

Cuota alimentaria para menores de edad por ambos padres: Un análisis desde el derecho comparado¹

Feeding fee for minors by both parents: An analysis from the right compared

Angie Paola Potes Sánchez² - Kelly Johana Marín Ochoa³

Resumen

Al hablar de las responsabilidades u obligaciones que acarrea una persona dentro de un Estado, es indispensable señalar como una de las más importantes la responsabilidad parental u obligación alimentaria para menores de edad, ya que cumplir con dicha obligación de forma correcta, genera estabilidad y progreso a una Nación. En los diferentes Estados latinoamericanos se han presentado algunas variaciones jurídicas en cuanto a la obligación alimentaria, a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, con el fin de generar protección, estabilidad y seguridad al menor de edad; por tanto, en este capítulo se hablará de las características más sobresalientes de la obligación alimentaria en países como Argentina, Chile y Perú, realizando una comparación con el Estado colombiano, con el fin de determinar si es posible ajustar nuestro ordenamiento jurídico y traer ideas que mejoren el cumplimiento de dicha obligación, o si en definitiva, el ordenamiento jurídico colombiano está estructurado correctamente en cuanto a la exigencia que hace a los progenitores para cumplir con su responsabilidad.

Palabras clave: responsabilidad parental, menores de edad, Estado, obligación alimentaria, ordenamiento jurídico.

Abstract

When talking about the responsibilities or obligations that a person carries within a State, it is essential to point out as one of the most important parental responsibility or food obligation for minors, since fulfilling this obligation in a correct way, generates stability and progress to a nation. In the different Latin American States there have been some legal variations in terms of food obligation, based on the International Convention on the Rights of the Child in order to generate protection, stability and security for the minor, therefore in this chapter talk about the most outstanding characteristics of the food obligation in countries such as Argentina, Chile and Peru, making a comparison with the Colombian State, in order to determine if it is possible to adjust our legal system and bring ideas that improve compliance with that obligation or if in the end the Colombian legal system is structured correctly in terms of the requirement that it makes to the parents to fulfill their responsibility

Key words: parental responsibility, minors, state, food obligation, legal system.

¹ Artículo derivado del proyecto de investigación "Cuota alimentaria para menores de edad por ambos padres: un análisis desde el derecho comparado," desarrollado a través del Semillero de Investigación Ética y Sociedad adscrito al programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana.

² Estudiante de novena semestre del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana. Correo electrónico: potesangie@hotmail.com

³ Estudiante de novena semestre del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana. Correo electrónico: marinkelly.10@gmail.com

Introducción

La obligación alimentaria para menores de edad se presenta como el medio de protección a aquellas personas que por su edad no tienen la capacidad para subsistir por ellas mismas, por lo que los progenitores deben procurar su sustento por partes iguales, con el fin de resguardar el interés superior del menor, el cual está consagrado en la Convención Internacional del Niño.

En la mayoría de países latinoamericanos existen medios judiciales que sancionan el incumplimiento de la obligación alimentaria para los menores de edad, pero se evidencia una desigualdad muy marcada en cuanto al cumplimiento de esta obligación por parte de la madre con respecto al padre, teniendo una equivocada creencia de que es solo el padre quien debe abastecer a la madre de todos los elementos necesarios para la subsistencia del menor.

A partir de esta concepción, se hace urgente revisar las disposiciones que existen alrededor de la obligación alimentaria por parte de ambos padres, por lo que el estudio de un derecho comparado se precisa como guía para mejorar los estatutos que existen en la legislación colombiana con respecto a la cuota alimentaria, permitiendo ampliar el conocimiento y generando mejores condiciones para el desarrollo del menor de edad.

Argentina, Chile y Perú son países que han logrado realizar algunos ajustes en cuanto a la responsabilidad parental, mejorando las condiciones del menor de edad y llevando dicha obligación a un cumplimiento por parte de los progenitores sin importar su género (madre o padre), por tanto, el estudio de estos tres países con respecto a la obligación alimentaria, permitirá tener una aproximación de la realidad jurídica que se vive en Latinoamérica con respecto al cumplimiento de la obligación alimentaria.

