



Prolegómenos. Derechos y Valores

ISSN: 0121-182X

derechos.valores@umng.edu.co

Universidad Militar Nueva Granada

Colombia

Aguirre Román, Javier Orlando; Pabón Mantilla, Ana Patricia
Prevalencia de los derechos del niño en la prelación civil de créditos. un análisis constitucional y legal
de la aplicación de este derecho
Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XI, núm. 21, enero-junio, 2008, pp. 123-142
Universidad Militar Nueva Granada
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602109>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**PREVALENCIA DE LOS DERECHOS
DEL NIÑO EN LA PRELACION CIVIL
DE CRÉDITOS. UN ANÁLISIS
CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA
APLICACIÓN DE ESTE DERECHO**

Javier Orlando Aguirre Román
Ana Patricia Pabón Mantilla*

Fecha de recepción: 10 de abril de 2008.
Fecha de aceptación: 5 de junio de 2008.

Resumen

Se aborda el problema de la efectividad de los derechos fundamentales y del interés superior de los niños frente a los casos en los que se ven enfrentadas las figuras legales de la prelación de créditos y de embargos en contraposición con estos principios. Para ello se expone el planteamiento del problema, se analizarán normas de Derecho Internacional y Constitucional en torno al interés superior del niño. Se revisa su consagración legal y aplicación, para finalmente hacer algunas consideraciones críticas a partir del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre este tema en particular.

Palabras claves

Interés superior de los niños, derechos fundamentales, prelación de créditos, prelación de embargos, jurisprudencia

**PREVALENCE OF CHILD RIGHTS
IN CIVIL PREFERENTIAL LOANS.
A CONSTITUTIONAL AND LEGAL
ANALYSIS**

Abstract

The problems of the effectiveness of fundamental rights and the superior interest of the child are reviewed in the light of cases in which children face legal figures of preferential loans and embargoes. A formal exposition of the problem is submitted, norms of International and Constitutional Law regarding the superior interest of the child are analyzed as well as their legal consecration and application. Finally, some critical considerations are presented based on the jurisprudential developments by the Constitutional Court in regard to this matter.

Key words

Superior Interest of the Child, Fundamental Rights, Preferential Loans, Preference of Embargoes, Jurisprudence.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se han generado importantes cambios en todo el ordenamiento jurídico colombiano. Algunos de esos cambios no han sido producto de la actividad del legislador sino que han sido fruto de la revisión que ha hecho la Corte Constitucional de los diversos textos de las normas sustantivas y procesales a la luz de la Carta Política. En este ámbito, normas de

* Javier Orlando Aguirre Román es Filósofo, Abogado, Especialista en docencia universitaria, de la Universidad Industrial de Santander y Becario Fulbright 2008 para realizar estudios de Doctorado en Filosofía en la State University of New York at Stony Brook. Se desempeña como docente investigador de la Escuela de Filosofía de la UIS. Es coautor de los libros *Justicia y derechos en la convivencia escolar*, UIS, Bucaramanga, 2007; *La relación lenguaje y derecho: Habermas y el debate iusfilosófico*, UIS, Bucaramanga, 2007; *Lógica y teoría de la argumentación*, UIS, Bucaramanga, 2008. Así como de diversos artículos relacionados de filosofía, filosofía del derecho, filosofía política, y teoría y derecho constitucional. Ana Patricia Pabón es abogada y filósofa de la Universidad Industrial de Santander, Especialista en docencia universitaria de la UIS. Actualmente adelanta estudios de Maestría en hermenéutica jurídica y Derecho en la UIS y se desempeña como docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santander y docente de cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad Industrial de Santander. Es directora de semillero de investigación en jurisprudencia constitucional de la UDES y editora de la Revista Gaceta Jurídica. UDES. Es coautora del libro *Justicia y derechos en la convivencia escolar*, UIS, Bucaramanga, 2007, y autora de diversos artículos publicados en revistas regionales y nacionales sobre derecho constitucional. El proyecto de investigación del cual surgió el presente trabajo se denomina "Interés superior del niño diferentes planos de aplicación concreta para este principio a través de la jurisprudencia constitucional", el proyecto es realizado por el grupo de investigación en Jurisprudencia y activismo constitucional integrado por profesores de la escuela de filosofía de la UIS y de la Facultad de Derecho de la UDES.

vieja data, como las consagradas en el Código Civil, han sido modificadas por estar en contra vía de lo que la Carta ordena, configurando nuevas reglas de aplicación. Pese a dichas modificaciones por vía de control constitucional, aun hay muchos campos dentro de esas normas que se pueden considerar por fuera de lo que el mandato imperativo de la Constitución ordena, bien sea por lo que expresa la norma o bien sea por la omisión que deja el legislador y que trae como consecuencia una interpretación de la norma ante la omisión legislativa. Este es el caso de la aplicación que se ha dado del artículo 558 del Código de Procedimiento Civil, y que ha permitido que se den situaciones como la que se narra en los siguientes hechos:

1. El señor DANIEL y la señora MARÍA son padres de cuatro niños. La madre de los niños tiene el cuidado personal de ellos según acuerdo al que llegaron mediante conciliación que definió el régimen de custodia, alimentos y reglamentación de visitas a favor de los niños.
2. En el acuerdo se estableció que el señor proporcionaría alimentos para sus hijos por la suma de ciento cincuenta mil pesos mensuales, a partir de noviembre de 2003.
3. Desde ese entonces, el señor no cumplió con su cuota alimentaria, lo que hizo que la señora MARÍA instaure una demanda ejecutiva de alimentos en la que solicitó como medida cautelar el embargo de un bien inmueble propiedad del señor.
4. El 19 de julio de 2005 el Juzgado de Familia admite la demanda, y el día 22 del mismo mes ordena al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados el embargo y secuestro del bien mencionado.
5. A pesar de lo anterior, el 3 de Agosto de 2005 el Registrador de Instrumentos Públicos se niega a realizar el registro del embargo porque en el folio de matrícula del inmueble se encuentra inscrito otro embargo de un proceso civil.
6. El 11 de Agosto de 2005, la señora MARÍA le solicita al Juez que le ordene explícitamente al Registrador de Instrumentos Públicos

y Privados que le de prelación al embargo solicitado por tratarse de un proceso de alimentos. Sin embargo el 19 de agosto el Juez se limita a responder que esa labor le corresponde realizarla a la parte interesada.

7. Después de reunirse con la Asesora Jurídica del Registro de Instrumentos Públicos y Privados, la señora MARÍA realiza la única actuación procesal que, según dicha Asesora, puede hacer para intentar proteger los derechos de sus hijos: solicitarle al Juez de Familia que le informe al Juzgado Civil que ordenó el embargo registrado que tenga en cuenta el crédito de alimentos que él está intentando cobrar a la hora de liquidar el crédito que se cobra en su despacho. Es decir, se debe esperar hasta que el Juez Civil y las partes del proceso ejecutivo lo hagan llegar a la etapa de liquidación de crédito para, DESDE ESE MOMENTO, hacer valer la prelación que según la ley sustancial tienen los créditos alimentarios.

Esta situación permite evidenciar que la realización efectiva de los derechos de los niños no depende de los tiempos, ritmos y etapas del proceso que la legislación colombiana estableció para ellos, sino que depende de los tiempos, ritmos y etapas de un proceso establecido en la legislación colombiana para cobrar deudas meramente civiles. Esta situación es permitida por el hecho de que el artículo 558 del Código de Procedimiento Civil no consagra la prevalencia de embargos para los créditos alimentarios. El problema que se plantea gira en torno a la pregunta si el artículo que se enuncia, que lleva inmersas una omisión del legislador al no consagrar la prelación de embargos, contradice la Constitución Política de 1991, que consagra una especial protección para los niños.

