



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Desigualdad que existe entre los padres en relación con el régimen de visitas y la cuota alimentaria que se suministra al menor*

*Juan Diego Rondon Albao**
Universidad Católica De Colombia*

Resumen

Este artículo tiene como objetivo estudiar las Facultades y Deberes de los progenitores especialmente los de su rol como no custodio dentro del marco de las decisiones tomadas por los operadores judiciales, para esto se realizará un análisis crítico de la corresponsabilidad parental y en específico, a su vez, se analizará desde esta misma óptica la legislación actual del país, contrastándola con las limitaciones que tienen los progenitores que no cuentan con la custodia al momento de romperse el vínculo familiar entre los padres; esta ruptura genera que sus facultades frente a la aplicación del régimen de visitas y la fijación de una cuota alimentaria sea desigual en gran parte debido a las implicaciones de juicios subjetivos de los operadores judiciales.

Palabras clave: custodia, alimentos, visitas, desigualdad, facultades, deberes, Colombia

Inequality that exists between the parents in relation to the visitation regime and the food quota that is provided to the minor

Abstract

This article has as objective to study the Faculties and Duties of the Progenitors Especially Those of their role As non-custodian Within the framework Decisions become the judicial operators, and in this case a critical analysis of co-responsibility is made. Once the same current information of the country is analyzed, it is contrasted with the limitations of the parents who do not have custody at the time of bursting the family bond between the parents; this rupture generates its faculties vis-à-vis the application of the visitation regime and the setting of an unequal sea service quota in large part due to the implications of subjective judgments of judicial operators.

Keywords: custody, food, visits, inequality, faculties, duties, Colombia

* Artículo de Reflexión elaborado como Trabajo de Grado para optar al título de abogado, bajo la dirección del Dr. Wilson Murillo Herrera. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Colombia. Sede Bogotá D.C. 2019

** Juan Diego Rondón Albao Optante al Título de Abogado. Técnico profesional en gestión de Sistemas ambientales. diegorondon07@outlook.es

Sumario

Introducción. **1. Autoridad parental.** 1.1 Consecuencias del rompimiento de lazos familiares por parte de los progenitores. 1.2 Obligaciones del progenitor no custodio. 1.3 El régimen de visitas. 1.4 Contexto y desarrollo del Régimen de Visitas frente al progenitor no custodio. 1.5 Normatividad de las obligaciones y derechos del progenitor no custodio. **2. Tasación alimentaria a favor del menor.** 2.1 interpretación de los operadores judiciales. 2.2 Precedentes. **3. Derechos del progenitor no custodio.** 3.1 Derecho de comunicación y vigilancia. **4. La escasa regulación de las facultades y deberes del progenitor no custodio.** **Conclusiones. Referencias**

Introducción

Una de las organizaciones más importantes y fundamental en la sociedad es la familia, la cual se compone por vínculos de parentesco ya sea por consanguinidad, afinidad o civil entre los seres humanos de tal forma que crea perspectivas de desarrollo, ya pueden ser de carácter reproductivo, económico o moral. La familia como núcleo social se puede exponer como un desenvolvimiento coexistiendo miembros que generalmente tienen un vínculo biológico o civil, dicha convivencia en una noción amplia puede ser entendida según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) como: “el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (p. 49) en este sentido, la noción de vida familiar amplía esta institución a las uniones no matrimoniales en las cuales existe un vínculo afectivo que se genera entre el hombre y la mujer, también según la Carta Política en el artículo 42 reconoce sus derechos básicos y fundamentales para cumplir con su función como familia, basándose en la igualdad de derechos y deberes entre pareja como un importante pilar dentro del marco de la Constitución de 1991.