La importancia de desarrollar este tema a partir de una comparación con diferentes ordenamientos jurídicos latinoamericanos es precisar cómo se ha implementado la transformación en cuanto a la preferen-

cia de la figura materna, a una preferencia netamente por el interés superior del niño, generando la participación activa del padre tanto en los cuidados, aportes pecuniarios y goce de los derechos de su hijo, dentro de unas sociedades donde el machismo ha sido tan marcado, como para establecer que los cuidados del menor se dejaban a cargo de la madre y el mantenimiento económico a cargo del padre.

En la actualidad, con la metamorfosis que se está evidenciando en la sociedad, en donde es posible encontrar dentro de una familia dos padres o dos madres, no se puede hablar de una obligatoriedad a partir del género (madre o padre), sino de obligatoriedad de unos progenitores hacia un (os) hijos, por tanto, es indispensable establecer la responsabilidad parental en igualdad de condiciones económicas, sociales y familiares, desde el disfrute de los derechos con los hijos hasta el cumplimiento de las necesidades físicas, alimentarias, educativas y recreativas para estos.

Materiales y Métodos

Este escrito se realizó a partir de una revisión tradicional de literatura, empujando por realizar una lectura consciente sobre el derecho de familia y la implicación en las obligaciones alimentarias o responsabilidad parental en Colombia.

Luego se realizó una búsqueda literaria del tema con respecto a los diferentes países citados, es decir, Argentina, Chile y Perú, para realizar una comparación con respecto a la responsabilidad parental con Colombia.

En esta búsqueda, surge la necesidad de conocer los diferentes códigos civiles de los países, los cuales fueron descargados por algunas páginas web que los tenían disponibles y así lograr una comparación normativa de carácter taxativo.

Además de las regulaciones expresas de cada país, se contó con el soporte de varios artículos publicados en la plataforma Scielo, que permitieron conocer la posición de algunos autores con respecto a los términos de patria potestad y cuidados del niño; en dichos documentos se evidencia una similitud de acuerdo con la aplicación

del principio de la prevalencia del interés del menor, el cual está proclamado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, dejando percibir que los Estados latinoamericanos pretenden cuidar y proteger con mayor vehemencia los derechos del niño, sin importar el tipo de regulación que se tenga, en aras de cumplir con lo establecido en la Convención.

Resultados

En el desarrollo de la comparación en derecho de la obligación alimentaria con respecto a países como Argentina, Chile y Perú, se genera una necesidad de transformación en cuanto al lenguaje que se utiliza para hacer referencia a la responsabilidad parental y los elementos obligacionales, ya que alrededor de Latinoamérica se está entablando más abiertamente la diversidad familiar, en donde las familias ya no se conciben solo a partir de la unión de un hombre y una mujer, sino que también se permite a partir de la unión marital de una pareja de hombres o una pareja de mujeres.

Es allí donde radica la necesidad de entender el derecho como un sistema cambiante, que se debe ajustar a la realidad que se establece en el diario vivir, sobre todo en una institución tan importante como es la familia, donde los hijos menores de edad son los principales individuos llamados a proteger, de acuerdo con las diferentes convenciones y declaraciones de derechos en relación a los niños.

En Argentina, por ejemplo, no hace mucho que se actualizó el derecho en cuanto a la obligación alimentaria; uno de los cambios que sufrió la legislación fue con respecto al alcance de la mayoría de edad, en donde antes era a los 21 años y ahora es a los 18 años; mas, en cuanto a la obligación alimentaria queda establecida hasta los 21 años, pero hay una pequeña variación, la cual hace referencia a la excepción de continuar dando alimentos si se tiene 18 años; la norma indica: "La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo" (Art. 658, Código Civil y Comercial de la Nación), lo que para el

derecho argentino es nuevo y genera controversias.

La controversia que se ha generado se encuentra establecida en la necesidad que tiene el hijo mayor de edad de alcanzar sus estudios universitarios para entrar a la vida laboral; en este caso la administración de justicia se ha dividido en dos vertientes; la que indica que se debe extender el sustento alimentario hasta que el hijo cumpla los veinticinco años, siempre que demuestre "la imposibilidad de realizar tareas remuneradas que permitan al hijo auto sustentarse, por la carga horaria que implica los estudios superiores" (CN-Civ., salaj, 14/02/2005, D. B.J. E. c. D., R.AR/JUR/4588/2005), y la otra vertiente rechaza la extensión del sustento alimentario.