Para analizar el problema que se plantea se realizará un análisis normativo y jurisprudencial, con el fin de realizar una interpretación sistemática de las normas que integran el bloque en pro de la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Para la presentación del análisis propuesto primero será pre-

ciso referirse al marco normativo alrededor de la consagración especial de los derechos de los niños, derechos que son los inicialmente contradichos con la interpretación que se ha dado del artículo en estudio. Para esto se realizará un análisis de estas normas con el fin de describir lo que en particular se refiere al problema de estudio. Posteriormente se analizará lo que concretamente prevé la legislación civil y los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Finalmente se realizará un análisis crítico de los pronunciamientos de la Corte para así plantear algunas conclusiones resultado del análisis realizado.

2. LOS DERECHOS PREVALENTES DE LOS NIÑOS: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Los Derechos de los niños han tenido una especial atención en los últimos años, lo que ha traído como consecuencia un buen desarrollo en su consagración a nivel positivo. De este desarrollo surgió el principio del interés superior del niño como principio rector del orden normativo aplicable a estos con relación a los demás sujetos de derechos. En lo que sigue se ilustrará brevemente sobre dicha consagración en el ordenamiento internacional y en el nacional.

2.1 Derechos de los niños en el ordenamiento internacional: Las normas de Derecho Internacional no han sido ajenas a la consagración de derechos para los niños y del principio de su interés superior; este principio fue consagrado expresamente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959¹, así como en la Con-

vención sobre Derechos del Niño², incorporada al derecho colombiano mediante la Ley 12 de 1991.

De otra parte, en la Opinión Consultiva OC - 17 de 2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que “si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”. Para la Corte, la expresión: “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

En igual sentido, el Comité de los derechos del niño, en su Observación General N° 5 de 2003 consideró que “Cuando un Estado ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, asume, en virtud del derecho internacional, la obligación de aplicarla. La aplicación es el proceso en virtud del cual los Estados Partes toman me-

¹ La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 establece en el principio 2º: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental que se atenderá será el interés superior del niño”.

² La Convención sobre Derechos del Niño consagra en su artículo 3º:

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

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

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

didas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la Convención a todos los niños situados dentro de su jurisdicción³. El artículo 4 exige que los Estados Partes adopten “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole” para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. El Estado es quien asume obligaciones en virtud de la Convención, pero en la aplicación de ésta, es decir, en la labor de traducir en la realidad los derechos humanos de los niños, tienen que participar todos los sectores de la sociedad desde luego, los propios niños. Es fundamental hacer que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de ésta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva.

Ahora bien, sobre el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité señala que el principio de supremacía del interés del niño exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos del Estado han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente”.

2.2 Derechos de los niños en el ámbito nacional: La Carta Política del 91 consagró en su artículo 44 la especial protección que tienen los derechos fundamentales de los “niños”. Así mismo, dispone que los niños deben ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia, explotación laboral y consagra la obligación de

la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, afirmando, y en esto consiste su especial protección, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

La especial protección de la que gozan los niños, niñas y adolescentes fue consagrada en otras disposiciones constitucionales, como es el caso del artículo 42 en donde se estipuló el deber de los padres de sostener y educar a sus hijos mientras sean menores o impedidos. De igual forma, el artículo 50 estableció el derecho que tienen los niños de un año a que se les brinde atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado, cuando no estén cubiertos por algún tipo de protección o seguridad social. También se estableció una protección especial para el niño trabajador en el artículo 53 de la Carta Política.

En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional ha sostenido que la Carta Política no sólo confiere unos derechos especiales a los niños, sino que además establece que estos derechos serán prevalentes frente a los derechos de los demás. “En el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables. En este sentido, es evidente que los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas, de la comunidad y del propio núcleo familiar al cual pertenecen (C.P. art. 44)”⁴.

En el contexto colombiano, el principio del interés superior del niño ha sido definido como la prevalencia jurídica que les es otorgada a los niños, con el fin de darles un tratamiento preferencial en comparación con que reciben los demás sujetos de derechos. Dicha prevalencia

³ El Comité recuerda a los Estados Partes que, a los efectos de la Convención, por niño se entiende “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (art. 1).

⁴ Sentencia SU-225 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

es de aplicación superior, por lo que se puede hacer uso incluso de medidas coercitivas con el fin de lograr su obligatorio cumplimiento y acatamiento⁵.

Al respecto, ha manifestado la Corte que se esta frente a un concepto que excluye el tradicional tratamiento que se dio a los niños que los consideraba “(...) “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida (...) La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”⁶.

El principio del interés superior del niño también se consagró en forma expresa en el artículo 8 de la ley 1098 de 2006 o ley de infancia y adolescencia, al señalar: “Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, 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”, esto como desarrollo de los derechos constitucionales a partir de los cuales “los derechos de los niños no sólo son

fundamentales, sino que además son prevalentes; lo cual comporta de inmediato el revertirse de una connotación especial, tanto en la protección que se debe brindar a estos derechos, como en el goce efectivo que de ellos a de hacerse”⁷. Con esto de presente se pasará a analizar lo consagrado en la legislación civil y que es aplicable a la situación jurídica objeto de análisis.

3. PRELACIÓN DE EMBARGOS VS PRELACIÓN DE CRÉDITOS; LA NORMA PROCESAL VS LA NORMA SUSTANCIAL

En materia de legislación civil se debe distinguir lo que ha señalado la legislación sustancial y la procesal frente al tema. La norma procesal señala:

“ARTÍCULO 558. PRELACIÓN DE EMBARGOS. En caso de concurrencia de embargos sobre un mismo bien, se procederá así:

1. El decretado con base en título hipotecario o prendario sujeto a registro, se registrará aunque se halle vigente otro practicado en proceso ejecutivo seguido para el pago de un crédito sin garantía real sobre el mismo bien; éste se cancelará con el registro de aquél. Por consiguiente, recibida la comunicación del nuevo embargo, simultáneamente con su registro, el registrador deberá cancelar el anterior, dando inmediatamente informe escrito de ello al juez que lo decretó, quien, en caso de haberse practicado el secuestro, remitirá al juzgado donde se adelanta el ejecutivo hipotecario o prendario copia de la diligencia para que tenga efecto en éste y oficie al secuestre para darle cuenta de lo anterior.

Tratándose de bienes no sujetos a registro cuando el juez del proceso con garantía

⁵ Sentencia T-477 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶ Sentencia T-408 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷ PABÓN, Ana Patricia y AGUIRRE, Javier Orlando. *Justicia y derechos en la convivencia escolar*. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2007. Pág. 128.

prendaria, antes de llevar a cabo el secuestro, tenga conocimiento de que en otro ejecutivo sin dicha garantía ya se practicó, libraré oficio al juez de este proceso para que proceda como se dispone en el inciso anterior. Si en el proceso con garantía real se practica secuestro sobre bienes que hubieren sido secuestrados en proceso ejecutivo sin garantía real, el juez de aquél, libraré oficio al de éste para que cancele tal medida y comunique dicha decisión al secuestre.

2. Si para el cumplimiento de una obligación hipotecaria o prendaria se embargan tanto el bien objeto del gravamen como otros de propiedad del deudor, y a la vez en proceso ejecutivo para el cobro de una obligación de igual naturaleza se embarga el bien gravado, prevalecerá el embargo que corresponda al gravamen que primero se registró.

El demandante del proceso cuyo embargo se cancela, podrá hacer valer su derecho en el otro proceso.

En tal caso, si en el primero se persiguen más bienes, se suspenderá su trámite hasta la terminación del segundo, una vez que en aquél se presente copia de la demanda formulada por el ejecutante y del mandamiento de pago.

Si el producto de los bienes rematados en el proceso cuyo embargo prevaleció, no alcanzare a cubrir el crédito cobrado por el demandante del otro proceso, éste se reanudará a fin de que se le pague la parte insoluta.

Si en el proceso cuyo embargo se cancela intervienen otros acreedores, el trámite continuará respecto de éstos, pero al distribuir el producto del remate se reservará lo que corresponda al acreedor hipotecario o prendario que hubiere comparecido al proceso cuyo embargo prevaleció. Satisfecho a dicho acreedor total o parcialmente su crédito en el otro proceso, la suma reservada o

lo que restare de ella se distribuirá entre los demás acreedores cuyos créditos no hubieren sido cancelados; si quedare remanente y no estuviere embargado, se entregará al ejecutado.

