

# EL PATRIMONIO DE FAMILIA INEMBARGABLE: LIMITACIÓN LEGAL PARA LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO DE ALIMENTOS CONGRUOS A FAVOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA <sup>1</sup>

Juan Fernando García Duque<sup>2</sup>

Santiago Orrego González<sup>3</sup>

## RESUMEN

La evolución de la legislación de familia propende en la actualidad por la protección multidimensional de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección, lo que incluye el aseguramiento frente a la satisfacción de las necesidades económicas para su existencia, deber que recae en principio en los padres, , protección que puede encontrarse restringida ante la medida cautelar sobre inmuebles sometidos a protección de patrimonio de familia inembargable, por cuanto la Ley 70 de 1931 no ha considerado que este tipo de obligaciones puedan levantar el citado gravamen, existiendo una posible colisión normativa, que es objeto de estudio en este artículo, donde se evidencia que el conflicto normativo tiene dos posibles salidas, una en manos del legislador con la modificación del régimen jurídico del patrimonio de familia inembargable, o bien la declaratoria de exequibilidad condicionada de la Ley 70 de 1931, en el entendido que los bienes afectados con este gravamen puedan ser embargados por concepto de alimentos , siendo entonces el propósito del artículo, dar cuenta de la evolución jurisprudencial y normativa del principio del interés superior de Niños, Niñas

---

<sup>1</sup> Artículo de investigación documental presentado como modalidad de trabajo de grado para la obtención del título de Especialista en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Universidad Católica Luis Amigó- Sede Medellín. Docente Asesora: María Isabel Uribe López

<sup>2</sup> Abogado titulado de la Universidad Pontificia Bolivariana; especialista en Derecho Procesal de la Universidad Pontificia Bolivariana. Registrador de Instrumentos Públicos del Circulo de La Ceja (Antioquia). Correo electrónico [juanfernando1999@hotmail.com](mailto:juanfernando1999@hotmail.com)

<sup>3</sup> Abogado de la Corporación Universitaria de Sabaneta Unisabaneta, diplomado en Conciliación Extrajudicial en Derecho. Abogado litigante y consultor. Correo electrónico [Santiago.orrego.g@gmail.com](mailto:Santiago.orrego.g@gmail.com)

y Adolescentes (NNA), desde la perspectiva del derecho de alimentos, y como el mismo no puede ser vulnerado por normas de orden sustancial, en virtud de la jerarquía de la norma.

**Palabras Clave:** Derecho de Alimentos; Exigibilidad de Derechos; Patrimonio de Familia Inembargable; Doctrina de la protección Integral; Niños, niñas y adolescentes; Medidas cautelares; Alimentos Congruos; Derecho de Familia; déficit legislativo; desprotección jurídica.

## **INTRODUCCION**

La evolución del concepto de familia en Colombia y en el mundo ha sido objeto de reflexiones y análisis desde el estudio del derecho y desde la misma norma, dando cuenta de ello la Constitución Política de Colombia en su artículo 42 y la reiterada jurisprudencia que existe al respecto de la redefinición y ampliación de las modalidades de familia, y la permanencia de los vínculos paterno filiales no solo desde lo afectivo, sino además desde el régimen obligacional.

Lo anterior, de la mano de la evolución en el derecho internacional, respecto de los derechos de la niñez genera que en ese nuevo esquema de protección, los derechos de la infancia y la adolescencia sean tutelados a punto tal, que el derecho de alimentos supone una garantía de establecimiento y tutela de condiciones mínimas de desarrollo que no pueden ser desconocidos, y menos aún por normas anteriores, tales como la Ley 70 de 1931.

Es por ello, que se ha identificado como problema a tratar en la investigación, la indagación sobre cuáles con las formas en que se puede vulnerar o restringir el derecho a percibir alimentos por parte de los niños, niñas y adolescentes en Colombia cuando sus padres u otros alimentantes afectan su patrimonio con el gravamen a la propiedad de patrimonio de familia

inembargable, debiendo establecerse para efecto las consecuencias de la inscripción de dicho gravamen, requiriendo dicho estudio la determinación del concepto y alcance de la figura del patrimonio de familia inembargable, para luego entrar a analizar en contexto el concepto, evolución y alcance del derecho de alimentos; posteriormente, analizar ambas instituciones desde la perspectiva constitucional e histórica, y con ello analizar implicaciones sustanciales y procesales desde el derecho de familia derivadas de la colisión de estas dos figuras y la afectación que supone ello frente al principio del Interés superior del NNA.

El análisis jurídico en perspectiva constitucionalista, la evolución de la jerarquía de la norma y los principios constitucionales son los pilares motivacionales de la construcción de conocimiento, por tanto, requieren sustento jurídico y teórico desde un enfoque descriptivo y analítico, donde la investigación cualitativa permita cuestionar no solo la aplicabilidad de la legislación vigente, sino además sus efectos en una sociedad donde la inasistencia alimentaria se ha convertido en un asunto que ya no apela a la moral de los sujetos, sino que incumbe a la administración de justicia, tanto a la jurisdicción de familia como a la penal (ver artículo 233 del Código Penal), trasciende a la tutela efectiva de los derechos de los hijos, con independencia de su origen matrimonial o extramatrimonial.

La legislación colombiana en materia de protección a la familia se ha instituido a partir del artículo 42 Constitucional, y previo a este se entendía la familia como una institución protectora de la reproducción humana y el establecimiento de la prole, conforme a los cañones y premisas del catolicismo como religión oficial de la nación, que para el siglo XX aboga por la administración conjunta del hogar, y es de allí que surge la Ley 70 de 1931 “que autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables”, con la cual se procuró otrora, el establecimiento y no perturbación del hogar conyugal.

En este orden de ideas, es preciso entonces el análisis de cómo el concepto del patrimonio de familia inembargable, como manifestación del derecho a la propiedad, no puede ser antagónico ni incompatible con el derecho de los NNA a percibir alimentos, lo que implicaría

que el padre es propietario de un bien inmueble y el mismo se halla excluido legalmente de la afectación del embargo, lo que torna de difícil recaudo el crédito correspondiente a la obligación alimentaria, partiendo de la premisa que el patrimonio del deudor es la prenda general de los acreedores, y en el caso de obligaciones alimentarias, el acreedor per se y su núcleo de derechos gozan de un carácter preferente en la sociedad.

Es preciso advertir que en la actualidad el derecho de alimentos a favor de niños, niñas y adolescentes no solo se ha concebido como una prestación económica derivada de la filiación, sino que además responde a la materialización de los principios y mandatos de la protección de sus derechos, como parte del conjunto de deberes que la Constitución y la Ley imponen a los padres, obligación que surge de la adopción o del hecho biológico de la procreación, lo que ha motivado a que la inasistencia alimentaria pasara de ser un asunto irrelevante, de poca connotación y casi nula existencia, a uno de los fenómenos de mayor conflicto en la institución familiar, y es allí donde en los procesos de alimentos, entran las medidas cautelares a dar un soporte a la exigibilidad del derecho.

Lo anterior, tiene como origen los principios de reciprocidad, necesidad actual, numerus clausus (o existencia de leyes que los impongan), protección de la sociedad y extra patrimonialidad (Naranjo Ochoa, 2002, p. 498-499), donde la teoría de prevalencia del interés de niños, niñas y adolescentes colisiona con la institución del patrimonio de familia inembargable, la cual ha sido implementada como un mecanismo de exclusión de bienes del comercio, pudiendo abusar algunos padres y madres del derecho, con el fin de evadir las obligaciones alimentarias y a para ejercer su derecho de propiedad plenamente, restringiendo el derecho de sus hijos a percibir alimentos, debiendo esperar incluso al fallecimiento del padre para exigir un crédito, que aunque es en principio imprescriptible, dejó de atender a sus principios y a su carácter de necesidad.

Dicho panorama y la situación social y de ejercicio de derechos y deberes, requiere entonces no solo ser analizado, sino que demanda que desde el campo de estudio del derecho de familia se propongan soluciones con el fin de que la infancia y la adolescencia en Colombia,

realmente se protejan y se pueda avanzar desde la legislación en la transformación del concepto contemporáneo de la paternidad y maternidad responsables desde la doctrina de la protección integral, donde prevalezca realmente el derecho de alimentos con una legislación armónica y coherente con el momento histórico.

