

2018

Comparative Law Review

VOL. 9/1

ISSN: 2038 - 8993

SPECIAL ISSUE ON
LATIN AMERICA

VOLUMEN ESPECIAL SOBRE
AMERICA LATINA

N1

COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437
Email: complawreview@gmail.com

EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari
Tommaso Edoardo Frosini
Pier Giuseppe Monateri
Giovanni Marini
Salvatore Sica
Alessandro Somma

EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia
Giacomo Capuzzo
Cristina Costantini
Virgilio D'Antonio
Sonja Haberl
Edmondo Mostacci
Valentina Pera
Giacomo Rojas Elgueta

REFEREES

Salvatore Andò
Elvira Autorino
Ermanno Calzolaio
Diego Corapi
Giuseppe De Vergottini
Tommaso Edoardo Frosini
Fulco Lanchester
Maria Rosaria Marella
Antonello Miranda
Elisabetta Palici di Suni
Giovanni Pascuzzi
Maria Donata Panforti
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli
Andrea Zoppini
Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)
Mauro Grondona

COMPARATIVE

LAW

REVIEW

VOL. 9 /1

SPECIAL ISSUE ON LATIN AMERICA N. 1

Helena Alviar

4 *Violencia economica contra la mujer y deber de alimentos en Colombia: visiones teoricas en conflicto.*

Giovanni Marini

29 *El Italian Style entre Centro y Periferia, o Gramsci, Gorla y lo que està en juego en el derecho privado.*

Carlos Petit

98 *Debido proceso y proceso civil, o cómo hacer códigos con teorías*

I. Jaramillo-Sierra

120 *El Papel de derecho en la production de desigualdad: el caso de los alimentos*

Lucio Pegoraro

143 *La Constitución española en su contexto comparado. Una lectura a través de las citas comparadas de los Constituyentes españoles y de algunas Constituciones influenciadas por ella*

Andres Botero Bernal

154 *Codigo Civil, Bello y La Exegesis en Colombia*

Mario Alberto Cajas Sarria

174 *La construcción de la justicia constitucional colombiana, 1910-1991: una aproximación histórica y política*

EL PAPEL DEL DERECHO EN LA PRODUCCIÓN DE LA DESIGUALDAD: EL CASO DE LOS ALIMENTOS

ISABEL C. JARAMILLO-SIERRA¹

La legislación colombiana desde el siglo XIX es clara en señalar que la obligación de proveer lo necesario para satisfacer las necesidades básicas de las personas corresponde a los miembros de su familia. Esto asunto es particularmente interesante cuando se trata del sostenimiento de niños y niñas, especialmente si sus padres no viven juntos. Dado este vínculo legal entre hijos y madres, las madres no pueden reclamar la imposibilidad de cuidar de sus hijos sin renunciar al mismo tiempo a la maternidad. Los padres tienen la facultad de vivir sin sus hijos y seguir reclamando los beneficios de la patria potestad y el parentesco. Finalmente, en razón de que la terminación de la convivencia generalmente implica una ruptura afectiva, la negociación y cobro de la cuota se vuelve una oportunidad para revisar los sentimientos negativos que tienen los miembros de la pareja. Así, frente a la proposición de que “nadie está obligado a lo imposible”, la respuesta feminista es que de hecho las mujeres sí están haciendo “lo imposible”, a través del rebusque y soportando altos niveles de violencia, perpetuándose con esto su pobreza y exclusión. De allí que acudan a reformas legales y estrategias litigiosas encaminadas a conseguir “cualquier cosa” con tal de aliviar la carga de las mujeres y reducir su desigualdad. Partiendo del análisis de 1690 casos de alimentos, este paper propone entender el problema tomando en consideración tanto la pobreza de los deudores alimentarios, como las necesidades inaplazables de los acreedores menores de edad.

TABLA DE CONTENIDO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LOS DATOS
- III. ¿SIRVEN LAS CUOTAS PARA REDUCIR LA POBREZA DE LAS MUJERES Y LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?
- IV. ¿AYUDAN LAS CUOTAS A DISMINUIR LA DESIGUALDAD?
- V. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MODOS DE PRODUCCIÓN NEOCOLONIALES
- VI. CONCLUSIONES

¹ Profesora del curso Teorías Contemporáneas del Género y la Sexualidad (pregrado), Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá. El consejo de redacción ha invitado a la autora a publicar este artículo en esta revista.

I. INTRODUCCIÓN

La legislación colombiana desde el siglo XIX es clara en señalar que la obligación de proveer lo necesario para satisfacer las necesidades básicas de las personas corresponde a los miembros de su familia (Código Civil -1887- art. 411). En un sentido, podría decirse que esta obligación se ha “normalizado” y que las personas viven su cotidianidad con la claridad de que deben velar por el bienestar de los miembros de su familia. En otro sentido, sin embargo, la baja elaboración doctrinal y judicial de la obligación evidencia que la manera en la que se vive la obligación por parte de la mayoría es como una obligación mínima más vinculada al altruismo que a la responsabilidad. En efecto, la ausencia de trabajos académicos y decisiones judiciales que elaboren el marco jurídico revela los bajos niveles de politización del asunto, es decir, las pocas posibilidades que han tenido los más necesitados para reclamar la efectividad de esta garantía. La reacción más frecuente frente a las intenciones de endurecer la persecución de deudores es indicar la inexistencia de la obligación por falta de recursos para asumirla: “nadie está obligado a lo imposible”.²

Estos dilemas se acentúan cuando se trata del sostenimiento de niños y niñas, especialmente si sus padres no viven juntos. Por una parte, ante la prohibición del trabajo infantil y la física dificultad de trabajar que tienen los niños antes de valerse por sí solos –digamos antes de los 5 años-, su dependencia del entorno es completa.³ Sencillamente si alguien no se hace cargo no pueden sobrevivir. Por otra

² N. H. JIMENEZ, “A lo imposible nadie está obligado? Una mirada crítica de su aplicación dentro del sistema penal colombiano a propósito de la obligación alimentaria” en *Revista de Derecho*, núm. 43, enero-junio, 2015, pp. 322-349.

³ El artículo 35 del Código de Infancia y Adolescencia al respecto señala: “La edad mínima de admisión al trabajo es los quince (15) años. Para trabajar entre, los adolescentes entre los 15 y 17 años requieren la respectiva autorización expedida por el Inspector de Trabajo (...)”. Es cierto también que sigue existiendo trabajo infantil: de acuerdo a los datos disponibles, alrededor de un 10% de la población entre 5 y 17 años en Colombia trabaja; el 70% de los menores trabajadores son hombres. Lety Margarita Bohórquez, *El Trabajo Infantil en Colombia*, Informativo de

parte, dado el vínculo legal entre hijos y madres, las madres no pueden reclamar la imposibilidad de cuidar de sus hijos sin renunciar al mismo tiempo a la maternidad.⁴ Los padres tienen la facultad de vivir sin sus hijos y seguir reclamando los beneficios de la patria potestad y el parentesco.⁵ Finalmente, en razón de que la terminación de la convivencia generalmente implica una ruptura afectiva, la negociación y cobro de la cuota se vuelve una oportunidad para visitar los sentimientos negativos que tienen los miembros de la pareja. Así, frente a la proposición de que “nadie está obligado a lo imposible”, la respuesta feminista es que *de hecho* las mujeres sí están haciendo “lo imposible”, a través del rebusque y soportando altos niveles de violencia, perpetuándose con esto su pobreza y exclusión.⁶ De allí que acudan a reformas legales y estrategias litigiosas encaminadas a conseguir “cualquier cosa” con tal de aliviar la carga de las mujeres y reducir su desigualdad.