3. Cuando el embargo se cancela después de dictada sentencia de excepciones, no podrá el demandado proponerlas de nuevo en el otro proceso.

4. Si el embargo prevalente fuere el decretado en el proceso en el que se persiguen más bienes, el acreedor hipotecario o prendario que adelante el otro proceso podrá prescindir de éste y hacer valer sus derechos en aquél, en la oportunidad señalada en el artículo 539”.

Esta norma es la base a partir de la cual se puede distinguir, tal como lo han hecho algunos de los intérpretes que deben aplicarla como los Registradores de Instrumentos Públicos, entre la figura de la prelación de embargos y la figura de la prelación de créditos como dos figuras independientes en el ordenamiento jurídico colombiano. Esto pues el artículo señalado indica que cuando un embargo es decretado con base en un título hipotecario o prendario sujeto a registro dicha orden tendrá prevalencia sobre todas las demás y, en consecuencia, el Registrador deberá registrar dicho embargo así tenga que cancelar otros que no tengan como base dicho título. Tal como está redactado el artículo, la norma permite que un crédito pueda tener prelación de embargos sobre otro sin que necesariamente tenga la prelación de créditos que establece la ley sustancial: esto se dará en todos aquellos casos en los que un crédito de mayor valor sustancial que el hipotecario se “enfrente” con este último ante el Registro de Instrumentos Públicos. Este es el caso de una obligación alimentaria frente a una obligación meramente civil respaldada por un título hipotecario o prendario sujeto a registro.

El que la norma le dé independencia a la prelación de embargos con respecto al orden de im-

portancia de los créditos establecido por la ley sustancial implica que una orden de embargo expedida con base en una obligación alimentaria sea levantada en caso de llegar una orden de embargo respaldada por uno de los títulos mencionados, o que como ocurre en la mayoría de los casos, una orden de embargo expedida por un Juez de la República con base en una obligación alimentaria no sea cumplida por el Registrador, argumentando que sobre el bien objeto del embargo ya se encuentra registrado otro ordenado con base en un título hipotecario o prendario sujeto a registro. Crédito que, a pesar de no ser de mayor relevancia sustancial que el alimentario, sí tiene prelación de embargos sobre aquel.

4. LA POSICIÓN DE LA CORTE FRENTE AL ESTADO DE HECHOS PRESUNTAMENTE INCONSTITUCIONALES QUE GENERA LA NORMA

La posición de la Corte Constitucional frente al problema que nos ocupa se puede encontrar en algunos pronunciamientos que revisan tutelas con hechos similares al que sirvió para ilustrar el problema y finalmente con una sentencia de constitucionalidad.

Tales pronunciamientos parten del reconocimiento de que la prevalencia de embargos es una figura procesal mientras que la prevalencia de créditos es una figura sustancial; lo que fue sostenido por la Sala de la Corte Constitucional que profirió la sentencia T - 557 de 2002: "(...) la prevalencia de embargos y la prelación de créditos son dos instituciones jurídicas establecidas por el legislador que aunque guardan cierta relación tienen regímenes diferentes. La prevalencia de embargos es una figura de carácter procesal a ser aplicada por el registrador, que se materializa en el registro de instrumentos públicos y atiende la finalidad propia de las medidas cautelares: garantizar el cumplimiento de la obligación debida y evitar la insolvencia del deudor. En el registro el principio es el de la prevalencia de los embargos, en consideración

a la jerarquía de las acciones en que se originen⁸ y la excepción es la concurrencia de embargos. Lo que se refleja en la decisión del legislador de garantizar que sólo exista un embargo en el folio único de matrícula inmobiliaria. Por su parte, la prelación de créditos es de carácter sustancial, que consiste en una graduación de los mismos efectuada por el legislador, que corresponde al juez aplicarla en los procesos judiciales y cuya finalidad es cumplir con el pago efectivo de las obligaciones a cargo del deudor, en el orden de preferencia establecido, de tal suerte que si obligaciones pecuniarias del deudor frente a diferentes acreedores no pueden ser cumplidas con los bienes existentes, se pagarán hasta donde sea posible y de acuerdo con el orden fijado por la ley (Código Civil, arts. 2488 y ss)".

Sin embargo, lo que al parecer no se tuvo muy en cuenta en la sentencia citada es que justamente por eso, es decir, por pertenecer la prelación de créditos al Derecho Sustancial y la prelación de embargos al Procesal no puede admitirse la afirmación según la cual se trata de dos figuras independientes sin relación de jerarquía entre sí: es evidente que el mandato constitucional de la prevalencia del Derecho Sustancial sobre el Procesal implica que la prelación de embargos no pueda estar por encima de la de créditos.

La aparentemente inofensiva y tradicional distinción entre la figura de la prelación de embargos y la de la prelación de créditos, vista a la luz de los principios constitucionales, pierde tal carácter inofensivo y muestra, en cambio, que es una distinción propia de concepciones ya superadas que permitían la hipostatización de las formas y rituales por encima de los derechos sustanciales de las personas. En efecto, la anterior distinción implica, sin ningún asomo de dudas, que una norma procesal esté por encima

⁸ Las acciones pueden ser personales, reales, coactivas, de quiebra o de entidades intervenidas y, entre ellas, el legislador ha establecido un orden jerárquico. Ver por ejemplo, la prevalencia de la medida de embargo de un bien decretada con base en una acción real (hipoteca) sobre el embargo decretado con ocasión de una acción personal (C. de P. Civil, art. 558).

de una sustancial en la medida en que, como se vio, a pesar de que un crédito sea más relevante sustancialmente, la norma procesal demandada imposibilita hacer valer dicha primacía a la hora de hacer efectiva la medida cautelar del embargo sobre un bien.

Tales formas de concebir al Derecho Procesal deben dar paso a las concepciones que han buscado, ante todo, constitucionalizar a dicho Derecho. En la Sentencia C-131 de 2002 la Corte se refirió al tema de la constitucionalización del derecho procesal en donde afirma que dicho derecho “era ajeno a propósitos que lo conectarán con los fines estatales y la protección de las garantías que lo integran sólo se brindaba en esas actuaciones y bajo los estrechos parámetros de protección establecidos por el legislador. Así, no llamaba a interés el hecho que, en materia de derechos, la sustancia que se tenía entre manos se desvaneciera ante las ritualidades y formalidades de unos procedimientos que las más de las veces se explicaban por sí mismos y que perdían puntos de contacto con lo que era objeto de controversia”.

Para la Corte, esa dimensión del derecho procesal fue superada, gracias a las garantías que ofrece el constitucionalismo moderno que busca que dichas normas estén al servicio de la realización de las normas sustanciales y se han “dotado de una teleología que no se explica a partir del solo rito o procedimiento sino en relación directa con las normas jurídicas que consagran los efectos jurídicos que las partes pretenden”⁹. Esta nueva forma de ver el proceso le ha impreso una nueva racionalidad, pues ya no se trata de cumplir ritos o de hacer cumplir las normas de derecho sustancial de cualquier forma sino de realizarlas bajo el reconocimiento de esas garantías irrenunciables como parte de la finalidad del proceso; lo que trae como consecuencia una nueva percepción del derecho procesal bajo unos fundamentos políticos y constitucionales vinculantes, que hace que

se instituya como una garantía para la efectividad de los derechos fundamentales. Para la Corte, esta nueva visión ha “generado espacios interpretativos que se atienen a lo dispuesto en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; ha tornado viable su protección por los jueces de tutela y ha abierto el espacio para que el juez constitucional, en cumplimiento de su labor de defensa de los derechos fundamentales, promueva la estricta observancia de esas garantías, vincule a ella a los poderes públicos y penetre así en ámbitos que antes se asumían como de estricta configuración legal¹⁰”.