## DISEÑO METODOLÓGICO

Para el efecto de la comprensión de la interrelación del derecho de niños, niñas y adolescentes a percibir alimentos por parte de sus padres, y el conflicto normativo que se puede presentar en virtud a la existencia de afectación al patrimonio de familia inembargable como posible limitante procesal para hacer efectivo el derecho sustancial vía medida cautelar, se precisó un análisis que no solo apele a la literalidad de la norma, sino a otras fuentes con igual o superior valor jurídico.

Por lo anterior, los autores se decantaron por la formulación de una propuesta de investigación fundamentada en la investigación con enfoque cualitativo, por cuanto representa una serie de ventajas desde el análisis de datos y la construcción de un conocimiento, siendo preciso destacar para el efecto, el análisis de las ventajas e implicaciones de la investigación cualitativa descritas por López Cuellar (2011), quien afirma que “El método cualitativo busca entender el significado que los participantes de la investigación le han dado a sus experiencias de vida.”, lo anterior a partir del método inductivo con el fin de que no se compruebe la hipótesis, sino que tomen los datos y con base a ellos se construyan los conceptos y genere la derivación y conclusión de los datos contenidos en el resultado, logrando que “las palabras sustituyan a los números propios de la investigación cualitativa” (López Cuellar, 2011, pp. 7-8)

En igual sentido, Croda & Abad (2016) han reconocido que la investigación cualitativa “también es conocida como investigación naturalista, fenomenológica, interpretativa o

etnográfica. Es decir, es aquella que le interesa la comprensión cabal de un hecho, suceso o fenómeno desde las diversas concepciones de los sujetos implicados.” (2016, p.16), definiciones que en complemento, permiten fundamentar de forma suficiente la pertinencia del enfoque de investigación seleccionado, en el entendido que se pretende dar valor a la problemática abordada a partir del argumento, del análisis crítico y coherente de la información, con lo que se logró un artículo de investigación, que da cuenta del estado actual de incompatibilidad formal y material entre los objetos de investigación, que a la par deja en evidencia la necesidad de observar la norma y proceder a regular dicho asunto.

Conforme a lo anterior, es preciso citar a Rusu (s.f.) para efectos de desarrollo del alcance de la investigación, por cuanto los autores le dieron a la misma un enfoque descriptivo, advirtiendo el autor, que es necesario definir el enfoque con el fin de delimitar el alcance del objeto de estudio y definir las estrategias de investigación, siendo la investigación descriptiva la puerta de análisis a los estudios correlacionales (la interrelación de dos fenómenos), lo cual se materializa de cara a la presente investigación conforme se planteó el problema de investigación, siendo pertinente para los autores la determinación del enfoque antes de iniciar la recolección de la información una vez formulada la revisión bibliográfica inicial y los objetivos. (Rusu, s.f., pp. 3-8)

Asimismo, se plantea que la finalidad del estudio descriptivo es la caracterización de los asuntos y las funciones del objeto de estudio, lo cual se perfecciona en el caso concreto, por cuanto se analiza desde el régimen constitucional y procedimental asuntos propios del derecho sustancial que presentan una colisión entre sí, mas no se aborda desde acciones materiales el mismo, sino desde el enriquecimiento del debate jurídico como inicio de la construcción del conocimiento, descripción que se compuso de dos elementos, el descriptivo, que da cuenta de las construcciones anteriores, pero solo aplicables frente a una parte del tema, y el exploratorio, por cuanto de la unión de los dos asuntos objeto de análisis, no existe precedente. (Rusu, s.f., p.9)

Definido el enfoque y el alcance de la metodología de la información, podemos señalar entonces que el enfoque teórico de la misma tiene fundamento en el neoconstitucionalismo, concepto de construcción internacional que admite diversos significantes y significados, respecto al cual ha manifestado Núñez Poblete (2010), que “esta problemática es tan pluriforme, y los diagnósticos y respuestas tan divergentes que hay quien se ha atrevido a sostener que, más que una teoría sistemática, el neoconstitucionalismo es una suerte de "atmósfera cultural"” (Núñez Poblete, 2010, p. 524)

Dichos elementos, donde el elemento del capital y de la atmósfera cultural, se corresponde en este caso con la pauta proteccionista de los derechos de la infancia y la adolescencia, los cuales no logran una consolidación positiva hasta bien entrado el siglo XX, y frente a lo cual Colombia no ha actuado contracorriente, sino que por el contrario ha consolidado un sistema jurídico, que sin embargo no es armónico con algunas instituciones jurídicas y textos normativos, que demanda entonces una revisión a la luz de los principios y valores que emanan de la Carta Constitucional vigente en la legislación desde 1991.

Muestra de lo anteriormente afirmado, y de la investigación presentada, se da cuenta de la recolección de la información ya seleccionada, mediante fichas de análisis de lectura, donde no solo se analizan las citas textuales de los autores, sino que las producciones de rigor científico y jurídico son contextualizadas en clave del problema de investigación que se formulare de manera primigenia: y en igual sentido, se procedió frente a las fuentes no referenciadas en fichas a sistematizarlas mediante una tabla de revisión bibliográfica, luego de rastreadas diversas bases de datos y analizados los textos en clave de la pertinencia y utilidad respecto al objeto de estudio previamente establecido.

## **1. EL CONCEPTO, EVOLUCIÓN Y ALCANCE DEL DERECHO A PERCIBIR ALIMENTOS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.**

En el marco de regulación de las relaciones entre las personas, el Código Civil en su artículo 411 y subsiguientes ha concebido los alimentos como un derecho en favor de ciertas personas y a cargo de otras, donde los alimentos se representan en dinero y tienen como finalidad la satisfacción de necesidades básicas, que devienen de la coexistencia de la sociedad en el marco de un modelo económico capitalista. Respecto al concepto de alimentos, han afirmado Díaz & Figueroa (2013) que “el lenguaje cotidiano asimila el concepto de alimentos con el sustento nutricional, para el derecho de familia, los alimentos son aquella prestación que obra a cargo de una persona” (p.1)

Las obligaciones alimentarias como concepto jurídico, tienen una profunda raigambre en el derecho de familia, especialmente en la tutela de los derechos de ciertas personas, entre las cuales la legislación colombiana solo tuteló el derecho frente a los hijos naturales, pues se entendía la dinámica social anterior en clave de la familia nuclear de origen sacramental en un modelo del patriarca proveedor, sin embargo, en el marco histórico que formulan Betancur, Espinosa & Villamarin (2019), ponen de manifiesto que el derecho de alimentos surge en el Siglo III en las instituciones romanas, a través de la acción “cognitio extraordinem”, siendo un proceso sumario o abreviado donde el príncipe o el cónsul delegado, debía tutelar de forma inmediata este derecho, tratándose no como un asunto de derecho civil, sino como un asunto de derecho público (Betancur, Espinosa & Villamarin, 2019; p. 13)

Pero para comprender el cambio en el paradigma en la familia sobre los alimentos y la relación de ello a la luz del derecho de familia, es preciso recapitular los postulados formulados por De La Rosa & Molina (2016), quienes exponen la evolución de la institución familiar desde la regulación de las relaciones de ordeno y mando contenidas en la Ley de las XII Tablas, pasando por la incapacidad de la mujer y de los menores de edad en Roma, hasta llegar a la familia medieval que se subsume en tres principios, a saber 1. La composición

uniforme con base al parentesco, residencia y producción; 2. la prevalencia de la primogenitura en el ejercicio de derechos y la administración de la herencia y 3. La intensidad del vínculo afectivo y su efecto desde la obediencia y sumisión al padre (pg. 7-8), esquema que se mantiene hasta la Revolución Industrial, donde la familia deja de ser un núcleo central, para componer el sistema productivo, lo que suponía una modificación de las relaciones económicas, con las consecuencias que el mismo supone frente al régimen de responsabilidades personales y patrimoniales (De la Rosa & Molina, 2016; pg. 7-12)

En el contexto colombiano, es preciso indicar, que el derecho de alimentos no se encuentra instituido en el Código Civil, sino que en la actualidad transmite sus efectos de definición y delimitación en la Ley 1098 de 2006, pues como advierten Betancur, Espinosa & Villamarin (2019), la principal fuente de este derecho es la Constitución de 1991. Rojas- Maldonado (2007) deja en evidencia que el fundamento del derecho de alimentos en el orden jurídico actual, tiene origen en la sanción por inasistencia alimentaria que consagró como conducta punible el artículo 40 de la Ley 75 de 1968, que modificó el artículo 233 y subsiguientes del Código Penal para entonces vigente, Código Penal de 1936; dejando los anteriores textos en evidencia que el derecho de alimentos no es de creación reciente desde el punto de vista sustancial, solo que su exigibilidad a la luz del estatuto procesal y los principios Constitucionales se han fortalecido en los últimos tiempos.