Partiendo del análisis de 1690 casos de alimentos, este capítulo propone entender el problema tomando en consideración tanto la pobreza de los deudores alimentarios, como las necesidades inaplazables de los acreedores menores de edad. Empieza abordando el asunto del efecto de la cuota sobre la pobreza de los hogares, continúa con una discusión sobre sesgos en el monto de la cuota y el problema de la autonomía de la voluntad en la reproducción, termina con algunas conclusiones

Seguimiento y Evaluación. Dirección de Planeación y Análisis de Política, Ministerio de Protección Social, 2016.

⁴ Mientras que el padre o madre que tiene el cuidado personal del menor debe demostrar que garantiza todos sus derechos o enfrentarse a la posibilidad de que lo declaren adoptable como medida de restablecimiento de sus derechos (artículo 53 Código de Infancia y Adolescencia), para la emancipación judicial del menor por parte de una autoridad judicial, única norma que se considera aplicable al padre que no tiene el cuidado personal, se exige maltrato habitual que ponga en riesgo la vida del menor, abandono, depravación o pena privativa de la libertad superior a un año (artículo 315 Código Civil).

⁵ La legislación colombiana distingue entre la patria potestad, que es el conjunto de derechos que la ley le da a los padres para el cumplimiento de sus deberes (artículo 288 del Código Civil) y que se ejerce de manera conjunta mientras vivan los padres (artículo 288 del Código Civil), y el cuidado personal, que también tienen los padres de manera conjunta mientras cohabiten (artículo 453 del Código Civil). Cuando la cohabitación termina lo único que se ve afectado es el cuidado personal, quedando el padre o madre que tiene el cuidado personal obligado a conseguir la autorización del otro para todas las decisiones relacionadas con la patria potestad. Aunque en la práctica esto solamente se traduce en un poder de veto, el hecho que pueda ejercerse de manera arbitraria y aleatoria deja a quienes cohabitan con el menor en una gran inseguridad respecto a sus posibilidades de tomar decisiones.

⁶ Este argumento está finamente desarrollado en el capítulo de L. ZABALA en este libro.

sobre la importancia de tomarse en serio lo que hombres y mujeres están diciendo sobre el peso de su situación concreta. De esta forma, el capítulo busca intervenir en dos debates contemporáneos más amplios: el debate sobre las múltiples opresiones y la posibilidad de un proyecto de justicia total y el debate sobre el papel del derecho en la producción de la desigualdad. Frente al primero sugiere que aunque sea posible imaginar una justicia total, la implementación lleva a tomar decisiones sobre secuenciamiento que implican sacrificar unos fines al menos temporalmente. Frente al segundo muestra que el incumplimiento o desobediencia no son suficientes para explicar la desigualdad y por eso reforzar el mecanismo punitivo agrava más de lo que alivia la situación.

II. LOS DATOS

Durante aproximadamente un año, entre julio de 2015 y julio de 2016, se recogieron datos relacionados con 1690 casos de alimentos atendidos por los Consultorios Jurídicos de las Universidades de: Los Andes, Santo Tomás-Bogotá, ICESI, San Buenaventura-Cali, Universidad de Bolívar, Universidad Eafit, Universidad de Antioquia y Universidad del Norte (ver figura 1). Estos casos constituyen el total de casos atendidos por estos consultorios jurídicos entre el año 2010 y el año 2014. Los equipos que trabajaron en la recolección de datos estuvieron conformados por estudiantes de cada una de las universidades mencionadas bajo la dirección de un profesor o asesor del Consultorio Jurídico.⁷ Los datos se recogieron usando una ficha común que daba cuenta de las particularidades de los casos y de la información de los consultorios jurídicos.⁸

⁷ Esta base de datos fue construida bajo el liderazgo de Sergio Anzola, asistente de investigación en el proyecto y estudiante de doctorado en derecho en la Universidad de los Andes, y con la participación de equipos de cada una de las Universidades donde se recogieron los datos. Agradezco su trabajo juicioso que hizo posible construir esta base de datos.

⁸ Incluimos la ficha en el Anexo 1.

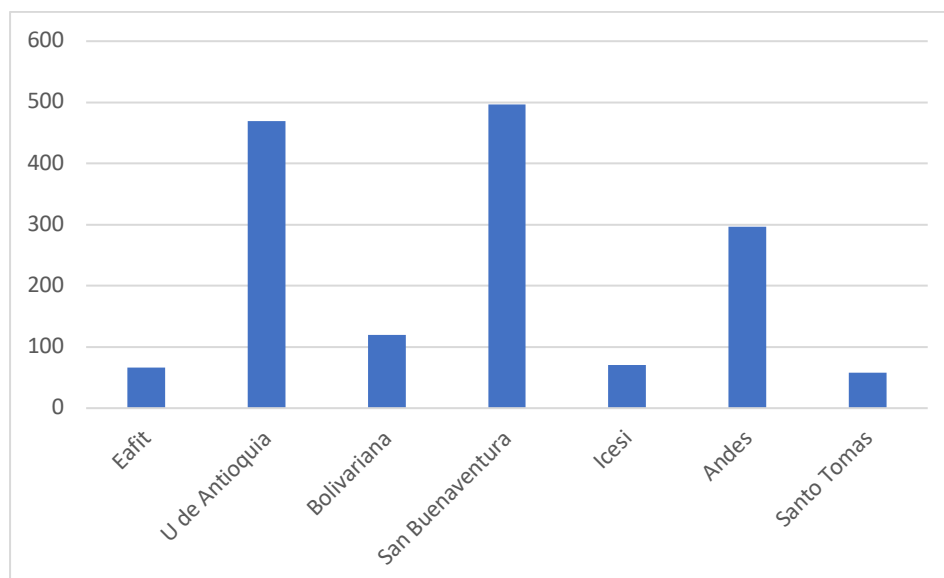


Figura 1. Expedientes Revisados por Universidad

Se privilegiaron los Consultorios Jurídicos como fuentes frente a los despachos judiciales por tres razones. En primer lugar, porque dadas sus obligaciones legales, los Consultorios Jurídicos son mucho más cuidadosos con la tarea de archivo que los despachos judiciales mismos. En segundo lugar, porque los estudiantes de los Consultorios Jurídicos recogen información demográfica sobre sus clientes que no aparece en los expedientes judiciales. Finalmente, porque el trabajo con los Consultorios Jurídicos permitía involucrar académicos y estudiantes de diversas especialidades, intereses y perspectivas, que podrían contribuir en la elaboración intelectual del problema, como de hecho terminó ocurriendo.