Distinguir entre prelación de embargos y prelación de créditos de tal forma que se pueda entender que un crédito, a pesar de ser prevalente, no tenga prelación de embargos contradice lo contemplado en la Carta Política de 1991, pues como lo señaló la Corte en la Sentencia C - 957 de 1999, “Cuando el artículo 228 de la Constitución Política establece la prevalencia del derecho sustancial, está reconociendo que el fin de la actividad estatal en general, y del procedimiento administrativo en particular, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo. En esa medida, dicha prevalencia del derecho sustancial significa que el proceso es un medio y que, por lo mismo, las normas procesales deben aplicarse con un fin, consistente en la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial”. No hay pues independencia entre el derecho procesal y el sustancial, pues la Constitución

⁹ Sentencia C-131 de 2002.

¹⁰ Ya en varios pronunciamientos la Corte ha destacado la importancia que el derecho procesal asume en el constitucionalismo. Así, en la Sentencia C-029-95, M. P. Jorge Arango Mejía, al declarar la exequibilidad del artículo 4° del Código de Procedimiento Civil expuso: “Las normas procesales tienen una función instrumental. Pero es un error pensar que esta circunstancia les reste importancia o pueda llevar a descuidar su aplicación. Por el contrario, el derecho procesal es la mejor garantía del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley. Es, además, un freno eficaz contra la arbitrariedad. Yerra, en consecuencia, quien pretenda que en un Estado de derecho se puede administrar justicia con olvido de las formas procesales. Pretensión que sólo tendría cabida en un concepto paternalista de la organización social, incompatible con el Estado de derecho”.

es clara en configurar una relación de subordinación del primero para con el segundo con el fin de hacer valer los derechos sustanciales, especialmente los fundamentales, de las personas. Y, además, como se vio, este principio se extiende a todas las actividades estatales, lo que hace que no sea de recibo el argumento según el cual la prevalencia del derecho sustancial es un principio que sólo deben aplicar los jueces y no los demás funcionarios estatales. Además, aún si se admitiera dicha posición es evidente que permitir que los Registradores mantengan su interpretación imposibilita a los jueces aplicar efectivamente el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal en la medida en que sus órdenes quedarían en el aire.

En la decisión de tutela citada anteriormente, la Sala de revisión afirmó que la situación que genera el artículo analizado no es vulneratoria de los derechos de los menores porque existe otra forma de proteger tales derechos. En efecto, en la sentencia T - 557 de 2002 referenciada se indicó que en caso de que un embargo ordenado por un Juez de Familia sobre un inmueble no pueda llevarse a cabo por encontrarse ya previamente afectado dicho bien, “el juez de familia, por oficio en el que se indicarán el nombre de las partes y los bienes de que se trata, deberá comunicar inmediatamente al juez civil de la medida de embargo. Por su parte, el juez civil adelantará el proceso hasta el remate de dichos bienes, pero antes de la entrega de su producto al ejecutante, solicitará al juez de familia la liquidación definitiva y en firme, debidamente especificada, del crédito que ante él se cobra y de las costas, y con base en ella, por medio de auto, hará la distribución entre todos los acreedores, de acuerdo con la prelación establecida en la ley sustancial”.

Según esta posición los derechos de los niños serán garantizados por el juez civil que adelanta el respectivo proceso, juez que tiene la obligación de “dar oportuna y plena aplicación a la prelación de créditos, en el orden en que lo ha señalado la legislación y lo ratifica la jurisprudencia de esta Corporación, según las cuales en

el primer orden de la primera clase se encuentran precisamente los créditos por alimentos a favor de menores”¹¹.

La Corte debió detenerse a examinar si la solución aludida no es también violatoria de los derechos fundamentales prevalentes de los niños. Se considera que sí lo es, pues, como es evidente, los derechos de los niños de esta forma dependerían de terceros ajenos a su proceso, que es el proceso en el que son partes y en el que pueden llevar a cabo las actuaciones para proteger sus intereses. Permitir que se dependa del proceso civil, que se dependa de las partes del proceso civil, que se dependa del tiempo que suele durar un proceso civil en nuestro país, en contraste con lo que puede durar un proceso de familia, que es de todas formas el tiempo del proceso de los niños, no es otra cosa que permitir que los derechos de los menores dependan de aspectos ajenos a ellos mismos y por ende, no sean prevalentes.

En otra sentencia, la T - 620 de 2005, la Corte Constitucional ratificó la posición que se propone al señalar que “las órdenes de embargo en razón de acreencias alimentarias gozan de prerrogativas constitucionales y legales imposibles de desconocer”. La administración de justicia no debe encaminar sus esfuerzos a encontrar soluciones alternativas para que los derechos de los menores no estén absolutamente desprotegidos, sino que debe darles la protección especial que nuestro ordenamiento constitucional les otorga en todas las actuaciones administrativas y judiciales, incluida como es evidente, la prelación de embargos.

Pese a esta posición, posteriormente en la Sentencia C- 664 del 2006 la Corte al analizar los cargos presentados contra el artículo 558 del Código de Procedimiento Civil, en donde se le acusa por vulnerar el principio de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 constitucional) y desconocer el interés superior de los

¹¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-092 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

menores consagrado en el artículo 44 constitucional, vuelve a su posición inicial.

En su análisis, la Corte analiza nuevamente las figuras de la prelación de créditos y la prelación de embargos, determinando que la primera hace referencia al conjunto de reglas que determina la forma en que debe hacerse el pago de un crédito con prelación: "(...) Se trata entonces de una institución que rompe el principio de igualdad jurídica de los acreedores, de modo que debe ser interpretada restrictivamente, ya que no hay lugar a decretar preferencias por analogía; sólo existen aquellas expresamente contempladas en la ley". Para la Corte el que exista prelación de créditos en el caso de las deudas por alimentos para hacer efectivos los niños, es una manifestación de la supremacía de los derechos que estos tienen, "pues es al momento de cobrar la acreencia que son titulares los menores cuando su derecho se enfrenta a los derechos de otros acreedores. Esto se deriva de un razonamiento muy simple: el concepto de prevalencia hace referencia, necesariamente, al concepto de relación. Cuando se dice que algo prevalece, es menester que existan otros elementos por encima de los cuales ese algo se pueda situar, pues de lo contrario, no hay una verdadera prevalencia, sino una simple ubicación espacio-temporal sin mayores implicaciones"¹².

Con relación a la prelación de embargos manifestó la Corte que ésta es una figura del derecho procesal, apenas normal dado que siempre debe existir un embargo que tenga prelación sobre los demás, pues sobre un bien sólo puede haber una medida cautelar, salvo las excepciones que permitan concurrencia de embargos. La prelación de embargos es definida como las reglas que se deben aplicar a la hora de determinar qué debe hacer el registrador, por ejemplo, si se encuentra en una situación en donde debe escoger entre inscribir un embargo u otro. Ese orden indica que prevalece el embargo ordenado en un proceso ejecutivo con garantía real,

sobre aquel decretado en un proceso ejecutivo con garantía personal, aun cuando este último haya sido registrado previamente.

A la luz de estos preceptos, la Corte no considera fundados los cargos de la demanda pues manifiesta que las dos figuras son independientes, cada una asegura fines distintos, y que a pesar de la prevalencia de los derechos de los niños, este es un concepto *relacional*, que no tiene un carácter absoluto que permita justificar bajo cualquier circunstancia la anulación de los demás valores y principios constitucionales, ya que es tarea del Legislador ponderar los diversos intereses. Con esto de presente, la Corte pasó a examinar si existía una omisión del legislador frente a la materia bajo examen, entendida la omisión legislativa como el incumplimiento por parte de este último de su deber de legislar lo que expresamente le ha ordenado la Constitución. La Corte distingue entre la omisión absoluta y la omisión relativa, siendo la primera aquella en donde no hay norma alguna teniendo el legislador la obligación de hacerlo. Este tipo de omisión no es objeto de estudio de constitucionalidad por carecer de norma a acusar.

Por su parte, la omisión es la relativa cuando existe actividad del legislador pero de forma incompleta o defectuosa "dado que al regular una situación determinada, éste no tiene en cuenta, omite, o deja de lado, supuestos de hecho que, al momento de aplicarse el precepto correspondiente, genera tratamientos inequitativos o el desconocimiento de derechos de los destinatarios de la norma respectiva (v. gr. derecho a la igualdad, derecho al debido proceso o del derecho de defensa, derechos adquiridos, etc.)"¹³.