### 1.1. Concepto de derecho de alimentos y su evolución normativa

El derecho de alimentos, se ha reconocido por excelencia como el régimen obligacional por medio del cual, determinadas personas, reconocidas para el efecto por el Código Civil pueden reclamar para sí, una determinada prestación económica representada en dinero y/o en bienes de consumo, con el fin de asegurar condiciones para su subsistencia; sin embargo, en Colombia el desarrollo de este concepto ha sido progresivo en su amplificación conforme al tenor del Código Civil, toda vez que el texto original solamente concibió como titulares de este derecho a la mujer divorciada sin su culpa, a los hijos naturales y su posteridad legítima

y a los padres naturales, siendo preciso destacar que los hijos naturales son aquellos concebidos por personas solteras por fuera del vínculo matrimonial.

La reforma a la legislación primigenia, tiene origen en la Ley 75 de 1968, en cuanto se amplifica de solo los padres naturales a la ascendencia natural, y suprime la palabra legítimos en la descendencia, haciendo titulares del derecho a los hijos naturales y su descendencia, aun cuando la descendencia no fuera legitimada (reconocida en virtud del matrimonio); y en igual sentido la Ley 1 de 1976 reconoce que el hombre a quien no se pueda imputar el divorcio, puede reclamar alimentos a su ex cónyuge, dejando a ambos cónyuges en igualdad de condiciones, igualdad de condiciones que se predica respecto de los hijos con la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1982, donde la diferenciación entre hijos legitimados, naturales, legítimos, espurios, de dañado y punible ayuntamiento y demás expresiones peyorativas con lenguaje de segregación, desaparecen del ordenamiento jurídico. Sin embargo, Giraldo & Sánchez (2016) han reconocido que se han dado otras evoluciones en el derecho de la familia en cuanto al reconocimiento de derechos, en especial de los derechos de la mujer y de la infancia y la adolescencia, como la Ley 8 de 1922, la Ley 28 de 1931 o la Ley 5 de 1973 son solo algunos de los ejemplos de la forma en que se protege a la familia (Giraldo & Sánchez, 2016, p. 16)

Con la Carta Política y en virtud de la figura del Bloque de Constitucionalidad se reconoce la necesidad de reformar las normas de protección a la infancia y la adolescencia, por cuanto el derogado Código del Menor no se corresponde con el catálogo de obligaciones del Estado en materia de protección a menores de edad, por cuanto fue ratificada la Convención de los Derechos del niño mediante la Ley 12 de 1991, surgiendo de dicha necesidad de adecuación al estándar internacional y a las obligaciones adquiridas por el Estado, origen de la Ley 1098 de 2006, la cual ha enunciado los elementos que comprenden el derecho de alimentos en favor de niños, niñas y adolescentes en su artículo 24, teniendo este derecho incidencia en “...su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social” concepto que se asocia con la capacidad del alimentante y entendiendo 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” obligación que incluso se hace extensiva a los gastos de embarazo y parto de la madre gestante . (Ley 1098 de 2006, art.24), asunto frente al cual consideran Gualteros & Ruiz (2017) que el panorama jurídico proteccionista del derecho de alimentos, es muy prometedor y que prueba de ello es que “el Estado atendiendo al principio de corresponsabilidad, ha creado unas instituciones para aplicar tal ordenamiento normativo, apoyados en garantías y herramientas”. (Gualteros & Ruiz, 2015, p. 3)

En la misma norma, al tenor del artículo 30 se señala en el marco de obligaciones del Estado, el deber de apoyar a las familias que por sus propios medios no puedan sufragar plenamente las obligaciones alimentarias, y en este orden de ideas, es preciso señalar el cuestionamiento que plantea Álvarez- Pertuz (2011) quien cuestiona el inciso octavo del artículo 42 Constitucional, formulando como pregunta “¿Será que los colombianos somos lo suficientemente responsable para tener el número de hijos que podemos sostener y educar?”.

En igual sentido, Arias, Castro & Vélez (2018), han formulado otra crítica a la deficiente y tardía ejecución legislativa en materia de derecho interno, así como en la adecuación al tenor de las normas de Derecho Internacional ratificadas vía Bloque de Constitucionalidad, cuestionando la falta de mecanismos para la tutela de los derechos de la infancia y la adolescencia, indicando los autores en su crítica que en la actualidad se desdibuja en los cánones sociales la responsabilidad parental, donde aumentan los casos de padres que no suministran alimentos a sus hijos, sentenciando además que “...las entidades correspondientes tardan demasiado para aprender a esos padres indiferentes a las necesidades, re victimizando a los niños, niñas y adolescentes, por falta de logística y personal de apoyo” (Arias, Castro & Vélez, 2018; p. 23). Lo anterior, deja en evidencia, que el derecho de alimentos en Colombia ha sido una fuente de constante debate y evolución no solo desde sus titulares, sino además desde el análisis de la protección a las personas y a la familia, pero que aun así las valoraciones sobre las relaciones derechos- deberes de los padres para con sus hijos, se ha transformado y ha generado la necesidad de intervención del Estado,

en aras de un derecho sustancial que se contempla de forma general, impersonal y abstracta en el ordenamiento jurídico.

## 1.2. Clasificación de los alimentos, su aplicación y la tasación en favor de niños, niñas y adolescentes

Para comprender el régimen de los alimentos en Colombia, su diferenciación y la tasación de los mismos como una actividad propia del juez conforme a una serie de principios, es preciso citar entonces los artículos 411 del Código Civil, donde se establece en el numeral segundo que los descendientes (hijos) son titulares de este derecho, norma que presenta la clasificación de los alimentos en congruos y necesarios conforme al artículo 413 *ibídem*, siendo el derecho de los alimentos a favor de los hijos un derecho preferente respecto a las demás obligaciones por alimentos, las cuales deben observar los elementos de capacidad y necesidad para efectos de una justa tasación, y en tal sentido es preciso citar la Sentencia C-156 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana, norma en la cual se declara la exequibilidad del artículo 413 del Código Civil, considerando dicha sentencia que no se puede aplicar un criterio de equidad entre los titulares de alimentos congruos y necesarios, por cuanto la cercanía desde la filiación, la adopción, las donaciones y el matrimonio exige un determinado comportamiento, donde el derecho de la niñez y la adolescencia goza de protección reforzada en el sistema jurídico colombiano.

## 2. TENSION ENTRE EL DERECHO A PERCIBIR ALIMENTOS POR PARTE DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y LA GARANTÍA DEL PATRIMONIO DE FAMILIA INEMBARGABLE

En el marco de los procesos judiciales donde los niños, niñas y adolescentes deben rogar al Juez de Familia el reconocimiento de una prestación alimentaria, bien sea en un proceso declarativo de fijación, aumento o revisión de cuota de alimentos, o en procesos ejecutivos de alimentos donde la obligación consta de manera clara, expresa y exigible: en virtud del

principio del interés superior del menor (hoy interés superior de los niños, niñas y adolescentes) y de lo consagrado en el artículo 590 del Código General del Proceso, es posible para asegurar el cumplimiento de la prestación alimentaria, rogar al juez al momento de la presentación de la demanda, en un escrito aparte, que decrete una medida cautelar que puede ser innominada, o bien puede ser nominada, es decir que se halle consagrada en la norma jurídica sustancial o procedimental.

Una de las medidas cautelares nominadas es el embargo, que consiste en la suspensión del poder dispositivo de todo o parte del patrimonio de la persona a quien se demanda, como puede ser el padre que incumple con el deber de otorgar alimentos al hijo menor de edad, pero existe un caso donde colisionan dos derechos, aquellos casos donde el único patrimonio del padre obligado en alimentos es un bien inmueble afectado con el gravamen a la figura del patrimonio de familia inembargable, regulado por la Ley 70 de 1931 y que aún se mantiene vigente, donde solo se formula como excepción a la inembargabilidad la prestación de garantía hipotecaria para efectos de adquisición del inmueble, desatando ello un conflicto, que en el momento de expedición de la citada ley no fue referido, pero que en la actualidad impide materializar un mandato Constitucional, y que por tanto demanda el objeto de estudio, que se presenta a continuación.