Es importante señalar que para incrementar la uniformidad en los datos, se hicieron entrenamientos con los equipos de todas las ciudades y se verificó que las instrucciones eran cabalmente entendidas por quienes irían a los archivos. Para verificar la compatibilidad de las muestras se realizaron validaciones de hipótesis para las diferencias entre los valores promedio de las siguientes variables: edad del demandante, número de dependientes, clase social, ingreso del demandante y número de hijos elegibles para cuotas alimentarias. Estas validaciones de hipótesis revelaron que los demandantes en cada muestra tienen características socio económicas similares.

Las diferencias en el número de casos atendidos por cada consultorio jurídico (ver figura 1), de otra parte, no se atribuyeron a diferencias en necesidades jurídicas de cada ciudad o a diferencias en la confianza de las mujeres frente al sistema legal. Los directores de los Consultorios Jurídicos señalaron que serían mejores explicaciones la ubicación geográfica, el número de estudiantes de la Facultad de Derecho y la utilidad percibida de involucrarse en este tipo de litigios. De hecho debe resaltarse que los dos consultorios jurídicos que más casos de estos llevaron tienen grandes poblaciones de estudiantes y una inclinación a litigar los casos de los más pobres aún si la intervención no necesariamente es exitosa.

La mayoría de los casos estudiados corresponde a casos en los que la cuota se fijó en una conciliación (1072 casos) y a casos en los que la cuota se estaba estableciendo por primera vez. 470 casos involucraban una solicitud de reclamar cuotas alimentarias debidas por un proceso ejecutivo y 198 casos a modificaciones en la cuota alimentaria. (Ver figura 2) No se tuvo en cuenta, sin embargo, si el caso se ganó o perdió sino cuáles eran las características de demandantes y demandados y cuál fue el montó que quedó establecido para la cuota.

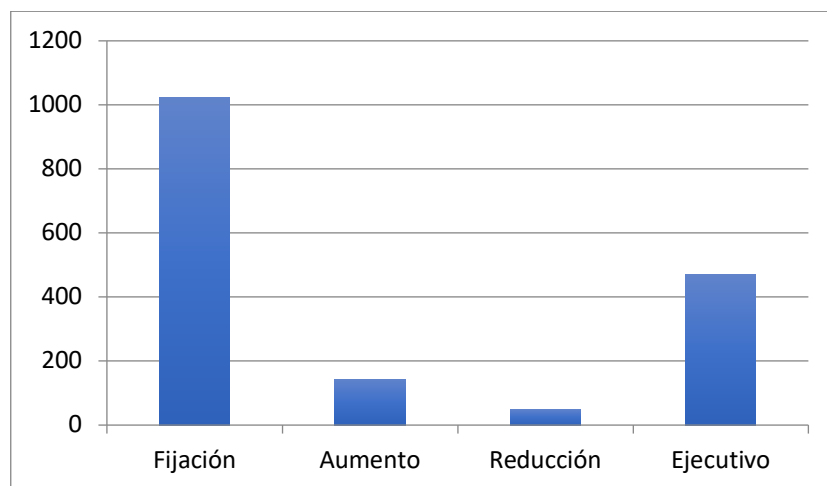


Figura 2. Tipo de Reclamo en Relación con la cuota

1426 de 1690 demandantes eran mujeres y de estas 973 eran solteras. Del total de demandantes una tercera parte declararon estar desempleados (Ver figura 3). La edad promedio de los demandantes se estableció en 33,5 años (solamente 1204

casos tenían información sobre la edad) (ver figura 4) y su ingreso promedio en \$339,616 (solamente 1118 casos tenían información sobre los ingresos del demandante). Cabe anotar que la diferencia en los ingresos promedio de hombres y mujeres es significativa: mientras que el ingreso promedio para los hombres fue de \$546,100 (174 en total), para las mujeres fue de \$302,435 (928 demandantes). De los 397 demandantes que declararon no tener ningún ingreso, 370 eran mujeres.

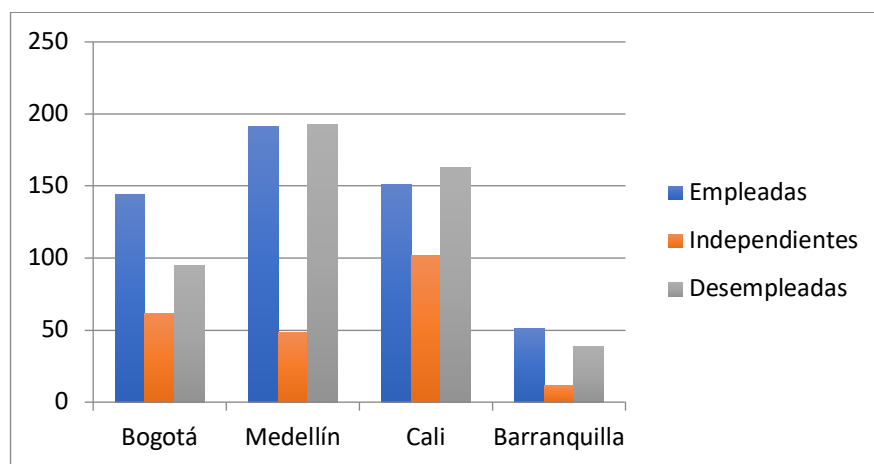


Figura 3. Empleo de los demandantes

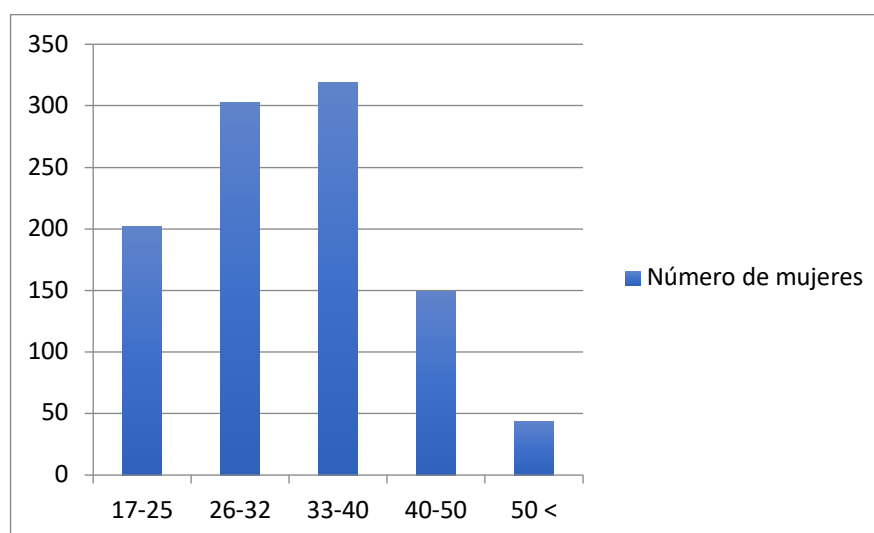


Figura 4. Rangos de edad de las demandantes

En la mayoría de los casos los demandantes reclamaban alimentos para un solo hijo con una edad promedio de 8 años. (Ver figura 5) La mitad de estos niños fueron identificados como hijos matrimoniales y la otra mitad como hijos

extramatrimoniales (1401 demandantes hicieron explícita la condición del hijo en relación con el demandado).