"Con fundamento en su estudio o capacitación sin una norma expresa que así lo habilite, de modo que una vez que el alimentado llegara a la edad prevista por la ley como límite de la obligación, ésta debía cesar de pleno derecho. Para esta posición el hijo mayor sólo podía reclamar a sus padres los alimentos derivados del parentesco, debiendo probar los extremos exigidos por la ley para su procedencia" (Novellino, 2006, p. 116).

Aunque la controversia subsiste, se conoce que para la mayor parte de la Corte Federal, la primera vertiente es la que se debe aplicar, y queda claro que la carga probatoria la tiene el hijo que pretende seguir percibiendo el sustento alimentario mientras curse estudios universitarios; así lo establecieron los fallos 310:500, 937 y 2456 de la Corte Federal.

Ahora, pasando al derecho comparado realizado con Chile se puede percibir que en este país la modificación a la obligación alimentaria ha sido minúscula, ya que se centró en la actualización de términos como la patria potestad y la responsabilidad parental, pues en este país se manejan estos términos de forma independiente; la patria potestad se refiere a la administración de los bienes del menor, y la responsabilidad parental se refiere a la cobertura de las necesidades físicas y morales del menor de edad.

La diferencia que más se percibe en este país corresponde a la edad extendida para la cobertura de las necesidades alimentarias, la cual se establece hasta los 28 años de edad siempre que el hijo se encuentre estudiando.

Como se puede observar, en este país se le da una prioridad al hijo, extendiendo ampliamente la edad final para percibir alimentos.

En comparación con Colombia, se tiene también que en Chile es obligatoria la conciliación extrajudicial, y solo al no llegarse a un acuerdo se puede llegar a la fase judicial.

Por último, dentro del derecho comparado, se analizó la situación de Perú, en el cual la obligación alimentaria se establece como una obligación conjunta en la que ambos progenitores deben proveer a los menores de edad los elementos necesarios para un crecimiento integral, pero dentro del Código de los Niños y Adolescentes se establece el orden correspondiente a los familiares que deben cumplir con los alimentos para los menores de edad a falta de los progenitores, lo que se indica de la siguiente forma:

“Art. 102°. Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de éstos, prestarán alimentos en el orden siguiente: 1. los hermanos mayores de edad; 2. los abuelos; 3. los parientes colaterales hasta el tercer grado; 4. otros responsables del niño o adolescente”. En este último caso se encuentran los tutores, guardadores y otros.

Este artículo hace una gran diferencia con respecto a la legislación colombiana, ya que allí se expresa claramente quiénes son los obligados a dar alimentos a los menores de edad a falta de los padres, por lo que la sanción cuando no se cumple con dicha obligación, puede recaer con más exactitud en uno de los obligados expresos en la norma.

Y en relación a lo citado de los países anteriores, se encuentra que en Perú la obligación alimentaria subsiste hasta los 28 años de edad siempre que se estén

adelantando estudios universitarios, pero allí la norma indica que debe ser de forma exitosa; pero dentro de la jurisprudencia se evidencia que el apartado de exitoso no es necesario para obligar al progenitor.

Argentina y la responsabilidad parental en comparación con Colombia

En el contexto latinoamericano, la obligación alimentaria se ha tratado a partir del término “patria potestad”, el cual genera la percepción discriminatoria en la que el padre es quien proporciona los elementos necesarios para la crianza del hijo; en razón de esto, en Argentina a partir de la modificación de la ley civil, se ha cambiado dicho término por responsabilidad parental, y se refiere a los padres como progenitores, pues allí en la actualidad se ha aceptado la diversidad en las familias, es decir, no es posible hablar de madre y padre cuando hay familias que están constituidas a partir de dos padres o dos madres.

En el capítulo V del Código Civil y de Comercio de la Nación (Argentina) se indican los deberes y derechos de los progenitores, en donde en el artículo 658 se establece lo siguiente:

“Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos. La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo” (Código Civil y Comercial de la Nación).

Este artículo define expresamente la corresponsabilidad que tienen los padres en relación con la crianza de los hijos, no solo en el cuidado personal, sino con respecto a la obligación pecuniaria que acarrea dicho cuidado.

Se evidencia una clara diferencia con el Estado colombiano, con respecto a la edad que allí se instaura, pues en Colombia la obligación alimentaria se extiende hasta los veinticinco años de edad cuando el hijo se encuentra estudiando, mientras que en Argentina solo se establece hasta los veinti-

tú años de edad.

Otro punto que se establece expresamente en dicho Código son las obligaciones del alimentante con respecto al alimentado:

“Artículo 659. Contenido. La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado” (Código Civil y Comercial de la Nación).