## 2.1. Los procesos judiciales con pretensión de prestaciones alimentarias a favor de menores de edad en el ordenamiento jurídico colombiano

En Colombia, el derecho de alimentos se instituye como una de las garantías de materialización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en la medida que con este se pretende la satisfacción de necesidades como alimentación, recreación, salud, educación, vestuario entre otros, conforme lo dispone la Ley 1098 de 2006, y para tal efecto, la legislación contempla procesos judiciales en dos escenarios, por un lado, la legislación penal consagra la inasistencia alimentaria como un delito, conforme a lo estipulado en el artículo

233 del Código Penal (Ley 599 de 2000), cuyas reglas del procedimiento se consagran en la Ley 1826 de 2017, por medio de la cual se adopta el procedimiento penal abreviado.

Aparte del procedimiento penal, que se somete a otras dinámicas, el proceso judicial ante la jurisdicción de familia encuentra su fundamento sustancial en el artículo 411 y subsiguientes del Código Civil, así como conforme a lo consagrado en la Ley 1098 de 2006. En tal sentido, es preciso señalar que los alimentos en Colombia responden al principio del derecho rogado, por cuanto si bien el derecho se halla reconocido en la legislación civil y de familia, lo cierto es que para su materialización se exige la aplicación de dos criterios, la capacidad de quien otorga los alimentos, y la necesidad de quien los recibe, que en los casos de los menores de edad, dicha necesidad se fundamenta en la minoría de edad y la dependencia respecto del padre, madre u obligado a dar alimentos. Previo desarrollo de los dos tipos de procesos de alimentos que se pueden formular en la jurisdicción de familia, cabe anotar que la legislación en la materia permite que se reconozca no solo la existencia de la obligación en sí, sino que además se cuantifique y se establezcan las condiciones de modo, tiempo y lugar para la satisfacción de la obligación en sede de conciliación extrajudicial en Derecho.

Lo anterior, encuentra su fundamento en materia de alimentos en la Ley 12 de 1991, la Ley 446 de 1998 y la Ley 640 de 2001, siendo reconocida a punto tal que en los procesos declarativos de alimentos (fijación, aumento, revisión, disminución y exoneración) se exige que se agote requisito de procedibilidad, convocando la parte interesada a audiencia, salvo en los casos donde el interés del niño, la niña o el adolescente pueda verse en riesgo y proceda la petición de una medida cautelar. Cabe precisar finalmente, que en caso de que agotado el requisito de procedibilidad se logre un acuerdo entre las partes, que evite la llegada del proceso declarativo a los estrados judiciales, el título donde se reconocen las prestaciones económicas por concepto de alimentos pasa a ser cosa juzgada relativa y el documento presta título ejecutivo frente al incumplimiento de lo pactado, si ello ocurriese a posteriori.

#### 2.1.1. Procesos declarativos en materia de alimentos

El proceso declarativo se encuentra regulado en el régimen procesal bajo dos tipologías de procesos, por un lado el proceso verbal sumario, que se tipifica en el artículo 390 del Código General del Proceso que es viable cuando se pretende fijar, aumentar disminuir, exonerar o restituir alimentos, siempre que los mismos no hayan sido fijados por mandato judicial, para los demás efectos, donde se pretenda la declaración judicial de alimentos o los mismos hayan sido reconocidos mediante sentencia emitida por Juez competente. Consecuencia de lo anteriormente señalado, para efectos de formulación de la demanda, será entonces precisa la observancia del estado de la relación jurídica sustancial, de la preexistencia de títulos ejecutivos o de procesos anteriores, ya que, de lo anterior, depende el mayor o menor grado de agilidad del proceso judicial por alimentos.

#### 2.1.2. Procesos ejecutivos de alimentos

Los procesos ejecutivos, pueden entenderse como las acciones jurisdiccionales tendientes al cumplimiento de obligaciones claras, expresas y exigibles que se hallan recogidas en el marco de un título ejecutivo, concepto que recoge el Código General del Proceso en su artículo 422, el cual indica que se entiende así todo documento que provenga de un deudor o su causante, sentencias, providencias aprobatorias de costas y demás documentos que señale la ley, lo que incluye actas de conciliación.

A diferencia de otro tipo de procesos ejecutivos, en el proceso ejecutivo de alimentos los intereses no son variables, sino que se aplica el interés legal que corresponde a un seis por ciento anual, que equivale al 0.5 por ciento mensual de las obligaciones causadas y no satisfechas a la presentación de la demanda, por lo que en este tipo de procesos no se admite la reducción o pérdida de intereses. El proceso ejecutivo se encuentra contenido en su trámite a partir del artículo 422 del Código General del Proceso, fijando las especificidades del proceso el artículo 430 ibídem. Además, cabe destacar que, a diferencia del proceso declarativo, en este escenario no hay lugar a una admisión de la demanda ni a la notificación

de la misma para efectos de contradicción o defensa en términos similares a los procesos declarativos, por cuanto la obligación ya se halla reconocida en documento anterior, cuyo original debe ser aportado al juzgado junto con la demanda, y solo pueden formularse algunas excepciones previstas en el artículo señalado como recurso de reposición frente al mandamiento de pago, y el trámite de las excepciones se regirá por lo consagrado en el artículo 442 del Código General del Proceso.

## 2.2. Las medidas cautelares en procesos de alimentos.

La entrada en vigencia del Código General del Proceso no fue un proceso fácil, como se pretendió en principio, sino que supuso un despliegue de información, capacitación y transición no exento de polémica, donde algunas de las funciones y procesos se observaban con recelo por parte incluso, de los operadores judiciales, quienes se debatieron entre un ejercicio hermenéutico y principailístico, siendo uno de esos aspectos de debate el tema asociado con las denominadas medidas cautelares innominadas.

En tal sentido, es preciso recapitular lo señalado por Baracaldo (2016), quien destaca en el legislador el aumento de funciones en el Juez, con el fin de disminuir las cargas procesales que manifiestan un desequilibrio para el demandante en la relación jurídica (s.f.), lo cual se corresponde entonces, con el espíritu del Código General del Proceso dentro de su fundamento filosófico y deontológico de alivianar las cargas de la administración de justicia.

Sin embargo, pese a que el deber ser jurídico que pretende la norma puede calificarse como positivo, destaca el citado autor en su disertación al respecto, que dicha amplificación se debe corresponder con un actuar leal de los jueces, atendiendo a los principios de la actividad judicial, toda vez que es una prueba que se impone a la discrecionalidad del operador jurídico, que busca aligerar cargas procesales, en lugar de mantener la gravosidad e inflexibilidad que suponía el régimen procedimental anterior.

En materia del decreto de medidas cautelares en asuntos de la jurisdicción de familia, la situación se torna especialmente compleja, máxime los mandatos contenidos en el artículo 44 de la Constitución Política, la Ley 1098 de 2006 y las normas del Bloque de Constitucionalidad concordantes en materia de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, toda vez que en principio, se podría afirmar que pueden adoptarse incluso medidas contrarias a normas de orden positivo, aplicando la teoría Kelseniana de la supremacía Constitucional, asunto que admite un debate con defensores y detractores de situación tal.

Aun con lo anterior, la prestación, sustitución, modificación y cancelación de medidas cautelares no deja de ser un asunto coyuntural en el derecho actual, por cuanto se pasó de una transición a un régimen exegeta a uno de libertades donde la subjetividad del juez puede tornarse un tanto arbitraria, e incluso injusta frente al demandante en su afán de protección puesto que como afirma Baracaldo “...por razones de costos de oportunidad, costos del proceso o para no exponerse a perjuicio mayor derivado de la medida, el demandado, en algunos casos, prefiere otorgar prosperidad a la pretensión infundada, accediendo a las exigencias del demandante.” (2016; s.p.)

En el escenario judicial, las medidas cautelares han de representar una forma de materialización del principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes en el entendido que con la disposición de tutelar derechos ciertos y de prevalencia en la esfera constitucional, que a la luz del estatuto procesal, atienden a principios del derecho de desarrollo incluso de los tiempos de Roma, pero que en la actualidad padecen de una inaplicación que en gran medida, conforme ha afirmado en sus disertaciones Cabrera (2014), son consecuencia de los rezagos y la práctica del Derecho a la luz del Código de Procedimiento Civil, ya derogado.