A través de los años, el concepto y la estructuración de familia ha sufrido grandes cambios y han sido reestructuradas sus bases sociales y sus elementos constructores y

resolutivos de la misma manera han sufrido una evolución o adecuación social, por ejemplo, la abolición de los vínculos familiares ha alcanzado mayor inmediatez, esa facilidad para dar por terminadas las relaciones familiares trae consigo responsabilidades en el caso de que en medio de dichas uniones, ya sean matrimoniales o civiles, existan menores de edad fruto de ellas; estas consecuencias son generalmente negativas para los menores involucrados si no se dispone adecuadamente del ejercicio de las obligaciones y responsabilidades pertinentes, que deben ser proporcionales para ambos progenitores, aun que se considere que la guarda y custodia de los menores deba otorgarse a uno de los progenitores al momento de la ruptura de la relación.

Después del rompimiento del vínculo entre progenitores del menor, es posible que comience el desequilibrio de derechos y obligaciones entre los mismos, ejemplo de ello se presenta cuando el progenitor custodio del niño, niña o adolescente, manifieste conductas discrepantes hacía el otro y que a su vez según Lathrop, (2011 como se citó en Cornejo 2017): “consciente o inconscientemente, y traslade su propio resentimiento contra el cónyuge creando o fomentando actitudes y sentimientos hostiles en los hijos” (p. 7); y de esa manera generar impedimentos para mantener el régimen de visitas continuamente y así causar dificultades para la comunicación y contribuir en la estructuración irregular del desarrollo y en las decisiones trascendentales y futuras de la vida del niño, niña o adolescente.

Según García (1987) las obligaciones de los progenitores se deben mantener constates al momento de la separación, al igual que sus derechos hacia el menor en la mayor medida posible, fomentando un rol importante del principio de corresponsabilidad parental, considerado como "la asunción compartida de autoridad y responsabilidad, de derechos y obligaciones, entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes" (Ramos, 2009 como se citó en Valbuena, 2015, pp. 96-97), de este modo se entiende que dichos derechos y obligaciones son elementos intrínsecos de los progenitores mas allá de cualquier situación.

Además de los problemas que acarrea la obtención y mantenimiento de la custodia, con las implicaciones que esta conlleva para los dos progenitores, existe otra ramificación producto de la separación que es la pensión alimentaria, la cual busca la garantía en principio del interés superior del niño en primera medida, puesto que debe ser suministrada de manera periódica dicha pensión, sin embargo, el progenitor tiene derechos que llevados a la práctica no siempre son valorados o no son proporcionales a sus obligaciones, una de las problemáticas más notorias frente a las facultades y deberes del progenitor no custodio es que, a través de los años han existido vacíos jurídicos para la regulación de esta situación, según Baqueiro & Buenrostro (2005) “es deber del progenitor que tiene la Custodia de comunicar o informar al progenitor no custodio sobre las decisiones que repercutan en la crianza del menor (p, 256) situación que en la práctica no se da ni se encuentra regulada; visto de esta forma, no hay una eficacia en este régimen jurídico que permita garantizar el principio de igualdad a los dos progenitores.

1. Autoridad parental

Los derechos y deberes que representan la autoridad son un efecto que surge de la figura legal de la “filiación”, la cual consiste en el hecho de ejercer conjuntamente la madre y el padre autoridad sobre los hijos, la autoridad parental genera derechos y obligaciones recíprocas entre padres e hijos (Daza, 2015, p. 291).

Esta institución no solo se encarga de contemplar los derechos que tiene el titular si no que la doctrina se ha encargado de establecer también como un conjunto de obligaciones intrínsecas como es la comunicación, la obediencia, crianza y formación, de los niños sean menores de edad o incapaces.

La autoridad parental es la relación entrelazada con los deberes de promoción, corrección y buen ejemplo para su desarrollo integral, los padres deben ser los maestros de la vida.

El Artículo 253 del Código Civil (Ley 57 de 1887) nos dice que “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.” (p. 43) sin embargo, cuando hay rompimiento del vínculo de los progenitores, es decir, hay una separación, uno de ellos no está la capacidad total de ejercer los derechos y deberes de los cuales es titular y conlleva a perder el contacto diario y directo con el hijo. Situación que directamente afecta los conceptos de guarda y custodia, que en si son elementos intrínsecos de la autoridad parental que se dejan de ejercer (García, 1997).