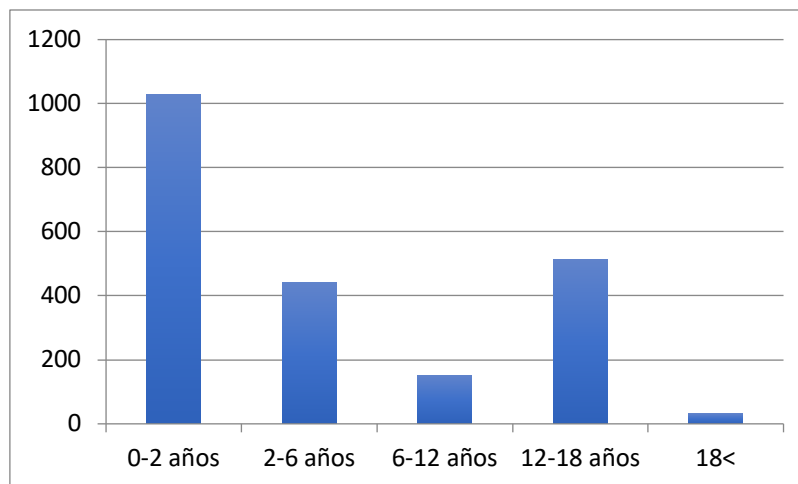


Figura 5. Edad de los hijos para los que se solicita la cuota

III. ¿SIRVEN LAS CUOTAS PARA REDUCIR LA POBREZA DE LAS MUJERES Y LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?

De acuerdo con la normatividad existente, las cuotas alimentarias deben calcularse teniendo en cuenta la capacidad del deudor y la necesidad del acreedor (artículos 419 y 420 Código Civil). En el caso de los menores de edad, “se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes” (artículo 24 Código de Infancia y Adolescencia). Es decir, que la necesidad del alimentado se debe calcular teniendo como parámetro la garantía de sus derechos y no solamente, como dice el Código Civil, lo que le corresponde por razón de su clase social (artículo 414 Código Civil). El cálculo de la capacidad de los deudores, de otro lado, debe tener en cuenta: 1) que la obligación alimentaria de padres y madres frente a sus hijos es igual, es decir recae en ambos de la misma manera; 2) que cuando existe

más de un hijo, en principio, debe tratarse de igual manera a todos los hijos; 3) que la mayoría de las personas en Colombia recibe recursos “informalmente”, ya sea por el tamaño de la empresa en la que laboran, por estar dedicados a trabajar de manera independiente o por estar dedicados al rebusque.⁹ Adicionalmente es relevante que el artículo 129 del Código de Infancia y Adolescencia prevé que “En todo caso se presumirá que devenga [el deudor] al menos el salario mínimo legal” y el artículo 130 del mismo Código establece que se podrá embargar hasta el 50% de lo que compone el salario mensual del demandado.

Así, el modelo que podríamos llamar “legal” llevaría a concluir que si el demandado tiene un solo hijo el monto de la cuota podría ser de medio salario legal mensual, que para el año 2014 correspondía a \$308.000. A esta suma se le podría reducir el aporte de la madre, si se demostrara que la madre tenía ingresos o se aplicara la misma presunción de ingresos a la madre que la que se aplica al padre. Esto se corresponde de manera bastante cercana al monto promedio de las cuotas acordadas o fijadas judicialmente en los casos estudiados: \$151,147 (ver figura 6).

⁹ El DANE (Departamento Administrativo Nacional de Estadística) define la informalidad usando como parámetros la escala de personal en las empresas (es informal si tiene menos de 5 empleados), excluyendo a los independientes y los empleados del gobierno, y la afiliación a la seguridad social. Estos dos parámetros arrojan una informalidad de 51% para el año de 2010 y 48% para 2014. Para 2016 corresponde a 47,5%. Las cotizaciones a pensiones tienen unas tasas similares, mientras que la afiliación a salud asciende a un 93% de la población ocupada. DANE, Boletín Técnico, Abril 2016. Disponible en: <http://www.dane.gov.co/boletines/ech>.

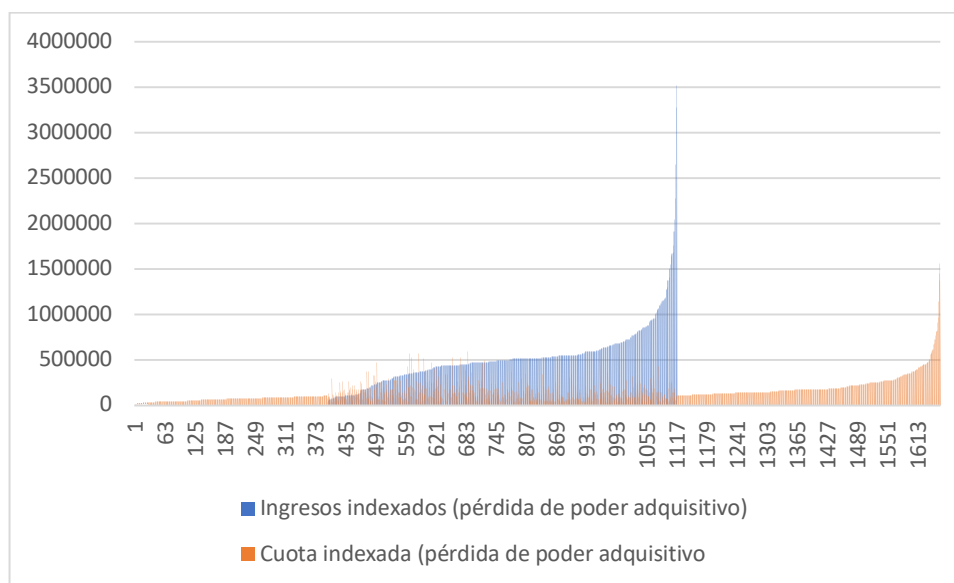


Figura 6. Ingresos de las demandantes y montos de las cuotas

Esta suma es problemática por varias razones. La primera de ellas es que, como se dijo más arriba, los ingresos promedio de hombres y mujeres demandantes de alimentos en estos casos son significativamente diferentes. Mientras que los hombres en promedio ganaban un poco menos que el salario mínimo legal vigente para 2014 (\$616,000), las mujeres ganaban mucho menos (alrededor de la mitad). La segunda de ellas es que 370 de las demandantes afirmaron no tener empleo y no tener ningún ingreso sin que se hubiera podido probar en contrario. La tercera razón, y tal vez la más significativa, es que de acuerdo con el DANE la medida de pobreza monetaria indirecta para el año de 2014 consistía en contar con un ingreso inferior a \$211,807. Esto implica que, de entrada, para los niños y niñas con una madre desempleada y recibiendo cero ingresos, la cuota no es suficiente para sacarlos de la pobreza. Esta situación se agrava si alguno de los padres tiene más de un hijo pues si su empleo es por fuera del sistema “formal” y no tiene registrados bienes a su nombre, lo que sigue contando es la presunción de que recibe al menos un salario mínimo legal mensual. En este caso, como lo muestran también los datos del estudio, la cuota alimentaria no puede incrementarse sino que el mismo valor se asigna a los hijos para ser distribuido entre ellos por partes iguales. De hecho, solamente en 28 de los casos estudiados, la cuota alimentaria sirvió para que los