La evolución y desarrollo de las medidas cautelares, en especial de aquellas denominadas como “innominadas” tiene una profunda aceptación en el campo del derecho netamente civil, sin embargo, en el derecho de familia, donde las normas de derecho privado se mezclan con normas de orden público no gozan de un desarrollo preeminente ni en la jurisprudencia, y menos aún en la doctrina. Los jueces y los funcionarios al servicio de los juzgados de familia en Colombia si bien pueden ser formados en el ámbito de aplicabilidad de medidas cautelares, se hallan en la dicotomía entre los límites y libertades que les otorga el ordenamiento jurídico, con la vigilancia de los órganos de control frente a la actividad judicial, lo cual si bien admite un debate probatorio y una aplicación normativa extensiva proteccionista, no está exento de dudas y conflictos de intereses entre la defensa del derecho sustancial y los límites a la actividad judicial.

Sin embargo, frente al objeto de estudio de la aplicabilidad de la medida cautelar de embargo en procesos de alimentos cuando la garantía es un bien inmueble sometido a la afectación de patrimonio de familia inembargable, se evidencia que frente a la acción de cautela, incluso una medida innominada de afectación frente a la disposición de la propiedad, podría no prosperar por cuanto la ley es clara en la palabra “inembargable”, lo cual deja en evidencia entonces la necesidad de profundizar al respecto del conflicto de derechos e intereses que se plantean como ejes temáticos en esta investigación.

Lo anteriormente expuesto, encuentra además complemento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, puesto que en sentencia C-1064 de 2000, ya este alto Tribunal afirmaba que

Sea lo primero señalar que el derecho amenazado y cuya protección se pretende asegurar con la medida, está constituido por la subsistencia económica del beneficiario (menor), reflejada en distintos aspectos de su desarrollo integral y armónico, como su salud, habitación, alimentación, educación, vestido, recreación, etc. No se olvide que es deber especial de las personas velar por la subsistencia de

aquellos a quienes la ley las obliga y que con el fin de garantizar esa obligación alimentaria se ha hecho necesario, inclusive, acudir a la consideración y uso de una jurisdicción tan excepcional (ultima ratio) como la penal, para amparar el bien jurídico de la familia[16], pues con el no cumplimiento de esa obligación se falta a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, poniendo en peligro su estabilidad y así la subsistencia del beneficiario. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1064 de 2000)

En definitiva, las medidas cautelares en el espectro jurídico Colombiano, no solo procuran una finalidad proteccionista frente a los intereses legítimos de los acreedores determinados, sino que son un medio de aseguramiento de la función judicial y de los fines esenciales del Estado y de la administración de justicia, que sin embargo, en el marco de las relaciones del derecho de familia, admiten un examen más profundo sobre su aplicabilidad y la efectividad en la tutela jurídica de intereses lícitos.

#### 2.2.1. El embargo de bienes sujetos a registro.

En primer lugar, es preciso señalar que en Colombia, el régimen registral se compone de una serie de actos reglados, que sin embargo, no escapan del imperio de la ley y de la aplicación de la Constitución en todo sentido, lo que significa para el ciudadano una garantía, por cuanto la función del servidor judicial no siempre se debe circunscribir al imperativo de la ley o de los funcionarios, sino que en el ejercicio de la misma se puede procurar que los ciudadanos sean protegidos en igual forma.

Ante el escenario del ejercicio de la actividad registral, es preciso entonces señalar que si bien es cierto afirma Malagón (2011) los acreedores con garantía real o hipotecaria tienen prevalencia incluso sobre créditos de alimentos, la justificación legal de dicha disposición puede ser eventualmente inaplicable por inconstitucional, o bien podría admitir un estudio de

inconstitucionalidad, por cuanto el Estado predica unas condiciones y principios relativos a la protección efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes, pero respalda de manera preferente a los acreedores reales tanto al tenor del gravamen consignado en la Ley 70 de 1931, como cuando el mismo no aplica y hay concurrencia de embargos en sede judicial.

Si bien es cierto, se puede cuestionar que lo afirmado por Malagón data del año 2011, tiempo en que no había entrado en vigencia el Código General del Proceso, la legislación civil y de infancia y adolescencia sustancial, ya se mantenía vigente para el momento, y en ningún tiempo se encuentra reparo alguno frente a esta inconstitucionalidad latente en la actividad del registro y notariado, pero se plantea el documento como una repetición sin ningún proceso reflexivo en la actuación de los funcionarios judiciales, la cual resulta comprensible a la luz de los procesos disciplinarios de los cuales podrían ser sujetos.

Ya frente al concepto del embargo, este ha sido definido por Malagón (2011), así

El embargo es una medida cautelar ordenada por el Juez o funcionario administrativo competente que busca garantizar el cumplimiento de la obligación debida y evitar la insolvencia del deudor. Su principal efecto es dejar el bien objeto de la medida fuera del comercio, excepto en los casos en los que el juez autorice o el acreedor consienta en ello. (art 1.521 del C.C.) En el proceso de calificación de la medida cautelar de embargo, el conocimiento mínimo que debe tener el calificador es el de los bienes o derechos inembargables, los cuales se encuentran enunciados en diversas normas de rango constitucional y legal, hecho que nos obliga a estar actualizados en este tema, con el fin de evitar calificaciones o registros ilegales y por consiguiente una falla en la prestación del servicio público registral (Malagón, 2011; p. 2)

Ahora bien, entrando en materia al respecto del régimen procesal de las medidas cautelares, encuentran fundamento en el ejercicio y práctica del Derecho de Familia en el artículo 593

del Código General del Proceso desde el ámbito jurisdiccional, como un acto reglado, rogado que es potestad del operador judicial su decreto, el cual en la actualidad requiere no solo la petición per se, sino una sustentación de los motivos por los cuales es rogada la medida, puesto que no se trata tampoco de generar un perjuicio innecesario o desproporcional al demandado.

Podría entenderse la práctica de la medida cautelar como un acto complejo, que el caso de bienes inmuebles, requiere un segundo momento, puesto que no basta con el mero decreto judicial de la medida, sino que se deben adoptar acciones de materialización, siendo competente para el efecto la Superintendencia de Notariado y Registro por conducto de sus Registradores de Instrumentos Públicos, conforme a las reglas de la competencia dictadas por la entidad, de acuerdo al lugar donde se sitúen los bienes inmuebles.

El derecho registral, es un derecho reglado que encuentra su fundamento jurídico en el Estatuto Registral (Ley 1579 de 2012), la cual indica al tenor del literal A de su artículo cuarto, que son objeto de registro

- a) Todo acto, contrato, decisión contenido en escritura pública, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes inmuebles; (Subraya fuera de texto). (Ley 1579 de 2012, Art. 4)

Agotado el trámite de la inscripción en el registro del inmueble, dentro del procedimiento ordinario, el registrador deberá emitir documento donde notifica al Juez del cumplimiento de su orden, perfeccionándose así el acto, debiendo reflejarse el mismo en el Certificado de Tradición del inmueble objeto de medida cautelar.

Sin embargo, frente a las solicitudes de embargo en sede judicial, existe una excepción legal, contemplada por la Ley 70 de 1931, que es la inembargabilidad de bienes sometidos a la figura del Patrimonio de Familia Inembargable, respecto a lo cual precisa en términos procesales Malagón (2011) que no es embargable la propiedad “salvo los casos a que se refiere el art 60 de la ley 9/89 modificado por el art 38 de la ley 3/91, esto es, cuando el demandante sea la entidad que financie la construcción, mejora o subdivisión de la vivienda.”, por lo que frente a la orden de un Juez de Familia de embargar un inmueble con esta figura, advierte el artículo 22 de la Ley 1579 de 2012, que

- . Si en la calificación del título o documento no se dan los presupuestos legales para ordenar su inscripción, se procederá a inadmitirlo, elaborando una nota devolutiva que señalará claramente los hechos y fundamentos de derecho que dieron origen a la devolución, informando los recursos que proceden conforme al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, o de la norma que lo adicione o modifique. Se dejará copia del título devuelto junto con copia de la nota devolutiva con la constancia de notificación, con destino al archivo de la Oficina de Registro.

Queda claro hasta el momento, que en el ejercicio de las potestades decisorias frente a los asuntos de medidas cautelares, el juez cuenta con un margen de discrecionalidad mucho más amplio que el Registrador de Instrumentos Públicos, lo que a la larga requiere una intervención legislativa o jurisprudencial, por cuanto la lógica actual presenta restricciones para los funcionarios judiciales y administrativos en la tutela efectiva de los derechos de la infancia y la adolescencia, en cuanto respecta al derecho a percibir alimentos.