1.1 Consecuencias del rompimiento de lazos familiares por parte de los progenitores.

Con la separación de los progenitores, se generan repercusiones en la forma en la que se ejerce los derechos para con sus hijos, debido a que el padre no custodio no podrá ejercer de manera justa sus funciones paterno filiales, aunque los dos progenitores cuentan con los mismos derechos siendo garantes del principio de la corresponsabilidad parental “sin embargo hay gran facilidad de que sea vulnerado los derechos del progenitor no custodio y esto acarrea consigo muchos inconvenientes entre ellos la falta de comunicación y las limitaciones de tiempo“ (Riveros, 1993, p. 135) que repercuten en la crianza, en la guarda y manera de velar por sus intereses.

En muchas ocasiones el progenitor no custodio asume la responsabilidad y quiere mantener un contacto regular para ejercer sus derechos y deberes cuando le es fijado el régimen de visitas con su hijo como lo dispone la ley, pero al momento de la práctica esta situación no es en realidad justa (Acuña, 2015) debido esto, a que al momento de tomar las decisiones importantes frente a temas que pueden influir en el desarrollo del menor, este no es tenido en cuenta y es alejado poco a poco del vínculo paterno-filial, Gardner (1985) afirmo que existe el Síndrome identificado de Alienación Parental (SAP) que es por estrategias de desapego afectivas, para desvincular la relación paterno-filial, gestión impulsada por el progenitor custodio y ejecutada a través de la abducción emocional y mental del niño” el progenitor custodio (suele ser la madre) es quien usualmente influencia

al menor para sus propios beneficios y en contra del otro progenitor que no cuenta con la capacidad de estar presente todo el tiempo por las limitaciones que genera la imposición del régimen de visitas, conllevando esto a la imposibilidad de ejercer sus derechos de autoridad parental aún si esta es compartida (Castillo, 2010).

1.2 Obligaciones del progenitor no custodio

Se puede hablar de obligación o deber por parte del padre que no tiene la custodia del menor consistente en velar por él en muchos aspectos como su educación, formación, salud, etc.; es importante aclarar que por no tener la custodia del menor no quiere decir que pueda librarse de las obligaciones que tiene como padre y mucho menos perder sus derechos.

El progenitor no custodio también está obligado a que se le fije la contribución de carácter alimentario que, según el artículo 413 del Código Civil (Ley 57 de 1887) señala: “los alimentos sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionarse al alimentario menor de veintiún años de edad, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio” (p. 61); es así que esta obligación se materializa en el pago de la pensión alimenticia por parte del progenitor no custodio.

Ahora bien, en el derecho a la educación que tienen los niños, niñas o adolescentes se entiende que es obligación del padre contribuir como base de desarrollo, sin embargo, “el Estado también está obligado a brindarle una educación de calidad a los niños, niñas o adolescentes como derecho fundamental según la Constitución Política de Colombia” (Daza, 2015, p. 300 citando a la Corte Suprema de Justicia). en este punto es importante señalar que la legislación colombiana explica que las obligaciones son un conjunto inherente al deber ser como progenitor sea custodio o no custodio el deber de visitarlos, velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral como también representarlos; y es justo aquí donde recae la garantía compartida con el Estado como agente propiciador de que en la práctica se den todos los elementos que permitan el pleno ejercicio de los derechos de las partes involucradas.

Deber de crianza no solo se constituye en proporcionar a los hijos los alimentos y los estímulos físicos, sino al deber de velar por que el menor se sustraiga de todo peligro en su formación, al estar pendiente de cada momento importante.

1.3 El régimen de visitas

A lo largo de los años la sociedad ha tenido diferentes cambios en cuanto a los vínculos familiares y esto ha llevado a que este régimen de visitas tome protagonismo en la actualidad y sea muy utilizado en la sociedad como la forma más efectiva para no perder el vínculo afectivo y comunicación con sus hijos.