En relación a esta norma, Argentina y Colombia están de acuerdo, ya que allí se exigen los elementos necesarios para el desarrollo íntegro del niño, los cuales deben ser proporcionados por ambos progenitores, pues así se establece expresamente en el artículo 666 del mismo Código:

“Artículo 666. Cuidado personal compartido. En el caso de cuidado personal compartido, si ambos progenitores cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado; si los recursos de los progenitores no son equivalentes, aquel que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares. Los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 658” (Código Civil y Comercial de la Nación).

En términos generales, la legislación de Argentina y la legislación de Colombia evidencian grandes concordancias; la diferencia radica en que Argentina modificó el Código Civil hace poco e introdujo nuevos componentes con referencia a la diversidad familiar, además constituye la obligación expresa de ambos progenitores, dejando a un lado la desigualdad frente a los derechos y deberes de los mismos, mien-

tras que Colombia no ha realizado ninguna modificación en la ley civil; simplemente aplica la realidad vivida a los casos que se presenten apoyándose en la jurisprudencia generada por la Corte Constitucional.

Además de lo anterior, la diferencia también se encuentra enmarcada en la definición que se tiene de responsabilidad parental; en Argentina se conceptualiza como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado” (Art. 638, Código Civil y Comercial argentino), y en Colombia, como “un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil [...]” (Art. 14 Código de la Infancia y la Adolescencia).

La importancia de analizar la legislación de Argentina con respecto a la responsabilidad parental es que allí se encuentran expresadas dentro del Código Civil estipulaciones claras que no llevan a generar dualidad en los conceptos, aceptando la realidad que se está presentando con respecto a la formación de familias homoparentales, pues revisando el concepto de familia, en dicho país es de características amplias y permite la inclusión de grupos minoritarios como es el grupo LGBTI en el ordenamiento jurídico, ya que este país ha sido el primero en Latinoamérica en regular el matrimonio y la adopción por parte de parejas del mismo sexo. A partir de esta inclusión se precisan en Argentina tres tipos de filiación; estos son: “Filiación por naturaleza, filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida y filiación adoptiva” (Artículo 558, Código Civil y Comercial de la Nación).

La filiación es importante mencionarla, en cuanto a que la titularidad y el ejercicio de los actos con respecto a los menores de edad se derivan de la determinación o reconocimiento que se le dé al progenitor, emanado de una sentencia judicial o presunción legal, y en Argentina es indispensable conocer la filiación, referente al caso de filiación derivada de técnicas de reproducción humana, ya que esta se da por voluntad procreacional debidamente exteriorizada, situación que en Colombia

aún no se tiene como referente para entregar la titularidad del menor de edad, pues en cuestión de regulación con respecto a la técnica de reproducción humana asistida se encuentra inexistente dentro del ordenamiento jurídico, por lo que para obtener la titularidad en este caso específico, se debe acudir a una sentencia judicial.

Un caso excepcional que se presentó en Argentina en 2015, fue la solicitud de filiación por parte de tres personas, es decir, se solicitó un triple vínculo filial, con un menor de edad que fue procreado mediante la técnica de reproducción humana asistida, en la cual la familia estaba conformada por dos madres, pero el material genético que se utilizó para la reproducción humana asistida pertenecía a un amigo de la familia, el cual tenía contacto con el bebé y formó vínculos familiares con este.

Esta situación de filiación presentada en Argentina es importante, ya que se avencinan nuevas circunstancias que llamarán la atención de los legisladores, en donde la regulación familiar deberá ser amplia, para darles acogida a las diferentes formas de familia que se están presentando, y establecer los derechos y obligaciones con respecto a los menores en términos de igualdad o equidad para todos aquellos que se hacen llamar padres.

Por otra parte, también se debe dejar claro lo referente al cuidado personal del menor, el cual en Argentina se establece que este debe ser compartido; a través del artículo 650 se indica que este puede ser alternado o indistinto, definiendo de la siguiente forma las dos modalidades:

“Artículo 650. Modalidades del cuidado personal compartido.

El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado” (Código Civil y Comercial de la Nación).

Mientras que en Colombia la fijación de la custodia y cuidado del menor de edad es compartida solo cuando ambos progenitores conviven bajo el mismo techo; de lo contrario, un comisario de familia sería el competente para fijarla y se dará a uno de los progenitores, con el fin de garantizar los derechos fundamentales y el interés superior del menor; así lo estableció el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en uno de sus conceptos (ICBF, Concepto 144, 23 de noviembre de 2017).