El juez constitucional, ante estos casos, ha señalado la Corte, sí puede pronunciarse, y lo hace para subsanar la omisión inconstitucional, bien sea mediante la ampliación del alcance de un precepto legal impugnado a supuestos de hecho no previstos por el legislador, a través de

¹² Corte Constitucional Sentencia C-664 del 2006.

¹³ *Ibíd.*

las sentencias integradoras, o bien mediante un análisis sistemático de las normas para promover una interpretación condicionada. A partir de esto, la Corte considera que debe determinar si la ausencia de mención expresa por parte del artículo 558 en su numeral 1° de la prelación de los embargos decretados en los procesos ejecutivos por alimentos que se deben a los niños constituye una omisión legislativa relativa que pueda ser objeto de pronunciamiento acerca de su constitucionalidad y que lleve a una sentencia integradora.

Para realizar este análisis, la Corte se refiere primero a la libertad de configuración legislativa de la que goza el legislador señalando que es amplia para la determinación de procedimientos, pero encuentra como límite el orden constitucional. Para los demandantes los cargos radican en que el legislador omitió establecer la supremacía de las medidas cautelares de los procesos ejecutivos adelantados para hacer cumplir los créditos alimentarios debidos a los niños, sobre las decretadas en los procesos ejecutivos con garantía real, omisión que vulnera derechos superiores; sin embargo, para la Corte, admitir esto sería decir que la única forma de garantizar los derechos de los niños es hacer equivalentes las dos figuras y manifiesta que según los cargos los demandantes entienden que la única manera de garantizar el pago preferente de los créditos que lo son, es que el Legislador señale una estricta prelación de los embargos y medidas que se decreten en los procesos ejecutivos conforme con la naturaleza de los créditos que se ejecutan, lo que traería como consecuencia que prevalezcan los embargos decretados en los créditos de alimentos.

Para la Corte esta posición es errada en tanto que: a) de ser así “sería necesario subsanar todas las supuestas omisiones en que incurrió el legislador al no regular la prelación de embargos de conformidad con la prelación sustancial de créditos” (...) y b) “porque existen otros mecanismos procedimentales que garantizan la real satisfacción de los créditos privilegiados cuando existen medidas cautelares ordenadas

por jueces de distintas especialidades de la jurisdicción ordinaria”¹⁴.

Al parecer de la Corte, la presunta omisión demandada se subsana mediante un ejercicio de interpretación sistemática del Código de Procedimiento Civil, ya que otras disposiciones normativas permiten hacer efectiva la prelación sustancial de créditos para garantizar los derechos de los niños. Este sería el caso, señala la Corte, del artículo 542 del que se deduce que existe una prelación de pagos que debe ser aplicada por el juez del proceso civil en el cual se decretó y perfeccionó el embargo. Es la situación que propuso la Registradora en el caso que ilustra el planteamiento del problema. Esta disposición asegura, para la Corte, el cumplimiento de los órdenes establecidos por el Código Civil para el pago de los créditos, pues determina a cuál acreedor debe pagársele primero con el producto del remate de los bienes embargados, aun cuando subsista la medida cautelar decretada en el proceso ejecutivo con garantía real que se adelanta ante la jurisdicción civil ordinaria. Entonces, a pesar que nuestro ordenamiento procesal no permite la acumulación de procesos ejecutivos adelantados por distintas jurisdicciones (Art. 541 num. 3), ni establece que los embargos dictados en los procesos ejecutivos que se adelanten para cobrar créditos privilegiados tengan prelación, los intereses de los acreedores privilegiados quedan a salvo mediante la aplicación del artículo 542 del C. P. C., pues el juez que adelante el proceso ejecutivo para el cobro de un crédito de esta naturaleza debe oficiar al juez del proceso ejecutivo con garantía real para que, una vez se realice el remate, se satisfaga con el producto en primer lugar los créditos que gozan de preferencia.

La Corte explica que a pesar de que exista prelación de medidas cautelares, finalmente cuando se llegue al remate el juez ordenará pagar los créditos en el orden de prelación sustancial que ordena la ley. La Corte reitera la posición ya mantenida en el sentido que “el juez de familia,

¹⁴ Ibid.

por oficio en el que se indicarán el nombre de las partes y los bienes de que se trata, deberá comunicar inmediatamente al juez civil de la medida de embargo. Por su parte, el juez civil adelantará el proceso hasta el remate de dichos bienes, pero antes de la entrega de su producto al ejecutante, solicitará al juez de familia la liquidación definitiva y en firme, debidamente especificada, del crédito que ante él se cobra y de las costas, y con base en ella, por medio de auto, hará la distribución entre todos los acreedores, de acuerdo con la prelación establecida en la ley sustancial¹⁵. Con esto, la Corte concluye que la norma acusada garantiza el interés superior de los niños y la supremacía que el ordenamiento constitucional instituye del derecho sustancial en los eventos en que existen medidas cautelares como garantías de procesos ejecutivos de diferentes jurisdicciones. Además, la Corte descarta el argumento de la demanda que señala que la garantía que se establece en los términos arriba defendidos por la Corte y que se deduce de la interpretación de la norma, es insuficiente en tanto somete los derechos de los niños a los tiempos procesales del proceso civil, por considerar que no es una razón suficiente para proferir una sentencia integradora, ya que las medidas de embargo que se decretan en el proceso ejecutivo sólo tendrán prelación si su inscripción se hace antes de que se decreten medidas en otro proceso (como el de alimentos) lo que “hace presumir que el primer proceso ejecutivo se encuentra en una etapa más avanzada y que en esa medida el remate y la efectiva satisfacción de los acreedores será más pronta”¹⁶. De esta manera, la Corte cierra el debate al resolver a favor de la constitucionalidad de la norma a partir de la interpretación sistemática que hizo de la misma.

5. POSICIÓN CRÍTICA FRENTE A LAS DECISIONES DE LA CORTE

A pesar de la amplia jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional en la que se resal-

ta la importancia y naturaleza del principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 de la Carta Política, el cual como se vio, se extiende a todas las actuaciones del Estado, la interpretación según la cual un crédito puede tener prevalencia sustancial más no de embargos, olvida justamente tal naturaleza e importancia. “Ello es así, por cuanto con el artículo 228 de la C. P., se ha constitucionalizado el principio de interpretación según el cual, la ley procesal debe interpretarse teniendo en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. La nueva hermenéutica que impone la Constitución se inspira en el propósito de incorporar a todas las disposiciones jurídicas los postulados del estado social de derecho y el instrumento para alcanzar este objetivo no puede ser otro que el juez”¹⁷.

La norma en comentario ha permitido la interpretación según la cual es posible distinguir entre prelación de embargos y prelación de créditos, de forma tal que un crédito de mayor prevalencia, como lo sería un crédito por alimentos, no tenga necesariamente prelación de embargos, frente a otro de menor prevalencia sustancial, como lo sería por ejemplo un crédito hipotecario. En este sentido, es mucho más sabia, además de coherente con la prevalencia del Derecho sustancial, la prelación de embargos que se estableció en el Estatuto Tributario a favor de los créditos fiscales. En efecto, el artículo 86 de la Ley 6ª de 1992 que adicionó el artículo 839-1 del Estatuto Tributario, señala en la parte pertinente:

“1. El embargo de bienes sujetos a registro se comunicará a la oficina encargada del mismo (...)

Cuando sobre dichos bienes ya existiere otro embargo registrado, se inscribirá y comunicará a la Administración de Impuestos y al Juzgado que haya ordenado el embargo anterior. En este caso, si el crédito que or-

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Ver Sentencia T - 1008 de 2002 y T-006 de 1992.

denó el embargo anterior es de grado inferior al del fisco, el funcionario de cobranzas continuará con el procedimiento de cobro (...). Si el crédito que originó el embargo anterior es de grado superior al del fisco, el funcionario de cobro se hará parte en el proceso ejecutivo y velará porque se garantice la deuda con el remanente del remate del bien embargado”.