Ahora bien, no se puede ni debe quedar supeditado el vínculo paterno-filial a la subsistencia de la relación de los dos progenitores del menor, por lo tanto, al momento de que se quiebre ese vínculo, ninguno de los progenitores perderá las facultades y deberes que tiene con el hijo con finalidad de mantener el interés superior del menor, teniendo en cuenta esto, el progenitor no custodio debe ejercer la corresponsabilidad parental en conjunto con el otro progenitor, ya que como se ha dicho reiteradamente, la responsabilidad respecto de los hijos es de ambos padres.

Entonces el régimen de visitas se entiende como un derecho familiar del cual son titulares en colectividad los padres y los hijos siendo una figura que busca proteger y conservar la unión, frente al vínculo afectivo que subsiste y así esta institución genera garantías para el progenitor que no cuenta con la custodia del menor, permitiendo así que se ejerza su derecho y deber de crianza y cuidado mutuo, según Jordán y Mayorga (2018):

El régimen de visitas es una figura jurídica que se genera por la ruptura de la relación afectiva entre los padres, producto del cúmulo de conflicto, la familia y sus relaciones no solo se ve afectada en lo emocional sino en lo jurídico, pues se fragmentan los derechos y obligaciones que los padres tienen sobre sus hijos (p, 50).

Este régimen de visita le corresponde al progenitor que no disfruta de la tenencia de sus hijos menores, por lo tanto, debe procurarse el acercamiento posible entre ambos, padre e hijo, siendo este un acercamiento que se debe dar de manera amplia, no simplemente desde una visión de convergencia física, sino desde un ejercicio paterno-filial. (Seisdedos, 2001).

Es claro que, también puede ser fijado de manera voluntaria por los progenitores cuando no existiere ningún problema para hacerlo de común acuerdo, o si hay conflicto puede ser fijado por un operador judicial competente para el caso, no obstante, el tema fundamental es que al momento de imponer este régimen se debe tener en cuenta por parte de los operadores judiciales que:

La responsabilidad y cuidado cuando aprueben un régimen de visitas: de él depende en muy alto grado la recuperación y fortalecimiento de la unidad familiar o su desaparición total, en desmedro de los intereses de la prole, la institución misma y la sociedad civil. (Corte Constitucional en sentencia T-523 de 1992, p. 1).

En otras palabras, es necesario que al momento de interponer las regulaciones de las visitas deba estudiarse a profundidad tanto la afectación del menor como la del progenitor que es limitado en su derecho de comunicación y crianza, teniendo en cuenta que de una forma alternativa para la nueva situación, las visitas son trascendentales para ejercer la autoridad parental, de la que en muchas ocasiones el progenitor no custodio es privado para ejercerla plenamente por la carencia de tiempo estipulado o que arbitrariamente lo decide el progenitor custodio sin tener en consideración, como lo dice la Corte, todas las variables tanto del menor como del progenitor no custodio.

1.4 Contexto y desarrollo del régimen de visitas frente al progenitor no custodio

Debido al incremento de divorcios en Colombia la custodia y visita toma un gran auge. Jaramillo, Ripoll y Vargas (2015) afirman que los criterios que en los años anteriores han considerado los jueces al momento de tomar la decisión de custodia y visita es el principio del interés superior del niño y este criterio fue adoptado en Colombia desde el Código de Procedimiento Civil 1989 (art. 444).