Por otra parte, con respecto a la fijación de la custodia y cuidado del menor, se debe dejar claro el derecho a la comunicación constante con el progenitor que no se conviva; dicho derecho se trata de similar forma tanto en Argentina como en Colombia, pues es un derecho que permite el desarrollo integral del menor, por lo que es indispensable que ambas partes tengan contacto físico y afectivo con sus hijos, a no ser que se encuentre alguna disposición judicial que determine lo contrario.

En la realidad, se encuentran familias que están destruyendo abruptamente el derecho al cuidado personal compartido y la comunicación, pues prefieren alejar a los hijos del progenitor que no conviva con estos, y solicitar solo la manutención económica sin dejar percibir los otros derechos, situación que se evidencia a partir de la cantidad de acciones judiciales que se encuentran en la jurisdicción de familia.

Chile y la responsabilidad parental en comparación con Colombia

Chile es uno de los países de Suramérica que en la actualidad están mostrando una excelente evolución económica, por lo que es posible pensar que su ordenamiento jurídico está a la vanguardia de la situación actual; por ello se trae a colación en este documento, para observar cómo se maneja la parte jurídica con respecto a las obligaciones alimentarias con menores de edad, y así realizar una comparación con el ordenamiento jurídico colombiano.

En Chile, la patria potestad es un término que aún se utiliza y que se enmarca desde una perspectiva de autoridad paterna o parental que representa la administración de los bienes del hijo y la representación

legal frente a las obligaciones civiles (Art. 243 del Código Civil Chileno), pero en cuanto a la parte cotidiana de carácter personal se denomina “cuidados personales” (Art. 225 del Código Civil Chileno), y es definida como

“El conjunto de derechos y deberes de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos y que se puede clasificar en: a). Deberes de los hijos con sus progenitores: obediencia; respeto, cuidado y socorro. b). Deberes de los progenitores para con sus hijos: cuidado personal de crianza; cuidado personal de educación; establecimiento y socorro. c). Derechos-funciones de los progenitores: dirigir la educación; corrección; cuidado personal; relación directa y regular” (Schmidt y Veloso, 2001).

Esta definición es meramente doctrinal, es decir, en Chile no se cuenta con una definición jurídica, amparada por la ley sobre la patria potestad o la autoridad paterna, simplemente se indica que la obligación entre padres e hijos es compartida, y que la responsabilidad parental hace referencia “al derecho y deber de los padres de amparar, defender, cuidar, criar y educar a sus hijos o hijas menores de edad” (Schmidt y Veloso, 2001).

Ahora bien, la doctrina chilena se acoge a los preceptos de la Convención de los Derechos del Niño, en donde se establece el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la cual es ratificada a través de la jurisprudencia chilena que indica que

“El legislador considera como cuestión fundamental que el cuidado personal del menor, así como la custodia compartida, sea siempre estimada como una situación en donde está en juego la tutela de los derechos del menor, de contar con las mejores condiciones materiales y espirituales para su desarrollo, los que jamás pueden sacrificarse a favor de los intereses de sus padres” (Corte de Apelaciones de Coyhaique, 2015, Familia).

De esta forma se evidencia cómo la solución de conflictos dentro del campo obligacional con respecto a los menores de edad en Chile, se realiza a través de la

aplicación de precedentes judiciales que se precisen en la jurisdicción de Familia, y además se establece una diferencia entre la patria paternal y el cuidado personal, mientras que en Colombia y otras legislaciones en Suramérica estas instituciones se dan en conjunto.

Es preciso indicar entonces que Chile en la actualidad

“Sigue el modelo anglosajón y otras legislaciones recientes como la catalana del año 2010 al derogar la preferencia materna para la atribución del cuidado personal¹ y adoptar un régimen y ejercicio del cuidado personal unipersonal y compartido, siendo que el juez y los progenitores deben considerar y ponderar conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: a) la vinculación afectiva entre el hijo y sus progenitores, y demás personas de su entorno familiar; b) la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad; c) la contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro progenitor, pudiendo hacerlo; d) la actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular; e) la dedicación efectiva que cada uno de los progenitores procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades; f) la opinión expresada por el hijo; g) el resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar; h) los acuerdos de los progenitores antes y durante el respectivo juicio; i) el domicilio de los progenitores; y, j) cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo” (Herrera y Lathrop, 2017).