ingresos combinados del hogar llegaran a superar la cifra de pobreza monetaria indirecta. El efecto promedio de la cuota alimentaria sobre el ingreso per cápita de los hogares involucrados apenas alcanzó a ser de \$60,833 en promedio. (ver figura 7).

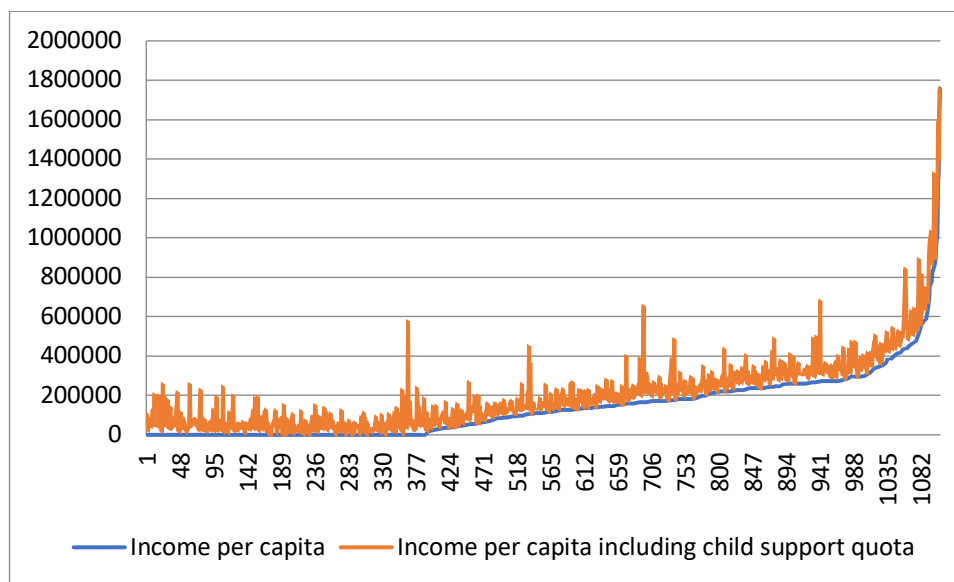


Figura 7. Ingreso per capita en los hogares incluyendo la cuota alimentaria

Como puede verse, la solución del legislador para reducir la carga probatoria de los demandantes y de esta manera proteger a los niños, niñas y adolescentes en sus ingresos, está lejos de ayudar efectivamente a superar la pobreza de estos niños. De hecho, usando datos del DANE Meyer y Cuesta han mostrado que al contrario de lo que ocurre en los Estados Unidos, en Colombia el sistema legal logra recuperar por vía de alimentos más recursos para los niños más pobres, pero también al contrario de lo que ocurre en los Estados Unidos, el efecto de esto sobre la pobreza en general es muy pequeño.¹⁰

La mayoría de los países del Atlántico Norte han resuelto este círculo de pobreza, en el que la pobreza intenta resolverse exprimiendo a otro pobre y eventualmente encarcelando a los que no logran cumplir sus obligaciones, por la vía de generar subsidios que reemplacen las cuotas alimentarias cuando se

¹⁰ V. L. CUESTA y D. R. MEYER, "The Role of Child Support in the Economic Wellbeing of Custodial-Mother families in Less Developed Countries: The Case of Colombia" in *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 28 (2014) pp. 60-76.

demuestra que el padre está ausente, no paga o no paga lo suficiente.¹¹ Estos subsidios, a diferencia del de Familias en Acción, no exigen que se demuestre por la vía de visitas domiciliarias la pobreza extrema, sino que se basan en información existente en los diferentes sistemas administrativos sobre las familias y sus recursos.¹² A la luz de los esfuerzos que ya se han desplegado en Colombia para garantizar los derechos de poblaciones vulnerables, en particular de familias víctimas de la violencia, el costo administrativo de implementar este tipo de sistema no es prohibitivo.¹³

IV. ¿AYUDAN LAS CUOTAS A DISMINUIR LA DESIGUALDAD?

Además de este efecto negativo de la legislación sobre cuotas alimentarias en relación con la pobreza, la muestra estudiada refleja un sesgo contra los hijos nacidos fuera del matrimonio y contra las mujeres jóvenes. También muestra que las cuotas acordadas por vía de la conciliación terminan siendo más bajas que las fijadas en la instancia judicial. Para observar estos sesgos, se construyeron tres modelos con los datos. El primer modelo, bautizado como modelo legal, usa como variables únicas para explicar el monto de la cuota la clase social declarada por la madre y sus ingresos. El segundo modelo, bautizado como modelo real, usa

¹¹ V. J. BRADSHAW y N. FINCH, A Comparison of Child Benefit packages in 22 countries, Research Report No. 174, Department for Work and Pensions, United Kingdom (2002).

¹² Para acceder a subsidios en Colombia debe acreditarse haber sido encuestado usando la metodología 3 del SISBEN. La encuesta es administrada a nivel municipal por las secretarías de planeación. En Bogotá, por ejemplo, para ser encuestado se necesita acudir a un CADE o SuperCADE con un documento de identidad y un recibo de servicios públicos pues la encuesta sigue la metodología de hogares. Según la página web de la entidad, “las solicitudes de encuesta SISBEN se atienden en orden de acuerdo a la fecha de registro y están sujetas a la disponibilidad de recursos y a los procesos contractuales”. Los solicitantes deben proveer sus documentos de identidad, responder las preguntas del formulario y autorizar la visita domiciliaria. Solamente cuando se completa esto se puede proceder a la clasificación del hogar de acuerdo con el puntaje obtenido. Para acceder al subsidio el hogar debe haber puntuado por debajo de 30. Ver: www.sdp.go.co.