Ha existido una tendencia de los operadores judiciales al momento de determinar estos tipos de regímenes de visita, tendencias que han sido favorables a la mujer como madre en cabeza de la custodia del menor y el padre es quien ha debido soportar la imposición del régimen de visitas, de acuerdo a esta tendencia de decisión judicial y bajo estudios realizados se ha encontrado que los hombres generalmente perciben el proceso de régimen de visitas y custodia como inequitativo y fuera de su control personal y las mujeres siempre han estado satisfechas, Sheets y Stanford (1996) cuando se habla de inequidad de las decisiones, mayormente se refieren a los padres presionados por el régimen de visitas y al momento de la fijación de la cuota alimentaria ya que sus derechos son considerados limitados por algunos doctrinantes, dándose un equilibrio entre la parte patrimonial y la parte de visitas, teniendo que responder eficientemente a la primera para poder ejercer la segunda.

Un ejemplo claro de la vulneración de los derechos de los padres se manifiesta cuando se omite cumplir con la obligación alimentaria por no contar con los recursos para hacerlo, es decir de manera involuntaria, esta omisión suele mezclarse confusamente con el progenitor custodio con el derecho de visitas, pues no les permiten ver a su hijo hasta que no materialice la obligación, en ese sentido, el menor está resultando doblemente vulnerado, según Stilerman y Sepliarsky (1999) no resulta recomendable en suspender las visitas ante el incumplimiento alimentario pues este puede ejecutarse por una vía adecuada

Este régimen ha tenido tanta repercusión en la sociedad que la legislación colombiana ha buscado en sus decisiones estudiosos en la materia psico-social del menor

para que determinen las consecuencias, y si con su indebida aplicación, al contrario de ser beneficioso, trasciende hasta convertir en vulnerable la noción del interés superior del niño, también está claro decir que con la aplicación de la Constitución Política de 1991 se ha buscado la prevalencia del derecho del menor, siguiendo la línea de interpretación de la misma manera que, en el año 1992 la Corte Constitucional en Sentencia T 523/92 expresó lo siguiente:

(...) procurando el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo. Debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, el cual -rectamente entendido- requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con el padre (...) (p. 33).

Esta aclaración generó un precedente el cual busca la no desnaturalización de la relación padre e hijo, gracias a que los padres empezaron a tener protagonismo en las decisiones de los operadores judiciales al momento de custodia y visitas, enfatizando que este protagonismo no es suficiente para superar el actual desequilibrio de derechos que el régimen crea cuando las decisiones de los operadores judiciales no siguen estas líneas de decisión.

La situación del progenitor no custodio, que es mayormente el padre, en la actualidad, es preocupante, no hay una equidad tangible porque aún se emplea la tendencia de los operadores judiciales a favor de la madre gracias a prejuicios sociales y culturales (Lemos, 2006), endureciendo su posición que incluso colinda con tendencias de género, utilizado este régimen para crear circunstancias difíciles de sobrellevar ya que no se cuenta con el tiempo mínimo para una comunicación real y afectiva del menor que está en la base de su desarrollo.

1.5 Normatividad de las obligaciones y derechos del progenitor no custodio

La legislación colombiana se ha encargado de regular este tipo de relación reconocida en el Código Civil Colombiano (Ley 57 de 1887) en donde se establece que los padres por el hecho de serlo, asumen frente a sus hijos una serie de derechos y obligaciones, en donde es muy importante tener en cuenta que, aunque no exista vínculo alguno entre los progenitores estas facultades y obligaciones son de carácter inherente, las cuales se derivan en la autoridad parental y en la patria potestad, que deben ser ejercidos conjuntamente por los padres.

La autoridad parental fue definida, y aun cuando generalmente todavía considerada como un régimen meramente personal, a través del tiempo ha tenido cambios y hoy por hoy es tenida en cuenta no solo como conjunto de derechos si no también de obligaciones:

En el Código Civil Colombiano (Ley 57 de 1887) artículo 250 al 268 se encarga de definir como el conjunto de deberes y obligaciones entre la relación padre e hijo para facilitar a aquéllos el cumplimiento que su calidad les impone; además de ser una obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, de esta forma, existe una sinergia propuesta por estos artículos que amplía las facultades con obligaciones más allá de ser un régimen solamente personal.