### 3. LA COLISION NORMATIVA O ANTINOMIA ENTRE LA FIGURA DEL PATRIMONIO DE FAMILIA INEMBARGABLE Y EL DERECHO A PERCIBIR ALIMENTOS CONGRUOS DE NIÑOS, NINAS Y ADOLESCENTES EN SEDE JUDICIAL.

Agotado el análisis de las medidas cautelares y del derecho de alimentos como categorías jurídicas en principio independientes, es preciso entonces analizar no solo la colisión entre el derecho a percibir alimentos congruos a favor de NNA y a cargo de sus padres y madres, reconocido por el artículo 411 y subsiguientes del Código Civil, ratificado por tratados y convenios internacionales, y en concordancia con la Ley 1098 de 2006 en su artículo 18; y el derecho a la constitución y disfrute del derecho de los propietarios de bienes inmuebles que desean someter una de sus propiedades a la afectación del patrimonio de familia inembargable, conforme a la Ley 70 de 1931, asunto frente al cual afirmara Gaviria (2015) que “ Hoy nos enfrentamos a vacíos en las normas legislativas, contradicciones entre éstas y las antiguas normas del Código Civil, excesos de la reglamentación administrativa, o ausencia de equilibrio con la protección que requieren otros actores del escenario jurídico” (p. 595)

Así las cosas, se plantean argumentos, por medio de los cuales se pretende dar una respuesta teórico tentativa a la colisión de normas, o antinomia entre las disposiciones normativas antes mencionadas, en aras de solucionar uno de los posibles problemas a los que se enfrente el operador judicial y los NNA y sus representantes legales en procesos donde se busca la tutela jurídica efectiva respecto al derecho a percibir alimentos.

#### 3.1. La función social de la propiedad en Colombia.

El concepto de propiedad, en especial de la propiedad privada en Colombia, en el ideario social se puede hallar concebido como absoluto en todo momento y contexto, sin embargo, ello dista de ser una realidad, y este argumento se sustenta en el artículo 58 Constitucional,

norma que dispone en su inciso final que el interés privado debe ceder al interés público o social (Constitución Política de Colombia, Art. 58)

Conforme advierten los artículos 42, 44 y 45, son derechos prevalentes los de la familia como institución esencial de la sociedad, así como los derechos de los niños y niñas, y el derecho a la formación integral de los adolescentes, mandatos Constitucionales que se hallan recogidos sustancialmente en la Ley 1098 de 2006, de cuya lectura a partir del artículo 18 se advierte no solo la prevalencia de sus derechos, sino que también se conmina a la familia a ejercer todos los medios posibles para la materialización de los mismos, obligación común pero diferenciada que se hace extensiva al Estado.

En este sentido, es preciso recordar la tesis de la división tripartita del poder, que representa la configuración del Estado, a partir del artículo 113 Constitucional que enuncia tres ramas del poder público, las cuales no pueden estar ajenas al principio de corresponsabilidad contenido en la Ley 1098 de 2006, debiendo establecer dentro de los ámbitos de su competencia, acciones tendientes a la materialización de los derechos de los NNA. En tal sentido, es preciso entonces citar lo afirmado por la Sentencia C- 595 de 1999, donde la Corte Constitucional de Colombia afirma que

La función social de la propiedad presenta diversas y matizadas caracterizaciones, las cuales están determinadas por la naturaleza de los bienes, su clase, y la entidad que es titular de los derechos que de ella emanan, así como también por la posición económica de las personas que la poseen. La función social tiene, por una parte, el significado de moderar y restringir el alcance del derecho de propiedad, mientras que por otra parte, le corresponde el de implicar una mayor afirmación de ciertas clases de propiedad. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 595 de 1999)

Esta función social a la luz del principio del interés superior del menor, puede leerse entonces como la potestad legislativa y jurisdiccional de afectar de forma incondicional el patrimonio de quienes detentan la calidad de padres o madres, para efectos del aseguramiento y cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley les impone. Y en este sentido, es preciso aclarar que el patrimonio de familia se constituye como forma de protección al derecho de la familia a poseer una propiedad en la cual no pueda ser perturbada y materializar su proyecto de vida en el tiempo, sin embargo, la ampliación de las formas de familia desde 1931 hasta la fecha, hace necesario repensar las formas de protección a la familia, donde ya los vínculos basados en la conyugalidad monogámica y los hijos matrimoniales no son el estándar, sino una de las tantas tipologías de familia protegidas por la Constitución y la ley.

Y es que en virtud de la espera de una medida proteccionista por parte de la Corte Constitucional se han pronunciado Aguirre & Pabón (2008) quienes analizan lo contrario y problemático a la prevalencia del derecho de los NNA, que resultare la preferencia que tiene el acreedor hipotecario respecto a las obligaciones por alimentos a la luz de la prelación de créditos, situación que deja entrever las vicisitudes a las que se enfrenta el derecho a percibir alimentos, frente a algunos esquemas e instituciones en el contexto del Derecho Civil; también es preciso entonces indicar que en la actualidad la tasación de esos alimentos presenta complejidades por cuanto afirman Anzola & Jaramillo (2018) por regla general, los alimentos fijados suponen un desequilibrio para la mujer, quien así no lo quiera, en muchos casos ha de correr con mayores cargas dado su rol social y que por regla general es quien asume el cuidado personal de los NNA.

Retomando entonces las valoraciones sobre el concepto de la función y el valor social de la propiedad, Pérez- Solano (2016) pone de manifiesto que, en Colombia, desde la reforma Constitucional de 1936 el derecho a la propiedad no es absoluto, sino que debe en algunos casos atender al beneficio de terceras personas (p. 183), posición que comparte Guzman (2015) quien le imprime a las funciones de la propiedad un rol en el tiempo, que es variable conforme evoluciona y se transforma la sociedad (p.15), lo que sucede en este caso, que la norma en sí misma no es que sea inaplicable, sino que debería al menos considerar la

supremacía de los derechos de la infancia y la adolescencia, concepto y derechos especiales que no existían en la legislación Colombiana de 1931, y frente a los cuales en todo este tiempo el legislador no se ha encargado de proponer acciones correctivas al texto original de la norma, y solo fuere modificada la Ley 435 de 1999, en cuanto a los topes de precio, calidades del inmueble y formas de constitución del gravamen, manteniendo la prevalencia de embargabilidad únicamente frente a la entidad financiera o persona quien acredite ser acreedor hipotecario de primer grado para efectos de consecución inicial de la vivienda.

Y en corriente del concepto de la función social de la propiedad en favor de los derechos de los NNA en Colombia, es preciso traer a colación la Sentencia T-587 de 1998, en la cual se advierte sobre los elementos afines a la materialidad de este principio, indicando que

El interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: (1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo; (3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; (4) por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor. (Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T- 587 de 1998)

Estas prerrogativas, se complementan entonces con la reiteración del principio del interés superior del NNA en cuanto a las obligaciones familiares, del medio educativo, de la sociedad

y el Estado, que se reiteran entre otras, en las sentencias T-510 de 2003 y T-260 de 2012, obligaciones que en el caso de la familia se entiende que si no son tutelados por los padres y madres conforme a derecho dan lugar a analizar la gravedad de ciertas conductas como constitución de causal de privación de la patria potestad (véase Sentencia C-997 de 2004), causal que en el caso de la sustracción del derecho de alimentos puede constituir una manifestación de abandono, que si es causal de privación de la patria potestad.

Finalmente, sea esta la oportunidad para mencionar, que el concepto de la propiedad y su valor social, conforme lo propone la Universidad del Rosario (2009), es un concepto vago, posición a la cual se adhieren los autores, en cuanto si se le ha reconocido un carácter social y ecológico, pero son acepciones que aún se encuentran en un proceso constructivo, y donde desde luego no se ha visibilizado el derecho de la infancia, como se ha puesto de manifiesto hasta el momento, aun cuando la información recolectada da cuenta de la viabilidad y necesidad de dar una función social de la propiedad de los padres y madres respecto a los NNA, que sobrepase la esfera de protección por la que propugna la Ley 70 de 1931, donde se apunta es por la tutela de la familia nuclear, asunto que merece ser revaluado en la actualidad en un tiempo donde la filiación ya no es forzosa o consecuencial al matrimonio.