¹³ La ley 1448 de 2011 creó la red nacional de información de víctimas a cargo de la Unidad de Víctimas. Ver: <https://rni.unidadvictimas.gov.co>. Este sistema incluye datos para 8.373.463 personas, alrededor de una sexta parte de la población nacional. La unidad ha logrado combinar estos datos con datos administrativos disponibles en otros organismos, ministerio de salud y educación por ejemplo, para determinar la garantía del goce efectivo de derechos de la población víctima. Este aprendizaje podría trasladarse a otros campos donde existen necesidades igualmente urgentes.

solamente variables que no están mencionadas por la legislación de manera explícita, siendo algunas de ellas prohibidas: la edad de la demandante, la edad del demandado, la legitimidad del hijo, el estado civil de las demandantes, la custodia y el procedimiento utilizado para fijar el monto de la cuota. El tercer modelo, llamado modelo integrado, une todas las variables para ver el efecto específico de las variables “reales” y en particular las discriminatorias una vez se combinan con las variables legales. Cada modelo se calculó usando una regresión de mínimos cuadrados ordinarios (OLS) usando el monto de la cuota como variable dependiente. Las variables de legitimidad, custodia, estado marital y procedimiento se incluyeron como dummies. Para la legitimidad, se asignó valor de 1 a los hijos nacidos fuera del matrimonio y 0 para los matrimoniales; para la custodia se usó 1 en los casos en los que la madre tenía la custodia y 0 para los casos en los que no la tenía; para el estado marital de la madre se usó 1 si era soltera y 0 si estaba casada o unida; finalmente para el procedimiento se asignó 1 para los casos de litigio y 0 para los de conciliación.

Los resultados para cada modelo se presentan en la tabla 1. Muestran que si bien los ingresos y la clase social están significativamente asociados con el monto de la cuota, como sería de esperarse, también lo están la edad de la madre y la calidad de matrimonial del hijo. De hecho, en el modelo integrado resulta que los hijos matrimoniales reciben al menos \$44,000 más que los hijos nacidos fuera del matrimonio y que por cada año de la madre aumenta en \$2,996 lo que puede cobrar como cuota alimentaria para sus hijos. Interesantemente, la edad de los hijos que resulta significativa en el modelo real deja de serlo en el modelo integrado.

Tabla 1. Modelos para calcular las cuotas alimentarias de los hijos

	(1)	(2)	(3)
	Modelo Legal	Modelo Real	Modelo Integrado
Ingreso (indexado)	0.04 ^{***} (0.01)		0.04 [*] (0.02)
Estrato de la demandante	40775.43 ^{***} (6325.50)		48587.84 ^{***} (8236.89)
Edad de la demandante		4198.57 ^{***} (736.45)	2996.31 ^{***} (880.58)
Edad del menor		-3109.91 [*] (1238.22)	-2756.85 (1461.57)
Legitimidad		-41297.37 ^{***} (11811.65)	-44081.36 ^{**} (13608.91)
Madre es soltera		7645.46 (11944.71)	14374.65 (14081.21)
Madre habita con el menor		22597.98 (18771.24)	31028.39 (21614.02)
Procedimiento para llegar a la cuota		11081.72 (12543.12)	28748.19 [*] (14082.50)
Constante	95313.11 ^{***} (13352.54)	64221.21 [*] (30365.56)	-19170.15 (38888.52)
Observaciones	969	883	513
Adjusted R ²	0.07	0.05	0.12

El sesgo contra los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta discriminatorio a la luz del artículo 13 de la Constitución política que garantiza el trato igualitario a personas con distintos orígenes familiares y del artículo 42 de la Constitución que asegura que la familia no será tratada de manera diferente así resultare de un contrato solemne o consensual. Dados los esfuerzos del legislador y el constituyente por establecer esta igualdad, resulta sorprendente que siga manifestándose en la práctica. En efecto, desde el siglo XIX los liberales han venido denunciando el privilegio del matrimonio y exigiendo que se reforme la legislación que garantiza dicho privilegio. Durante el período de 1850 a 1887 intentaron múltiples alternativas para derrocar el privilegio, siendo finalmente derrotados por el proyecto de la Regeneración en 1887.¹⁴ Desde entonces, tomó casi un siglo materializar los reclamos claramente formulados desde tan temprano en nuestra historia republicana: en 1982 se establece finalmente la igualdad de los hijos nacidos fuera del matrimonio en términos sucesorales y se prohíbe utilizar la expresión “ilegítimos” para referirse a ellos; en 1991, como ya se dijo, se incluye el origen familiar explícitamente como criterio sospechoso para un trato diferenciado y se exige el reconocimiento de las llamadas “familias de hecho”.

Las normas actualmente existentes en materia de alimentos, no obstante, autorizan el trato diferenciado al poner sobre las madres la carga de reclamar los alimentos y no establecer criterios ciertos para calcular las cuotas. Las madres terminan “encartadas” en nuestro ordenamiento de varias maneras. Primero, mientras que la maternidad siempre se establece de la misma forma (por el alumbramiento, artículo 1 ley 45 de 1936), la paternidad de quien no es el marido o compañero permanente debe fijarse por un acto solemne y voluntario de reconocimiento o por una decisión judicial (artículos 1 a 10 de la Ley 75 de 1968). Así, la madre que da a luz un hijo fuera del matrimonio queda en la situación de tener que “buscar” al padre para que lo

¹⁴ Ver I. C. JARAMILLO SIERRA, *Derecho y Familia en Colombia*. Historias de Raza, Género y Propiedad (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2013), especialmente el capítulo 2.

reconozca o iniciar un proceso judicial aportando pruebas suficientes de su demanda. Segundo, mientras que el cuidado personal del hijo nacido en el matrimonio se considera una obligación de ambos padres, en el caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio la legislación no establece la obligación de los padres de llegar a un acuerdo de custodia y visitas una vez se establece la paternidad. Se asume que continúan las cosas como estaban: la madre sigue con el cuidado personal de los hijos. Tercero, las mujeres no pueden terminar los embarazos no planeados ni los embarazos no deseados salvo cuando su salud está en peligro, el producto de la gestación es inviable o han presentado ante las autoridades una denuncia por acceso carnal violento (Sentencia C-355 Corte Constitucional de Colombia). Como lo muestran varios estudios realizados, ni siquiera en estas circunstancias pueden las mujeres decir que verdaderamente tienen acceso a una interrupción de su proceso de gestación.¹⁵

El que la edad de las demandantes afecte el monto de la cuota es demostrativo de hasta qué punto está sujeto a la capacidad de negociación de las partes involucradas. De otra manera es difícil explicar por qué la edad de los hijos no está simultáneamente relacionada con el monto de la cuota o por qué descriptivamente el monto de la cuota se reduce con la edad en lugar de aumentar. Esto se refuerza con el resultado que muestra que en los casos conciliados las cuotas son inferiores a las establecidas en los casos litigados (ver tabla 1).