La corrección y dirección de los hijos, las cuales están estipuladas en el artículo 262 "Los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente" (p. 44), existe una discriminación frente a el progenitor no custodio, dentro del régimen de visitas, puesto que no cuenta con garantías suficientes y tampoco criterios básicos; hecho que ha desencadenando que no se encuentre en capacidad de vigilar las conductas que realiza a lo largo del día su hijo y así el progenitor custodio puede obstaculizar en una proporción el derecho de corrección, resultando las implicaciones de pérdida de autoridad en la relación padre e hijo.

El artículo 264 del Código Civil (Ley 57 de 1887) nos habla de la "...facultad que tiene los padres de común acuerdo de dirigir la educación de su hijo y su formación moral..." (p. 44). Es así como se manifiesta la condición de que ambos padres deben contribuir en el desarrollo moral como afectivo del niño que está dentro del régimen de la autoridad parental en analogía con el deber de crianza, respeto y obediencia.

2. Tasación alimentaria a favor del menor

Existe un momento en que los dos progenitores rompen su vínculo y en la mayoría de los casos no llegan a un acuerdo, es necesario entonces, a través de instancias judiciales, determinar estos alimentos para que no se vulnere el interés superior del menor, teniendo en cuenta que existen dos conceptos de alimentos, los cuales son congruos o necesarios, alimentos estos a los que tiene derecho el alimentante, es decir, el menor en este caso; para obtener dicha tasación, es necesario aclarar que el juez debe estudiar algunos factores para la determinación de la obligación dispuesta en el artículo 419 del Código Civil (Ley 57 de 1887): "en la tasación de los alimentos siempre se deberá tomar en consideración las facultades del deudor y las circunstancias domesticas" (p. 62).

En un concepto más claro tenemos que según Daza (2015) debe justificarse:

La capacidad económica del obligado, la incapacidad económica de los beneficiarios, las circunstancias domesticas de vida del uno y del otro, los gastos requeridos y la atención que se preste a otras obligaciones familiares y si esta no se hace de esta forma resultaría carente de objetividad (p. 296).

Así la obligación alimentaria se funda en la relación filial y es una obligación para ambos progenitores por igual, independientemente de si éstos viven juntos o separados.

Para determinar exactamente la obligación alimentaria de los progenitores es necesario saber su capacidad económica, la necesidad del menor y la vida social del menor

teniendo en cuenta que, si no se puede probar la capacidad económica de alguno de los progenitores, se presumirá que devenga un salario mínimo y con esta se establece la pensión alimentaria, no obstante se ha considerado que por tener la custodia de los hijos y en virtud del mayor cuidado y esfuerzo que dedica al menor, esta se integrara a su obligación alimentaria justificando que su aporte sea menor, al menos materialmente.

El progenitor no custodio materializa esta obligación con la pensión alimentaria que es entregada al progenitor que goza de la custodia en la mayoría de los casos la (madre), siendo a su vez un poco más alta por las razones anteriormente expuestas, (Monroy, 2014) situación que favorece la condición de superioridad del progenitor custodio teniendo como escudo el régimen de visitas y su capacidad para suspenderlas, incluso, con el aval de las autoridades judiciales, convirtiendo la circunstancia en un limitante que tiene el padre no custodio para brindarle afecto y cuidado necesario.

2.1. Interpretación de los operadores judiciales

En relación sobre la fijación de cuota alimentaria para el menor, los jueces interpretan que la tenencia debe ser regular y que no existan cambios constantes ya que eso desencadenaría inseguridad en el menor, pero aun así al momento de que se dicte sentencia “estas decisiones no presta merito a cosa juzgada debido a la variación de las circunstancias en las que puede estar situado el menor” (Stilerman, 1992, p, 150) la variación de las circunstancias patrimoniales del dador e incluso las circunstancias de vida del menor pueden generar que la variación de la cuota represente una nueva tasación.