Es evidente que si el Derecho Sustancial está por encima del Derecho Procesal, lo más coherente con lo anterior es establecer que un crédito tendrá prelación de embargos sobre otros créditos cuando dicho crédito sea, precisamente, un crédito prevalente según la ley sustancial y en la medida en que la norma demandada permite interpretar que un crédito que no sea prevalente desde el punto de vista sustancial sí lo sea desde el procesal (a partir de la prelación de embargos), es claro que dicha norma está permitiendo que el artículo 228 de la Constitución sea vulnerado. Por esto, la norma bajo estudio infringe derechos de rango superior tales como el artículo 228 que consagra la supremacía del derecho sustancial, así como el artículo 44 que consagra los derechos de los niños, y las normas internacionales¹⁸.

¹⁸ Como la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 3 dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración especial a que se atenderá será el interés superior del niño”, así como en sus artículos 18 “Los estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en los que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño. La preocupación fundamental será el interés superior del niño” y 27 “1. “Los estados Partes reconocen el derecho de todo niño un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. “A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”.

A pesar de la posición final a la que llegó la Corte, se considera que la norma permite una situación en donde se viola la garantía efectiva, a favor de los niños, de acceder a la administración de justicia a reclamar sus fundamentales y prevalentes derechos¹⁹. El artículo 44 superior es el resultado de la incorporación del principio del interés supremo del menor en el orden constitucional, consagración que busca garantizar su eficacia, incluyéndolo también como parte de la estructura del sistema normativo como un principio del más alto valor dentro del ordenamiento constitucional que debe ser guía

3. “Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptaran medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho...” 4. “Los Estados Partes tomaran todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimentaria por parte de los padres u otras personas que tengan responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero.

¹⁹ Al respecto, el comité de los derechos del niño, en la citada observación, afirmó que “24. Para que los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones. Esta exigencia está implícita en la Convención, y se hace referencia a ella sistemáticamente en los otros seis principales instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. La situación especial y dependiente de los niños les crea dificultades reales cuando los niños quieren interponer recursos por la violación de sus derechos. Por consiguiente, los Estados deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños. Ello debería incluir el suministro de información adaptada a las necesidades del niño, el asesoramiento, la promoción, incluido el apoyo a la autopromoción, y el acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole necesaria. Cuando se comprueba que se han violado los derechos, debería existir una reparación apropiada, incluyendo una indemnización, y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración, según lo dispuesto en el artículo 39.

25. Como se ha señalado en el párrafo 6 *supra*, el Comité subraya que los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos, deben poder invocarse ante los tribunales. Es esencial que en la legislación nacional se establezcan derechos lo suficientemente concretos como para que los recursos por su infracción sean efectivos”.

de la interpretación y definición de otros derechos, pues no debe dejarse de lado que se trata de derechos prevalentes, aun frente a derechos fundamentales de otros sujetos que se encuentren en una posición más ventajosa que la de los niños.

Las nuevas disposiciones legales han pretendido ponerse a tono con las disposiciones constitucionales mencionadas, como ya se señaló al citar el artículo consagrado en la Ley de Infancia y Adolescencia. Sin embargo, aun subsisten dentro de nuestro ordenamiento legal normas de vieja data, como la analizada, que ignoran los dictados de nuestro Estado Constitucional de Derecho. Bajo estos mismos lineamientos de protección al menor, la Constitución consagró que la asistencia y protección de los niños es una obligación, no sólo de la familia, sino de la sociedad y el Estado, de manera que su realización se encuentra bajo la vigilancia general de la colectividad, por lo que se le atribuye a toda persona la obligación de denunciar ante la autoridad competente el incumplimiento del deber de asistencia a los niños, para así lograr la respectiva sanción de los infractores (C.P., art. 44, inciso 2o.).

En la Sentencia T - 1008 de 2002, cuyo Magistrado Ponente fue el Doctor Álvaro Tafur Galvis, al comentar acerca de la relación entre los derechos de los niños y los trámites procesales, la Corte fue clara al afirmar que “las disposiciones del ordenamiento procesal civil que regulan los requisitos y trámites a los que deben someterse las pretensiones y contradicciones encaminadas a defender los derechos fundamentales de los menores, deberán ser interpretadas conforme a los principios que informan sus derechos constitucionales, y los que apuntan a crear condiciones que generen un real y efectiva solidaridad en defensa de sus intereses y prerrogativas”. La interpretación según la cual una orden de embargo de un Juez de Familia realizada a partir de un crédito alimentario no tiene prevalencia sobre un embargo realizado a partir de un crédito meramente civil es una interpretación que contradice el lugar preferente

que nuestro ordenamiento constitucional le ha otorgado a los derechos de los menores. No es posible desconocer el especial papel que tienen las medidas cautelares, y entre ellas el embargo, en lo referente a la garantía y protección de los derechos en litigio. Algo que es aun menos posible cuando tales derechos son, precisamente, derechos de sujetos de especial protección.

La Corte Constitucional ha reconocido lo anterior en la sentencia C - 039 de 2004 al afirmar que: “Las medidas cautelares son instrumentos procesales para asegurar la efectividad de los derechos judicialmente declarados, y han sido consideradas como un componente del derecho de acceso a la Administración de Justicia, en virtud a que tal derecho comprende no solo la pretensión de obtener un pronunciamiento judicial en torno a los derechos, sino la materialización de las medidas que los hagan efectivos”. Sobre este particular, la Corte ha señalado que las medidas cautelares desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (CP arts. 13, 228 y 229)²⁰.

Por otra parte, también ha señalado la Corte que como las medidas cautelares, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio, “... el legislador, aunque goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente...”, en atención a que las mismas pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso²¹. Es evidente que la libertad del legislador y de los intérpretes de las leyes sobre medidas cautelares también se encuentra limitada por los demás derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Política, en donde, como ha sido ya reiterado, se destacan, entre otros, los derechos de los ni-

²⁰ Sentencia C-490 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²¹ Ibid.

ños. Lo que hace inconstitucional el desarrollo legislativo de las medidas cautelares, o su interpretación, no tenga en cuenta que los derechos de los niños priman sobre los derechos de los demás. Es al permitir que una medida cautelar que pretenda asegurar la efectividad de los derechos de los niños no pueda ser llevada a cabo porque ya se registró otra medida cautelar que pretende asegurar la efectividad de otro tipo de derechos de menor rango es, simple y llanamente, desconocer que, tal como lo ordena nuestra Constitución, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Ni siquiera el antiguo principio jurídico según el cual *prior in tempore prior in iure* puede ser usado para desconocer tan relevante y claro imperativo constitucional.

En virtud del principio de supremacía de los derechos de los niños, las actuaciones de los particulares y funcionarios públicos, cuando estén involucrados estos, deben siempre ser orientadas por el interés superior del niño²². La incorporación de este principio en el orden constitucional “(...) no sólo configura un énfasis materializado para garantizar su eficacia²³ sino también como parte de la estructura del sistema normativo, pues se incluye como un precepto “en el punto más alto de la escala axiológica contenida en el texto constitucional” que guía la interpretación y definición de otros derechos”²⁴.

Según, la Corte, en la misma sentencia, “Tratándose de los niños, el derecho a los alimentos se convierte en un derecho fundamental de

protección prevalente (artículo 44 C.P.), que guarda directa relación con el aseguramiento del derecho al mínimo vital²⁵ por lo tanto es susceptible de protección por vía de tutela. Esta obligación de orden constitucional demanda su cumplimiento tanto de las autoridades públicas como de los particulares, pues de ello depende el aseguramiento de las condiciones de vida digna del menor de edad”.