### 3.2. El concepto de antinomia

Bajo el estudio del conflicto normativo que existe entre la aplicación de la Ley 70 de 1931 y la materialidad del derecho a percibir alimentos congruos conforme al Código Civil y el Código de Infancia y Adolescencia, ha quedado en evidencia que existe una limitación formal a la expresión de un principio constitucional y convencional, como lo es el interés superior del NNAY este asunto de colisiones normativas desde un análisis dogmático jurídico, se corresponde con lo que se denomina como una antinomia.

Agüero-San Juan (2015) indica que a las antinomias se les denomina en el estudio y discurso jurídico como "oposición normativa", "conflicto normativo" e "incompatibilidad normativa", frente a las cuales retoma el autor los postulados de Bobbio, quien indica que “ un estudio respecto de estas debe desarrollar, al menos, dos aspectos fundamentales: i) fijar los criterios para identificar las antinomias en el discurso normativo, y ii) establecer los criterios para resolverlas una vez que han sido identificadas” (Agüero-San Juan, 2015)

En tal sentido, en la relación entre las normas, los principios y los valores como fuentes de antinomias en el ordenamiento jurídico, la Sentencia C-1287 de 2001 ha reconocido a los principios Constitucionales un valor superior frente a las normas y frente a los valores, afirmando en la interrelación entre principio y valor, que “Las normas que reconocen valores serían normas más abstractas y abiertas que las que consagran principios. Éstas, por ser más precisas, tendrían proyección normativa, es decir aplicabilidad concreta o eficacia.”, corriendo igual suerte la norma legal sobre el principio, por cuanto este último pone de manifiesto las necesidades y prevalencias del constituyente primario, lo que exige una adaptación de la norma como supuesto general, impersonal y abstracto que debe dar cuenta de la materialización del postulado principialístico, que en definitiva es el que se corresponde con el deber ser social y jurídico de las cosas en el contexto.

Henríquez (2015) plantea que las antinomias han sido un objeto de estudio no solo desde el punto de vista lingüístico, sino además que dan soluciones a coyunturas entre las fuentes formales del derecho, y desde esta perspectiva, ha sentenciado la autora que

En este ejercicio pueden enfrentarse a dos situaciones: a) el Derecho determina unívocamente qué debe hacer el juez; b) el Derecho no determina unívocamente qué debe hacer el juez. Esto último -siguiendo a Bulygin- puede ocurrir por tres motivos: 1) el Derecho no resuelve el caso genérico porque no hay ninguna norma que se refiera a ese caso (laguna normativa), 2) el Derecho resuelve el caso genérico de forma inconsistente, mediante dos o más normas incompatibles (antinomia), 3)

aunque el caso genérico esté solucionado, no es posible subsumir el caso individual en ese caso genérico, debido a la vaguedad o textura abierta de los conceptos que caracterizan el caso genérico (laguna de reconocimiento) (Henríquez, 2015, pp. 459-460)

En definitiva, las actuaciones judiciales incluso pueden abogar en un primer momento a la solución de la controversia entre el derecho reglado y el principio, como mandato superior, sin embargo en este punto es preciso especificar que el Juez goza de un margen de configuración determinado por su función, amparado en el artículo 230 Constitucional, sin embargo, dicho poder dispositivo no lo tiene el registrador de instrumentos públicos, quien es el llamado por la ley a la inscripción de las medidas cautelares, donde el actuar de este último se halla supeditado a un conjunto de reglas, y de allí es preciso entonces indicar que la vulneración del derecho per se, puede persistir aun cuando en sede judicial se lograre el convencimiento al juez, con los argumentos planteados sobre la prevalencia del principio sobre el imperativo categórico.

## CONCLUSIONES

Abordada la tensión existente entre el derecho de alimentos y su relación con la imposibilidad de materialización del mismo por la imposibilidad de suscribir medidas cautelares en bienes sometidos a patrimonio de familia inembargable, se puede observar entonces que, en primer lugar, esta medida de protección solo se ha concebido frente a la habitación y goce de la familia nuclear, excluyendo a los beneficiarios del derecho de alimentos que no cohabitan con el obligado en alimentos, lo que representa en definitiva una vulneración flagrante del principio de igualdad entre los miembros de la familia frente a la exigibilidad de condiciones básicas para el aseguramiento de la subsistencia

También se evidencia, que al momento de expedición de la Ley 70 de 1931, donde se regula el patrimonio de familia inembargable, la obligación de alimentos no ocupaba el rol preponderante que ocupa ahora, teniendo por demás en cuenta que social y jurídicamente se suponía que los padres eran responsables frente a sus hijos, panorama que se fue desdibujando en el tiempo y que motivó la expedición de normas y la modificación de la legislación existente, con el fin de dar solución a la problemática de la sustracción frente a los deberes económicos derivados de la paternidad, la maternidad y el ejercicio responsable de la patria potestad.

Es preciso entonces concluir, que el esquema actual de protección a la infancia y la adolescencia, demanda una modificación a una norma que a todas luces no es totalmente constitucional, pero que tampoco es inconstitucional, por lo que concluyen los autores que es completamente viable una acción pública de inconstitucionalidad en contra de la Ley 70 de 1931, donde se condicione la exequibilidad de la misma en el entendido que se pueda levantar el patrimonio de familia en procesos de alimentos a favor de los descendientes del constituyente del mismo. Lo anterior, tiene como fundamento la evolución normativa, jurisprudencial y convencional desde el derecho internacional que ha tenido desde la segunda mitad del siglo XX la legislación de infancia y adolescencia, máxime la Constitucionalización de los derechos de los niños tras la Convención de 1989 y la entrada en vigencia de la Constitución Política Colombiana de 1991, factores determinantes del esquema de protección establecido y tutelado en la actualidad por la Ley 1098 de 2006.

Sea este entonces el escenario para afirmar que la legislación en materia de familia en Colombia aun es difusa, puesto que por un lado se prodigan normas tendientes a la ampliación de esferas de protección y la corrección de déficit legislativos anteriores, pero por otro lado muchas de las disposiciones del Código Civil y legislaciones antiguas se mantienen vigentes, aun cuando son contrarias a la Carta Política y al proceso de constitucionalización del derecho, siendo preciso hacer un llamado a la Corte Constitucional y al poder legislativo para que unifiquen criterios proteccionistas a favor de la familia y se genere una armonización normativa que propenda por la materialización de las normas internacionales y los principios Constitucionales.

## LISTA DE REFERENCIAS

- Agüero-San Juan, S (2015). Las antinomias y sus condiciones de surgimiento. Una propuesta para los enunciados normativos. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 28 (2). [pp. 31-46]. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200002>
- Aguirre Román, J.O & Pabón Mantilla, A.P. (2008) Prevalencia de los derechos del niño en la prelación civil de créditos. Un análisis constitucional y legal de la aplicación de este derecho; Revista Prolegómenos, Universidad Militar Nueva Granada; Bogotá D.C. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/876/87602109.pdf>
- Álvarez Pertuz, A (2011) Constitucionalización del Derecho de Familia; Corporación Universitaria de la Costa CUC; Barranquilla. Recuperado de [https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/download/413/pdf\\_1/](https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/download/413/pdf_1/).
- Arias Arango, B.L.; Castro Restrepo, M.V; Vélez Vasco, V.M. (2018). Derechos de los niños y las niñas y los cambios en la normatividad Colombiana (Trabajo de grado). Recuperado de [http://repository.ucatolicaluissamigo.edu.co:8080/jspui/bitstream/ucatolicaamigo/240/1/Uclam\\_CD-T346.015V1682019.pdf](http://repository.ucatolicaluissamigo.edu.co:8080/jspui/bitstream/ucatolicaamigo/240/1/Uclam_CD-T346.015V1682019.pdf)
- Anzola Rodríguez, S.I. & Jaramillo Sierra, I.C. (2018). La batalla por los alimentos. El papel del derecho civil en la construcción de género y la desigualdad. Recuperado de <https://2019.vlex.com/#WW/sources/23346/chapter:1796637>
- Baracaldo Cárdenas, C.A. (febrero 27 de 2014). Nuevas medidas cautelares: reto para la discrecionalidad judicial. Ámbito Jurídico- Editorial Legis. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/administrativo-y-contratacion/nuevas-medidas-cautelares-reto-para-la>
- Betancur Quintero, L.A; Espinosa, J.A. & Villamarin R.D. (2019) retroactividad en el pago de alimentos en Colombia para niños, niñas y adolescentes; Universidad