Se establece entonces a partir de la Ley 20.680 de 2013 de Chile, la corresponsabilidad de los padres en relación con el cuidado personal de los niños, niñas y ado-

¹ La Ley 20.680, de junio de 2013, modificó el artículo 225 C. C. Chileno que entregaba a la madre el cuidado personal de los hijos menores de 18 años.

² Artículo 225-2. Código Civil de Chile.

lescentes, tratando de proteger el derecho a la igualdad entre ambos progenitores, otorgando el cuidado personal a ambos progenitores aunque no convivan en el mismo lugar, pero se debe rescatar que en Chile el juez no puede ordenar el cuidado compartido del menor de edad aunque lo solicite uno de los progenitores; así lo establece el artículo 225 en el inciso cuarto:

“[...] En cualesquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido [...]”.

Cuando se indica que “si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido”, es donde se evidencia que el juez solo puede ordenar el cuidado compartido cuando hay un acuerdo; de lo contrario, no lo puede hacer.

Perú y la responsabilidad parental en comparación con Colombia

Dentro del ordenamiento jurídico por comparar se encuentra la legislación civil de Perú con respecto a las disposiciones establecidas de la obligación alimentaria, de la cual someramente se puede indicar que la similitud con Colombia es muy estrecha, pues no hay que desconocer que este es un país que geográficamente hablando es muy cercano.

De acuerdo con el Código Civil Peruano, la patria potestad se encuentra establecida en el artículo 418 de la siguiente forma: “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” (Código Civil Perú, Libro III), y en el siguiente artículo se establece que esta patria potestad debe ser ejercida por ambos padres.

Como se puede observar, el término “patria potestad” sigue vigente en la regulación peruana, al igual que en la regulación colombiana, con la diferencia de que en la legislación peruana, cuando la patria potestad es ejercida unilateralmente, al otro progenitor se le suspende la misma; caso contrario sucede en Colombia, ya que

el cuidado del niño lo puede tener un solo progenitor, pero ello no quiere decir que se suspenda o se pierda la patria potestad por el otro progenitor.

Como se observa, la patria potestad en Perú se establece no solo como un deber sino como un derecho de los padres hacia sus hijos, en este caso ambos padres están obligados a sustentar las necesidades de los menores de edad, en razón a los diferentes elementos que componen el buen desarrollo de un menor, pensados desde la alimentación, recreación, vestimenta y educación que él necesita para crecer adecuadamente.

En el artículo 423 del Código Civil de Perú se establecen taxativamente los deberes y derechos del ejercicio de la patria potestad de la siguiente forma:

“Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

“Proveer al sostenimiento y educación de los hijos”.

- “Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes”.
- “Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores”.
- “Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación”.
- “Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario”.
- “Representar a los hijos en los actos de la vida civil”.
- “Administrar los bienes de sus hijos”.
- “Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos está lo dispuesto en el artículo 1004”.

En esta regulación, las personas obtienen su mayoría de edad cuando cumplen los 18 años de edad, regulación semejante a la de Colombia, pero en cuanto a la obligación alimentaria es notoria una diferencia que corresponde al sustento del

hijo mayor de edad, puesto que en Perú se debe seguir sosteniendo económicamente al hijo hasta los 28 años de edad, siempre que este se encuentre adelantando con éxito estudios de una profesión u oficio, así queda establecido en el artículo 424 del Código Civil Peruano, mientras que en Colombia la edad establecida es hasta los 25 años, de igual forma mientras que se sigan estudios de educación superior.

Otro punto por tratar es el derecho de comunicación y contacto con el hijo, cuando no se tiene la patria potestad, todo en aras de que el menor cuente con la estabilidad emocional que se adquiere al tener contacto con ambos padres para el desarrollo integral de aquel, acudiendo al principio de prevalencia del interés superior del menor, por lo que a partir de una orden judicial se establece el régimen de comunicación, el cual si no es cumplido por el progenitor que tiene la patria potestad, se podrá perder; así lo indica el artículo 91 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Perú:

“Artículo 91. Incumplimiento del Régimen de Visitas. El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la Tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció del primer proceso” (Código de los Niños y Adolescentes).