Razonando a partir de premisas como las acá propuestas la Honorable Corte Constitucional resolvió sobre la constitucionalidad del artículo 2495 del Código Civil que establecía el orden en que deben pagarse los créditos de la primera clase. Según este rancio orden, el crédito por alimentos a favor de menores se encontraba ubicado en la quinta causa; de manera que si el deudor tenía deudas por prestaciones laborales, costas judiciales, expensas funerales, en caso de que hubiere fallecido y gastos de enfermedad, en el mismo evento, todas estas se pagarían antes de cubrir el pasivo en cabeza de los menores por concepto de alimentos. Esta consagración legal fue declarada inexecutable colocando a los derechos de los menores de acuerdo a las normativas constitucionales, en el primer lugar a la hora de cubrir créditos, dándoles la relevancia constitucional de que gozan. La Corte consideró que si los bienes del deudor eran insuficientes para cancelar el valor de su obligación alimentaria, se desconocía la prevalencia de los derechos de los niños reconocida por el Ordenamiento Superior. En la disposición declarada inexecutable se le daba preferencia a los derechos de los acreedores de créditos laborales, expensas funerales, costas judiciales y gastos de enfermedad, sobre el derecho de los menores de reclamar lo necesario para su subsistencia y todo aquello que se requiere para garantizar su desarrollo integral y armónico, lo que incluye salud, habitación, alimentación, educación, vestido, recreación, etc., desconociendo el interés superior del menor y el mandato expreso de la Carta del 91 que obliga a tener a los derechos

²² Así lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, al señalar: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor”. Esta obligación también fue impuesta por el artículo 20 del Código del Menor de 1989, cuando señaló: “Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor”.

²³ Sentencia T-124 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁴ Sentencia 1064 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

²⁵ Sentencia C-184 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

de los menores por encima de los derechos de los demás. Frente a esta situación, es evidente que, del mismo modo, la disposición analizada vulnera abiertamente el artículo 44 de la Constitución, que consagra la primacía de los derechos de los menores, entre éstos el de alimentos, pues sin ese sustrato básico para vivir dignamente, no les es posible ejercer los demás derechos fundamentales.

La norma que se examina impide que se haga efectiva la consagración de prelación de créditos, pues no existen herramientas para hacerla efectiva, ya que ante la concurrencia de varios acreedores frente a un mismo deudor, entre los que se encuentre un acreedor hipotecario, se ve anulada la efectividad de la prevalencia de los derechos de los niños en cuanto a su derecho a recibir alimentos. Es ahí, en la concreción de la prelación de créditos, que se hace efectiva en la prelación de embargos, en donde se mide realmente la primacía de los derechos de los niños, pues es al momento de ejecutar y cobrar la acreencia de que son titulares los menores cuando su derecho se enfrenta a los derechos de otros acreedores. La Corte Constitucional señaló en su anterior pronunciamiento que “(...) el derecho de los niños a reclamar las deudas de alimentos de su deudor entra en competencia con los derechos de los demás acreedores, y es justamente en relación con esos derechos que éste debe prevalecer. En tal virtud, es imperativo de la Corte propugnar por la efectividad de la prevalencia de los derechos de los niños pues, de lo contrario, la norma constitucional que la consagra se convierte en simple letra muerta. Ciertamente, la satisfacción de la obligación alimentaria no reposa únicamente en su reconocimiento normativo, requiere de garantías precisas y especiales que la protejan y hagan efectiva”²⁶.

La prevalencia de los derechos de los niños frente a los otros derechos, por expreso mandato constitucional, no puede ceder frente a la prevalencia de embargos que, la norma de-

mandada, se la otorga únicamente a los créditos hipotecarios y prendarios por encima de los alimentarios.

Como es conocido, en otras oportunidades la Corte Constitucional ha permitido la limitación de derechos fundamentales de los demás con el fin de proteger los derechos superiores de los niños. Esto se observó por ejemplo cuando la Corte analizó la disposición legal que autorizaba, como medida cautelar dentro del proceso de alimentos, dar aviso a las autoridades de emigración del Departamento Administrativo de Seguridad, (DAS), para que el demandado no pudiera ausentarse del país sin prestar garantía suficiente que respalde el cumplimiento de la obligación, contenida en el artículo 148 del Decreto 2737 de 1989, Código del Menor. En esa oportunidad, la Corte expresó que “El condicionamiento al cual se sujetan los derechos fundamentales a la libre circulación y residencia, defensa y libertad de trabajo del demandado por alimentos, se produce en grado mínimo frente a la importante salvaguarda que propina a principios superiores muy caros para el sistema jurídico colombiano, en aras de consolidar protección especial de los menores de edad, como ocurre con el interés jurídico supremo del menor, el de la solidaridad que ha de unirlos a los miembros más cercanos de su familia para que se les garantice su subsistencia, dentro de un desarrollo integral y armónico, y a los principios de justicia y equidad”²⁷.

La Corte ha esgrimido numerosos argumentos con el fin de proteger a los niños y sus derechos. En el presente caso es necesario invocar la reiteración de todos y cada uno de los anteriores pronunciamientos en ese sentido, pues al ponderar los derechos de los niños frente a los derechos de los demás acreedores, debe darse preferencia, casi absoluta, a los primeros. Al respecto ha señalado la Corte que “(...) la Constitución no consagra la primacía de los derechos de los trabajadores, ni de ninguna otra clase de personas, como sí lo hace respecto de los derechos de los

²⁶ Corte Constitucional Sentencia C-092-02.

²⁷ Corte Constitucional Sentencia C-1064-00.

niños, cuando establece explícitamente que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás. Es claro que el Constituyente buscó la protección de los derechos de los menores por encima de todos los demás sujetos del Estado, teniendo en cuenta que en ellos se encuentra el futuro del mismo y que son personas vulnerables e indefensas cuya vida apenas comienza, motivo por el cual debe propenderse por la búsqueda de su bienestar. Cualquier norma que desconozca esta prevalencia va en contravía del espíritu de la Carta y por tanto, debe ser declarada inconstitucional”²⁸.

Sin embargo, con la sentencia C-664 de 2006, la Corte cerró el debate en torno al tema que se analiza, desconociendo muchos de los pronunciamientos señalados y que antes habían permitido garantizar el principio de supremacía de los derechos de los niños. El cierre del debate constitucional se puede considerar un desacierto de la Corte. Existe acuerdo con la Corte en que la prelación de créditos es una figura sustancial mientras que la prelación de embargos es de carácter procesal. Pero esa distinción no soluciona el problema presentado, al contrario lo reafirma al señalar que el embargo es una figura que permite impedir al deudor que se insolvente, lo que hace que constituya una garantía para hacer efectivo el derecho sustancial, lo cual hace que si bien sean figuras diferentes no sean independientes, y sea necesaria la una para asegurar el derecho que garantiza la otra. Ahora bien, en lo que no se está de acuerdo es en descartar la posibilidad de que exista prelación de embargos de la misma forma en que existe dicha prelación en materia de créditos por las dos razones que expone la Corte.

Sobre la primera razón, según la cual los argumentos de los demandantes no son procedentes pues de aceptarlos se tendrían que subsanar todas las omisiones legislativas en que se ha incurrido por parte del legislador al no identificar la prelación de embargos con la prelación de créditos se debe señalar que se trata de una

razón inaceptable dado que para el caso objeto de examen de lo que se trata es de remediar una omisión que afecta derechos prevalentes reconocidos por la Constitución y por la misma Corte, y que son prevalentes en tanto se tratan de derechos en cabeza de sujetos de especial protección constitucional. Entonces no se le impone a la Corte la tarea de corregir todas las omisiones del legislador sobre la prelación de embargos, sólo se le pide ocuparse de una que afecta a una población en condiciones especiales de vulneración.

