña o adolescente, si no se puede establecer la capacidad económica del deudor deberá presumirse que devenga al menos el salario mínimo legal.

Las obligaciones alimentarias que se fijan bien sea en conciliación o mediante sentencia judicial, deben ser claras, expresas y exigibles, con el fin de que en caso de incumplimiento se pueda demandar su ejecución, por lo tanto, la autoridad administrativa o judicial debe y está facultado para establecerlas claramente.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto[16] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica.

* * *

1. Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006.

2. Corte Constitucional, sentencia T-408-95, expediente T-71149, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

3. T-503 de 2003 y T-397 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). Cita sacada de la sentencia T-502 de 2011, expediente T-2622716, M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

4. Cfr. Belluscio Augusto César. Derecho de Familia. T. III. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1981, pp. 402.

5. Cfr. Ibídem, pp. 463.

6. Sentencia T-523 de 1992.

7. T-115 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

8. De acuerdo con la Ley 1564 de 2012, "por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, arts. 21, numeral 3 y 390 numeral 3, los jueces de familia tienen la competencia para conocer en única instancia de los asuntos relativos a la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, los cuales se tramitarán por el proceso verbal sumario. Asimismo, de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia, arts. 96, 97, 99 y 100, los procedimientos administrativos atinentes a la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de derechos de los niños (amonestación, retiro de la actividad que amenace o vulnere sus derechos, ubicación en medio familiar, ubicación en centros de emergencia, adopción) son de competencia de los defensores de familia y comisarios de familia, quienes podrán tomar las medidas provisionales de urgencia que sean necesarias para la protección integral del menor, y practicar las pruebas que consideren conducentes para establecer los hechos perturbadores de los derechos del niño. Finalmente, conforme al Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 119, estas decisiones administrativas podrán ser objeto de revisión por el Juez de Familia.

9. Sentencia C-919 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería

10. Artículo 413 del Código Civil

11. Artículos 419 y 423 del Código Civil.

12. Art 155. “Cuando no fuere posible acreditar el monto de los ingresos del alimentante, el juez podrá establearlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal".

13. C-994 de 2004 Corte Constitucional. MP Dr. Jaime Araujo Rentería.

14. Sentencia C-440 del 2002 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

15. Artículo 129

16. “Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de instrucción, a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo, la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el Art. 200 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolla con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia e imparcialidad.(...) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza

igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio". Corte Constitucional. Sentencia C - 877 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.