El uso de una fórmula abierta para calcular los alimentos no colabora a reducir el riesgo de discriminación. Aunque parecería favorecer a todos los involucrados dejando espacio para mayor equidad en las decisiones, a la luz de la urgencia de las necesidades y los diferenciales de poder entre padres y madres en relación con los ingresos, esta fórmula ha sido reemplazada en varios países por criterios precisos basados en información recolectada por agencias del estado. Este es el caso, por

¹⁵ Sobre la liberalización del aborto en Colombia véase I. C. JARAMILLO SIERRA y T. A. SIERRA, *Mujeres, Cortes y Medios. La Reforma Judicial del Aborto en Colombia* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Ediciones Uniandes, 2008). Sobre la implementación de la regulación existente sobre el aborto, véase UNFPA y Ministerio de Salud, *Determinantes del Aborto Inseguro y Barreras de Acceso para la Atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia* (2014).

ejemplo, de varios estados de los Estados Unidos donde se han determinado valores fijos para las cuotas según niveles de ingresos de los padres y guías precisas sobre los factores que deben tenerse en cuenta al momento de decidir las cuotas judicialmente.¹⁶ En Francia, por mencionar otro caso, las personas pueden decidir entre reclamar una cuota de menor valor que paga enteramente el estado o acudir a la instancia judicial para obtener el pago directamente del padre.¹⁷

V. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MODOS DE PRODUCCIÓN NEOCOLONIALES

La principal preocupación que generan modificaciones orientadas a eximir a ciertos hombres de pagar cuotas alimentarias, cambiando al marido por el estado, y a facilitar su cobro, mediante guías, presunciones administrativas y burocracias masivas, es la de que se incentive la “irresponsabilidad” reproductiva de los hombres y se genere un incentivo perverso para las mujeres frente a la maternidad.¹⁸ Frente a estos dos argumentos vale la pena preguntarse: ¿por qué querrían los hombres tener hijos frente a los cuales no asumen ninguna responsabilidad y no

¹⁶ Véase por ejemplo S. F. GOLDFARB, “Child Support Guidelines: A Model for Fair Allocation of Child Care, Medical and Educational Expenses” in *Family Law Quarterly*, vol. 21 (1987-1988) pp. 325-352; M. M. KLAUITTER, “Who gains, who loses from changing US child support policies?” in *Policy Sciences*, vol. 27 (1994), pp. 197-219; U. NEELAKANTAN, “The impact of changes in child support policy” in *Journal of Population Economics*, vol. 22 (2009) pp. 641-663.

¹⁷ Véase BRADSHAW y FINCH, citados en la nota 10. Véase también: L. CRAIG y K. MULLAN, “Parenthood, gender and work-family time in the United States, Australia, Italy, France and Denmark” in *Journal of Marriage and the Family*, vol. 72 (2010) pp. 1344-1361; y J. FAGNANI y M.-T. LETABLIER, “Work and Family Balance: The impact of 35 hours laws in France” en *Work, Employment and Society*, vol. 18 (2004), pp. 551-572.

¹⁸ Sobre los papás que no quieren pagar y el peligro de concentrarse en los aspectos morales de esta negativa, véase: R. B. MINCY y E. J. SORENSEN, “Deadbeats and Turnips in Child Support Reform” en *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 17 (1998) pp. 44-51; C. WIMBERLY, “Deadbeat dads, Welfare moms and Uncle Sam: How the Child Support Recovery Act Punishes Single-Mother Families” en *Stanford Law Review*, vol. 53 (2000) pp. 729-766; L. M. ARGYS, E. PETERS y D. WALDMAN, “Can the Family Support Act Put some Life Back into Deadbeat Dads?: An Analysis of Child Support Guidelines, Award Rates and Levels” in *The Journal of Human Resources*, vol. 36 (2001), pp. 226-252; S. BASKERVILLE, “The Politics of Fatherhood” en *Political Science and Politics*, vol. 35 (2002), pp. 695-699; M. CANCIAN, D. MEYER y E. HAN, “Child Support: Responsible Fatherhood and the Quid Pro Quo” in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 635 (2011), pp. 140-162.

ejercen ningún derecho? ¿por qué querrían las mujeres tener más hijos si toda la carga de cuidarlos y sostenerlos les corresponde a ellas?

Una primera respuesta, que no es difícil de descartar, es que la maternidad es “cosa de mujeres”, es decir, que a los hombres “no les nace” y a las mujeres sí. En este sentido, lo sencillo, lo que resulta natural y obvio para los hombres es “desentenderse” y lo sencillo para las mujeres es “obsesionarse”. La consecuencia de este estado de cosas es la creencia de que el derecho deba usarse para “forzar” lo que no es natural: cuidar de los hijos para los hombres y no tener hijos para las mujeres. Dos objeciones se han propuesto a esta manera sencilla de proponer la cuestión: a) el derecho no puede convertir peras en manzanas, es decir, no puede transformar lo “natural” sino meramente influir en la “cultura”; b) no se ha articulado de ninguna manera sensata una prueba de lo “natural”, en otras palabras, esta idea de lo natural no tiene nada que ver con lo que consideramos científico o al menos no ha podido ser “demostrada” científicamente.¹⁹

Una segunda respuesta defiende que el cuidado no es una inclinación natural sino justamente un aprendizaje cultural y por eso debe utilizarse la coerción para lograr el cuidado en su “justa” y adecuada medida, es decir, que “cada quien tenga los hijos que puede sostener”. Así, forzar a los hombres a pagar por la paternidad mediante la amenaza de cárcel y desproteger a las mujeres frente a la maternidad poniéndoles una carga desproporcionada se suponen mecanismos convincentes para hacer cambiar actitudes arraigadas. El problema de esta respuesta es que, como se ha tratado de mostrar, no funciona: genera unos costos mucho más altos que los resultados en términos de reducción de pobreza. Entre los costos se encuentran la congestión de la justicia civil, en la que alrededor de un tercio de los casos tiene que ver con este asunto, y de la justicia penal, donde este delito también ocupa un lugar preponderante por su frecuencia. Los dos datos combinados no sólo revelan los costos burocráticos del régimen sino su baja capacidad para obtener los resultados:

¹⁹ Este es el punto que las feministas en los Estados Unidos han intentado defender al introducir la categoría de género en sus análisis. Véase al respecto el trabajo de J. SCOTT, “Gender: A useful category for historical analysis” en *The American Historical Review*, vol. 91 (1986), pp. 1053-1075.

no sólo los jueces civiles están permanentemente decidiendo sobre casos de alimentos sino que sus órdenes se incumplen a tal punto que también se congestiona la justicia penal. Más interesante aún es el bajo número de condenas efectivas por cuenta de este delito y la tendencia de los fiscales a intentar por todos los medios una conciliación conducente a fijar una cuota que el sindicato “pueda pagar”.²⁰ Ciertamente las mujeres no están respondiendo “adecuadamente” a la penalización del aborto ni a sus sobrecargas en materia reproductiva. Aunque el número de hijos por mujer ha disminuido, siguen siendo las mujeres más vulnerables las que toman la “mala decisión” de asumir este costo.²¹

Entre las feministas una respuesta reiterada es que los hombres hacen lo que hacen porque el sistema se los permite, el privilegio masculino como corolario del patriarcado, y las mujeres hacen lo que hacen porque el sistema no les permite nada más, la opresión femenina. Algunas de las explicaciones feministas sobre la raíz del patriarcado, sin embargo, generan paradojas en relación con este resultado sobre la reproducción. Tomemos, por ejemplo, la hipótesis de Catharine Mackinnon sobre la erotización de la dominación. De acuerdo con esta hipótesis, el género es una consecuencia del sexo, tanto de la existencia de cuerpos diferenciados como del hecho de que unos se imponen –penetran– a otros.²² En esta explicación, la pobreza de las mujeres es necesaria para que los hombres se exciten y obtengan placer sexual. Pero por qué sería necesario también que las mujeres se embarazaran y maternalizaran? De hecho Mackinnon piensa que los hombres podrían estar muy interesados en liberalizar el aborto. La hipótesis Engeliana de que la razón del patriarcado es la importancia de la monogamia para la acumulación del capital tampoco parece llevarnos muy lejos.²³ Aunque esta parecería ser todavía una buena explicación a la violencia que padecen las mujeres en múltiples niveles y sus

²⁰ Ver N. HERNÁNDEZ, citado en la nota 1.