La Corte descarta el argumento de los demandantes que sostenía que a pesar de que existe una vía procesal para garantizar el pago de los créditos a favor de los niños, esa garantía desconoce la prevalencia que tienen los derechos de los niños en tanto los somete a los rigores de un proceso civil con unos tiempos diferentes a los suyos, con el supuesto de que muy seguramente el proceso ordinario que se ejecuta va adelantado y que desde ahí es más garantía para los niños acogerse a los tiempos procesales del proceso ordinario. Este argumento no es lo suficientemente fuerte para descartar la tesis de los demandantes, en tanto que desconoce las dinámicas actuales de los procesos civiles ordinarios; quienes están haciendo ejercicios de litigio en la judicatura saben que los procesos ordinarios civiles son procesos lentos, en donde la espera es una constante. En Bucaramanga, por ejemplo, se pueden observar numerosos procesos cuyos radicados datan incluso del año 99 y 98. Ojala esos procesos no tengan pendiente en lista de espera el remate para satisfacer los derechos de los alimentados del deudor. De la misma forma que la Corte descalifica el argumento de los demandantes con una situación hipotética en donde se pueda pensar que el proceso ejecutivo ordinario podría ir más avanzado, también se puede pensar la situación en la que a pesar de haber iniciado primero el proceso ordinario, el proceso ejecutivo de alimentos termine primero y deban los niños esperar a que se defina la suerte del ordinario del cual dependen para que una vez se realice la ejecución se paguen las acreencias a su favor. El proceso ejecutivo

²⁸ Corte Constitucional Sentencia C-092-02.

de alimentos es mucho más rápido que el ordinario.

Los Magistrados Tafur y Araujo salvaron su voto e indicaron los motivos de su desacuerdo frente al fallo que se analiza. Para el primero no es suficiente la consagración de la prelación sustantiva. La real protección de los derechos superiores de los niños hace necesario que la prelación sustantiva se refleje en los procesos que persiguen bienes del alimentante. Para el Magistrado, de no garantizarse la protección real de la prelación sustantiva se somete a los niños a que en lugar de perseguir el crédito alimentario directamente, a través del trámite del proceso ejecutivo de mínima cuantía previsto para ellos, que se realiza ante el juez del domicilio de los niños, con la posibilidad de que se exija al deudor el pago de la obligación para ser oído y con el derecho de que el juez tase alimentos provisionales, “tendrá que aguardar pasivamente, ante el juez civil del domicilio del deudor hipotecario, la distribución que acontece al final de la ejecución, sin que para el efecto cuente la pronta satisfacción de las necesidades del niño” (...); la situación que permite la norma es que “el numeral 1 del artículo 558 del Código de Procedimiento Civil someta a quien persigue un bien gravado con hipoteca o prenda a las reglas sobre competencia, trámite, recursos, excepciones e intervención de terceros, previstas para ejecutar créditos con garantía real, por el solo hecho del gravamen”²⁹.

El Magistrado llama la atención al indicar que la Corte no puede, por difícil que pueda resultar, renunciar a su deber de hacer prevalecer los derechos de los niños, tal y como lo impone el mandato del artículo 44 superior y los tratados y convenios internacionales, aunque la protección suponga alterar la preferencia de que gozan las obligaciones con garantía hipotecaria sobre los créditos alimentarios en materia procesal. El Magistrado Tafur señala que la norma debió declararse exequible bajo el entendido de que la cancelación del embargo anterior no opera

cuando el embargo vigente sea producto de un proceso adelantado para el pago de un crédito alimentario a favor de los niños.

Por su parte, el Magistrado Araujo indicó que la mayoría de la Corte no guarda la supremacía de la Carta con el fallo del que se aparta. Su afirmación la sustenta en dos razones: i) La norma procesal es sólo un instrumento para hacer efectivo el derecho sustancial. De ahí que sea necesario que junto a la prelación de créditos exista una medida dentro del procedimiento para su efectividad. “Sostener lo contrario es lógicamente contradictorio y jurídicamente opuesto al interés superior del menor consagrado en el citado precepto constitucional y en los instrumentos internacionales indicados”³⁰. ii) La prelación establecida en la ley sustancial corresponde a una protección formal y no material, real o efectiva, pues bajo criterios racionales y en virtud de la realidad judicial, el funcionamiento de la jurisdicción de familia tiende a ser más rápido que el funcionamiento de la jurisdicción civil ordinaria. Luego sacar de la protección que garantiza un procedimiento especial otorgado a sujetos especiales de protección para llevarlo ante un procedimiento ordinario, es ir en contra vía de la protección superior que se debe a los niños. Para el Magistrado Araujo la Corte debió declarar la exequibilidad condicionada a la interpretación de que el embargo decretado con base en un título hipotecario o prendario sujeto a registro no podrá inscribirse cuando exista otro embargo sobre el mismo bien, practicado en proceso ejecutivo por concepto de alimentos a favor de un niño.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Del debate jurídico que se plantea se pueden extraer como resultados algunas conclusiones sobre el ejercicio de la justicia constitucional. Una de ellas es muy clara, la Corte como tribunal superior en materia de interpretación constitucional cerró el debate en torno a la constitucionalidad de la norma analizada y con ello cerró la posibi-

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

lidad de hacer efectivos los derechos de los niños a nivel judicial. No hay posibilidad alguna de que mediante el activismo judicial se logre la efectiva protección de los derechos de los niños en este escenario. Desde allí sólo les queda esperar a los niños, como sujetos especiales de protección, que sea el legislador el que vuelque sus ojos sobre ellos y modifique la legislación que supedita sus derechos a los tiempos de los derechos de los acreedores ordinarios. La solución jurídica dada por la Corte da la razón a quienes mantiene la posición de que el poder judicial es insuficiente y que debe ser el legislativo el que haga efectivo el mandato que se le ha dado de legislar en representación popular a favor de los intereses superiores que el mandato del constituyente consagró.

La Corte en este caso actuó bajo el desconocimiento de lo que en la realidad acontece en la práctica judicial. Los procesos ejecutivos ordinarios resultan ser procesos dispendiosos y lentos. Pensar que es posible que esta sea la vía para hacer efectivos los derechos de los niños es un pensamiento que no esta conforme con la realidad. El derecho del Tribunal Constitucional colombiano ha sido progresista en muchos aspectos, ha sido una Corte de aplaudir, pero en este caso, la Corte no obró guiada por la garantía del principio del interés superior del niño y contradujo, con ello, muchos de los precedentes que había consagrado en este aspecto.

Por otro lado a pesar de que existe un pronunciamiento de la Corte Constitucional que parecería cierra el debate constitucional, hoy se puede argumentar nuevamente a favor de la tesis que busca una interpretación garantista en pro de la defensa del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, a partir de lo que la Ley 1098 de 2006 o Estatuto de la infancia y adolescencia, a partir de lo que la norma ha consagrado en sus artículos 6 y 9 en donde se consagra el Principio de favorabilidad y en los artículos 4 y 9 en donde se consagra el carácter de irrenunciables y preferentes a los derechos de los niños. Desde esta óptica se considera que los administradores de justicia y demás funcionarios que tengan bajo su responsabilidad tomar decisiones en la que se

decida sobre derechos de los niños puedan en virtud de esta norma superior, optar por hacer prevalecer la norma procesal de la prelación de embargos para hacer efectiva la garantía de la prelación de créditos y con ella la apuesta del Estado colombiano en torno a la especial protección de la infancia y adolescencia.

BIBLIOGRAFÍA

PABÓN Ana Patricia y AGUIRRE Javier Orlando. *Justicia y derechos en la convivencia escolar*. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2007. Pág. 128.

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

La Convención sobre Derechos del Niño.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002.

Comité de los derechos del niño, en su OObervación General N° 5 de 2003.

Constitución Política de Colombia.

Ley 1098 de 2006.

Código de Procedimiento Civil.

Código Civil.

Sentencias Corte Constitucional

Sentencia T-006 de 1992.

Sentencia T-124 de 1994.

Sentencia T-477 de 1995.

Sentencia T-408 de 1995.

Sentencia C-029 de 1995.

Sentencia SU-225 de 1998.

Sentencia C-184 de 1999.

Sentencia C-131 de 2002.

Sentencia C - 957 de 1999.

Sentencia C-092 de 2002.

Sentencia C-1064 de 2000.

Sentencia C-092 de 2002.

Sentencia 1064 de 2000.

Sentencia C-092 de 2002.

Sentencia C-490 de 2000.

Sentencia C - 039 de 2004.

Sentencia T - 557 de 2002.

Sentencia T - 620 de 2005.

Sentencia T - 1008 de 2002.

Sentencia C-664 del 2006.