En relación con el régimen visitas, con respecto a la comparación que se está realizando con Colombia, se encuentra el Concepto 000137 de 2012 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el cual inicialmente se indica que

“El derecho de visitas de los niños, niñas y adolescentes por su naturaleza y finalidad, es un derecho familiar del cual son titulares conjuntos tanto los padres como los hijos y cuyo ejercicio debe estar encaminado a cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares (Concepto 000137 de 2012).

Seguidamente hace referencia al deber de los padres con respecto a sus hijos, des-

pués de tener una separación o divorcio, así:

“Debe tenerse en cuenta que entre los deberes de los padres separados o divorciados está el de velar por el cuidado permanente de su descendencia, y que ante la separación física, material de la pareja, los hijos quedan al cuidado directo de uno solo de aquellos, sin embargo, el padre que no ejerce este cuidado directo, tiene el derecho de visitar a los hijos y de ser visitados por ellos en forma permanente” (Concepto 000137 de 2012).

Es evidente entonces que en Colombia el cuidado de los hijos debe ser compartido, y el derecho hacia estos abarca la universalidad del niño, rescatando la necesidad de este de compartir con sus dos progenitores para fortalecer los lazos familiares.

Por tanto, el régimen de visitas es un derecho completamente exigible con respecto al progenitor que lo impide, pero aquel solo puede ser solicitado de manera judicial frente a la jurisdicción competente como un proceso ejecutivo, siempre que este régimen este establecido por medio de un acta de conciliación o sentencia judicial.

Conclusiones

Dentro del estudio del derecho comparado que se realizó, se pudieron evidenciar algunas diferencias entre los tres países con respecto a Colombia, pero de igual forma algunas similitudes que permiten demostrar que las obligaciones alimentarias o la responsabilidad parental en América Latina, aunque se trate de diferente forma, se ha actualizado en aras de cumplir con la evolución humana.

Con respecto al Estado de Argentina, la diferencia más marcada se encuentra en la forma en que se estima a la familia, ya que este país a raíz de la aceptación de la familia homoparental, ha generado una legislación nueva que permite la inclusión de un grupo minoritario que exige sus derechos alrededor del mundo, por lo que la responsabilidad parental se presenta frente a progenitores siendo estos naturales, civiles o con reproducción asistida, sin

distinción alguna en cuanto al género, es decir, madre o padre.

Pasando al Estado de Chile, la diferencia más marcada se encuentra en la división que tiene la administración de bienes y obligaciones civiles de los menores por parte de sus padres y la protección y cuidados personales que se le deben proporcionar al niño, ya que la primera condición se encuentra bajo el término de patria paterina, y el segundo aspecto, como cuidados personales, mientras que en Colombia, Perú y Argentina se estiman estas condiciones en conjunto.

Frente al Estado de Perú, se encuentran grandes similitudes con respecto a la legislación obligacional de los padres, con el Estado colombiano, en donde se ha considerado que debe prevalecer el interés superior del menor, sin importar el interés de los padres; posiblemente esta similitud se dé considerando la cercanía de los dos Estados.

Por último, lo que más se enmarca en cada una de las regulaciones de estos diferentes países, es la aceptación de una diversidad a la hora de formar familia, por lo que se está estipulando que las normas deben actualizarse, en aras de aceptar las diferencias entre los seres humanos y lo que deja constatar una evolución muy marcada de la sociedad con respecto a la institución familiar.

Referencias

- Código Civil. (2002). Aprobado por Decreto N° 803, de 29 de agosto de 2000, del Ministerio de Justicia. Editorial Jurídica de Chile. 14° edición oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1887). Ley 57. Código Civil Colombiano.
- Congreso de la República de Colombia. (2006). Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098.
- Corte de Apelaciones de Coyhaique. 7 de abril de 2015. Causa Rol N° 8-2015 (Familia).
- Herrera, M. y Lathrop, F. (2017). Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana. *Rev. Derecho Privado*, 32.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Concepto 000137 de 2012.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Aprobado por Ley 26.994. Promulgado según Decreto 1795/2014. Argentina.
- Novellino, J. N. (2006). Los alimentos y su cobro judicial. Santa Fe: Jurídica Nova Tesis.
- Peralta, M. L. Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*.
- Schmidt, C, y Veloso, P. (2001). La filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Santiago, Chile: Conosur Lexis Nexis. Chile.
- UNICEF. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Comité Español. Disponible en: <http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobre-losderechos.pdf>.