La Gran Colombia; Bogotá D.C. Recuperado de [https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/5394/Retroactividad\\_pago\\_alimentos\\_Colombia.pdf?sequence=1https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/5394/Retroactividad\\_pago\\_alimentos\\_Colombia.pdf?sequence=12](https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/5394/Retroactividad_pago_alimentos_Colombia.pdf?sequence=1https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/5394/Retroactividad_pago_alimentos_Colombia.pdf?sequence=12)  
A

Cabrera Riaño, D.F. (2014) Estudio a las medidas cautelares innominadas, en vigencia del código general del proceso; Universidad Libre de Colombia; ISSN: 1900-0448, IUSTA, N.º 40, enero-junio de 2014, pp. 17-38. Recuperado de <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/download/2458/2398>

Croda Marini, J.R. & Abad Espíndola, E (2016). Revista Universits Ciencia. Modelos de investigación cualitativa y cuantitativa y su aplicación en el estudio del derecho (4) 12 [pp. 13-24]. Recuperado de <https://ux.edu.mx/wp-content/uploads/2.-Modelos-de-investigaci%C3%B3n-cualitativa-y-cuantitativa-y-su-aplicaci%C3%B3n-en-el-estudio-del-derecho.pdf>

Código Civil [Código] (2020) Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)

Código General del Proceso [Código] (2020) Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)

Código de la Infancia y la adolescencia [Código] (2020). Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1098\\_2006.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html)

Código Penal [Código] (2020). Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)

Congreso de la Republica de Colombia (mayo 28 de 1931) Que autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables [Ley 70 de 1931] D.O. 21706

Congreso de la Republica de Colombia (diciembre 30 de 1968) Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. [Ley 75 de 1968]. D.O. 32.682

Congreso de la Republica de Colombia (enero 19 de 1976) por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regulan la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico, y se modifican algunas disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil en materia de Derecho de Familia [Ley 1 de 1976] D.O. 34492

Congreso de la Republica de Colombia (febrero 24 de 1982) Por la cual se otorga la igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios. [Ley 29 de 1982] D.O. 35.961

Congreso de la Republica de Colombia (enero 22 de 1991) Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 [Ley 12 de 1991] D.O. 39.640

Congreso de la Republica de Colombia (Julio 7 de 1998) Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia [Ley 446 de 1998] D.O. 43.335

Congreso de la Republica de Colombia (enero 5 de 2001) Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. [Ley 640 de 2001] D.O. 44.303

Congreso de la Republica de Colombia (octubre 01 de 2012) por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones [Ley 1579 de 2012]. D.O. 48.570

Congreso de la Republica de Colombia (enero 12 de 2017) Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado [Ley 1826 de 2017] D.O. 50114

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión (octubre 20 de 1998) Sentencia T-587 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (agosto 18 de 1999) Sentencia C- 595 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)

Corte Constitucional de Colombia, sala plena. (agosto 16 de 2000) Sentencia C-1064 de 2000 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)

Corte Constitucional de Colombia, sala plena. (diciembre 5 de 2001) Sentencia C-1287 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Corte Constitucional de Colombia, sala plena. (Julio 23 de 2002) Sentencia C-560 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño)

Corte Constitucional de Colombia, sala plena. (noviembre 27 de 2002) Sentencia C- 1033 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño)

Corte Constitucional de Colombia, sala plena. (febrero 25 de 2003) Sentencia C- 156 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de revisión (junio 19 de 2003) Sentencia T-510 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (octubre 12 de 2004) Sentencia C-997 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (enero 28 de 2009) Sentencia C-029 de 2009 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

Corte Constitucional de Colombia, sala plena. (mayo 05 de 2010) Sentencia C-317 de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla)

Corte Constitucional de Colombia, sala octava de revisión (marzo 29 de 2012) Sentencia T-260 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

Corte Constitucional de Colombia, sala plena. (noviembre 25 de 2015) Sentencia C-727 de 2015 (M.P. Myriam Ávila Roldán)

Corte Constitucional de Colombia, sala Plena. (enero 23 de 2019) Sentencia C- 017 de 2019 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo)

De la Rosa Flórez, N & Molina Piñeres, M.C. (2016). Articulación entre las dinámicas familiares, roles y funciones frente al derecho de familia en Colombia (Trabajo de grado). Recuperado de [http://repository.ucatolicaluisamigo.edu.co:8080/jspui/bitstream/ucatolicaamigo/231/1/Uclam\\_CD-T346.015M7222016.pdf](http://repository.ucatolicaluisamigo.edu.co:8080/jspui/bitstream/ucatolicaamigo/231/1/Uclam_CD-T346.015M7222016.pdf)

Díaz Sarasty, M.G. & Figueroa Dorado, M.I, (2013) La protección interamericana de la obligación alimentaria. Revista Opinión Jurídica; Universidad de Medellín. Medellín. Recuperado de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-25302013000100009&lang=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302013000100009&lang=es)

Gaviria Gil, M.V. (2015) Derecho de propiedad y protección a la mujer y a la familia. Las inconsistencias del legislador colombiano; Universidad Pontificia Bolivariana; Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 45(123), pp. 577-598; Medellín. Recuperado de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0120-38862015000200010](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862015000200010)

Giraldo Grisales, M.E. & Sánchez Velásquez, C.A (2016). construcción socio jurídica de la línea de investigación sobre derecho de familia, infancia y adolescencia (Trabajo de grado). Recuperado de [http://repository.ucatolicaluisamigo.edu.co:8080/jspui/bitstream/ucatolicaamigo/229/1/Uclam\\_CD-T346.015G516e2016.pdf](http://repository.ucatolicaluisamigo.edu.co:8080/jspui/bitstream/ucatolicaamigo/229/1/Uclam_CD-T346.015G516e2016.pdf)

Gualteros Rodríguez, J.P. & Ruíz Malaver, M.A. (2017) protección del derecho de alimentos de menores de edad en comisarías de familia en Bogotá y Zipaquirá; Universidad Santo Tomás sede Bogotá; Bogotá D.C.; Recuperado de

<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/9680/GualterosJuan2017.pdf?sequence=1&isAllowed=>

Henríquez, M.L. (2015) los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno. Revista Estudios Constitucionales, 11 (1) [pp. 459 – 476]. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100012>

López- Cuellar, N (2011). Revista Vniversitas. Un paso adelante en investigación cualitativa en el área de la enseñanza del Derecho en Colombia. Reseña de “La profesión va por dentro” de Pedro Javier López (Universidad del Rosario, Colección Nova, Bogotá, 2010, 290 p.) 123 [pp. 441-452]. Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14325/11531>.

Malagón Bohórquez, P.H. (2011) Medidas cautelares en Colombia prevalencia y concordancia en el registro de instrumentos públicos; Memorias Taller Registral 2011 de la Superintendencia de Notariado y Registro. Bogotá D.C. Recuperado de <https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/images/archivosupernotariado/registro/TallerRegistral2011/memorias%20medidas%20cautelares.pdf>

Naranjo Ochoa, F (2002) Derecho civil personas y familia, novena edición; Librería Jurídica Sánchez R Ltda.; ISBN 958-0000-00-0; Medellín.

Núñez Poblete, M.A. (2010). El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV [pp. 523 - 541]. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512010000100016>

Parra Benítez, J (2017) Derecho de Familia, segunda edición. Temis Editores S.A. ISBN 978-958-35-1126-4; Bogotá D.C.

Rojas Maldonado, M (2007) Alimentos en el Derecho de Familia; Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla; Bogotá D.C.; Recuperado de <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/biblioteca/content/pdf/a5/1.pdf>

Rusu, C (s.f.) Metodología de la investigación. [Presentación en diapositivas].

Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Recuperado de

[http://zeus.inf.ucv.cl/~rsoto/cursos/DII711/Cap4\\_DII711.pdf](http://zeus.inf.ucv.cl/~rsoto/cursos/DII711/Cap4_DII711.pdf)

Universidad del Rosario [https://www.urosario.edu.co/Universidad-Ciencia-](https://www.urosario.edu.co/Universidad-Ciencia-Desarrollo/ur/Fasciculos-Anteriores/Tomo-IV-2009/Fasciculo-10/ur/Descarga/)

[Desarrollo/ur/Fasciculos-Anteriores/Tomo-IV-2009/Fasciculo-10/ur/Descarga/](https://www.urosario.edu.co/Universidad-Ciencia-Desarrollo/ur/Fasciculos-Anteriores/Tomo-IV-2009/Fasciculo-10/ur/Descarga/)