²¹ Véase el estudio de C. M. GÓMEZ, *Descenso de la fecundidad, participación laboral de la mujer y reducción de la pobreza en Colombia, 1990-2010* (Bogotá, Profamilia: 2013).

²² C. MACKINNON, “Hacia una Teoría Feminista del Estado” en *Crítica Jurídica* (Mauricio García, Isabel C. Jaramillo y Esteban Restrepo, coords.) (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002).

²³ F. ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* (1884).

encierros físicos y simbólicos, no explicaría muy bien por qué los hombres “abandonan” a su progenie.

La historia colonial parecería explicar en parte lo que resulta contradictorio: en sociedades fuertemente racializadas, en donde la reproducción no es solamente privilegio masculino sino privilegio de raza, los hombres “de color” no pueden reproducirse y la maternidad se convierte en una herramienta de supervivencia para las mujeres.²⁴ Para los hombres de color, la reproducción es “imposible”, por un lado, porque no pueden acumular capital que justifique identificar a alguien como su hijo; por otro lado, porque les resulta imposible “cuidar” de sus mujeres y atender las exigencias de sus patronos al mismo tiempo. Desarraigados, sin tierra, difícilmente logran establecerse en un lugar cuando ya tienen que salir corriendo a otro: para recoger la cosecha, cuidar el ganado, construir la carretera, construir el pozo petrolero, defender la patria, proteger su vida.²⁵ Para las mujeres de color, la maternidad es el único reclamo que logra hacer algún eco en el sistema, en últimas, alguien le dará algo para sostener el hijo y este hijo la sostendrá a ella después. Ancladas ellas si, invierten en estos hijos en el largo plazo para poder sobrevivir.

Muchas reglas contribuyen, claro, a la expropiación de los hombres y mujeres de color. Pero parecen particularmente importantes en relación con la cuestión de la reproducción, entre otras por el poco debate que han merecido, las reglas y prácticas que unen la paternidad a la biología en lugar de la residencia y las que autorizan concentrar grandes números de hombres como “obreros”. En el derecho colombiano actual, en efecto, el esposo de la madre no tiene en principio obligación alguna con su hijo o hija y principalmente no tiene respecto de él o ella ningún derecho. Así, aunque en principio las cargas de familia corresponden a la sociedad conyugal (artículo 1796 del Código Civil), las deudas relacionadas con el establecimiento de hijos de matrimonios anteriores generan recompensas para el cónyuge que no es padre o madre. La patria potestad del cónyuge divorciado no se

²⁴ ISABEL C. JARAMILLO SIERRA, citado en la nota 13, especialmente el capítulo 1.

²⁵ Solamente las cifras de desplazamiento forzado arrojan una población migrante de más de seis millones de personas. Véase el Registro único de víctimas en la página web de la red nacional de información: www.rni.uariv.gov.co.

altera tampoco en lo absoluto. El hombre residente, pues, puede portarse frente a los hijos de su esposa o compañera, como si fueran extraños: no les debe nada a ellos y ellos no le deben tampoco nada a él. Esto implica que la mujer no solamente debe proteger ahora a su hijo o hija de su padre sino también del extraño que vive con ellos. Adicionalmente, la mujer debe perseguir, muy literalmente, al hombre que le adeuda lo necesario para que ella pague las deudas al nuevo proveedor y para obtener autorización para hacer cualquier cosa en relación con sus hijos –la patria potestad conjunta la obliga a esto. Darle al hombre “residente” la facultad de convertirse en un verdadero padre de crianza sería una forma de alivianar la carga de la mujer y proteger a los hijos. No sería necesario terminar todo vínculo con el padre biológico sino simplemente permitir al hombre residente asumir el rol de padre si el padre biológico no es capaz o no está interesado en hacerlo. Las reglas podrían incluir una indignidad para el padre biológico y una facultad de heredar del hijo de crianza como compensación de los gastos incurridos.

Más importante aún, podrían modificarse las reglas laborales para obligar la paridad en todo tipo de trabajos y ocupaciones. Terminaríamos así con los campamentos de hombres solos y toda la distorsión que implican para la distribución social del trabajo reproductivo entre hombres y mujeres pero, sobre todo, daría a los hombres y mujeres de color la posibilidad de participar efectivamente de este proyecto.

VI. CONCLUSIONES

Estudiar la manera en la que operan las normas relacionadas con los alimentos ha permitido aquí entender la relación de este régimen con la pobreza, el género y la raza. Aclara también a qué grupos podrían favorecer algunas reformas más que otras: mientras las reformas para reducir la victimización de los hombres pobres contribuye a mejorar la situación de los hombres pobres, que también son hombres de color; las reformas para reducir la discriminación y aumentar las posibilidades de cobrar las cuotas contribuyen a mejorar la situación de todas las mujeres pues les permite a todas balancear en algo sus cargas reproductivas; y las reformas que se intenten en relación con los derechos de los hombres “residentes” y con el igual

acceso de las mujeres al trabajo podrían contribuir simultáneamente a mejorar la situación de hombres y mujeres pobres/de color. Los bandos, pues, están dispuestos y no todos pueden ganar al mismo tiempo, aunque las tres reformas podrían intentarse a la vez sin incurrir en contradicciones. Si se intentaran las tres al mismo tiempo, sin embargo, probablemente el segundo paquete de medidas tendría más posibilidades de ganar: la causa del feminismo liberal se ha impuesto muchas veces. Al momento de escoger tendría que ser claro entonces: que la primera y tercera reformas son más difíciles políticamente, que no todas las mujeres ganan con la primera y la tercera opción, que escoger una reforma es sacrificar a alguien. No parecería un dilema que solamente pueda resolverse con la dimensión de la oportunidad política: la decisión que se adopte pondrá a un grupo en una situación cada vez peor. Escoger contra el hombre de color, en particular es un error, así el hombre no racializado también salga perjudicado en parte. Parece que ese es el mensaje de la elección de Trump para los Estados Unidos: el liberalismo no engendra mayor igualdad en el largo plazo sino populismo.