La decisión sobre la fijación de cuotas alimentaria tanto la tenencia y régimen de visitas estará condicionada por los operadores judiciales, ya que estos deberán tener aspectos claros para tomar una decisión, estos aspectos son muy importantes para garantizar el principio de unión familiar y que no se destruyan los vínculos, sin embargo, los operadores se basan en mantener los roles sociales anacrónicos beneficiando al progenitor custodio que en su mayoría son las madres (Alascio. 2008).

Cornejo (2017) afirma que en la mayoría de los casos los jueces suelen darle la custodia de los niños a la madre así viéndose afectados, los padres “especialmente cuando su rol parental se ha visto disminuido a ser un visitante de su hijo” (p. 64); en otras palabras siempre ha existido una estigmatización hacia el progenitor no custodio, que en la mayoría de los casos es el hombre, quien no cuenta con una equidad interpretativa por parte de los operadores judiciales en los procesos de fijación alimentaria, de custodia y régimen de visitas, situación que ha desencadenado la desconfianza al momento de solucionar un problema debido a esta favorabilidad a razón de la costumbre que se ha manejado a lo largo de los años y los prejuicios de género, sin tener en cuenta los aspectos fundamentales para tomar una decisión de tal magnitud y resultando en una alienación que generalmente es ocasionada por la madre hacia el padre del menor (García-Garnica, 2004).

2.2 Precedentes Jurisprudenciales sobre la regulación de visitas y fijación de la cuota alimentaria.

En el 76.95% de las familias con hijos menores, subraya Pérez (2015) la custodia se otorga de manera exclusiva a la madre, quedando el padre relegado al derecho de visitas, y a la fijación de cuota alimentaria como materialización de la obligación.

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia STC 5357 de 2017 se consideró por parte del Tribunal Superior de Cundinamarca que en razón del sexo de la menor, era su madre la llamada a ser su figura parental y por lo tanto quien obtenga la custodia, además, se le impuso el régimen de visitas limitado al padre y se le fijo como cuota alimentaria \$300.000, flagrantemente el operador judicial vulneró el derecho a la igualdad denotando que aún existe la valoración sociocultural superior en la maternidad que otorga protagonismo femenino a través de las decisiones.

3. Derechos del progenitor no custodio

3.1 Derecho de comunicación y vigilancia:

Al romperse el vínculo entre los progenitores uno de ellos abandona el hogar y consecuentemente debe alejarse de su hijo, pero con la posibilidad de mantener relación directa, lo cual reviste de importancia el mantenimiento de la relación filial ya que “se trata de un instrumento esencial para el mantenimiento de una verdadera relación paterno-filial, lo más cercana posible a la que deriva de la convivencia” (Cornejo, 2015, p. 50).

En el artículo 256 del código civil. “al padre o la madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez determine” (p. 43). No obstante, en Colombia existen muchas situaciones en las cuales el progenitor custodio (generalmente la madre) no permite que se ejerza el derecho de comunicación en su totalidad, limitando aún más el régimen de visitas fijado por el operador judicial.

En cuanto al Derecho de Vigilancia se encuentra ligado con la educación y formación del hijo, con el objetivo de velar por el bienestar de menor “el progenitor no custodio tiene igualmente derecho a ser informado por el progenitor custodio sobre todo lo importante que esté relacionado con la formación de su hijo” Parra Benítez, (2008, p. 544) afirma que, sin embargo, con respecto a este derecho, no se materializa de una forma completa o efectiva, ya que el progenitor no custodio no tiene conocimiento de las decisiones importantes que puedan influir en su formación debido a que el mismo régimen no especifica esta corresponsabilidad entre progenitores.

4. La escasa regulación de las facultades y deberes del progenitor no custodio

Existe un vacío legal en la regulación de los derechos y los deberes de los progenitores no custodios, la escasa especificación de los mismos crea situaciones de inequidad al quedar desligado de la vida del menor con la única garantía del régimen de

visitas que no abarca, como ya se explicó, la totalidad de las implicaciones del vínculo paterno-filial, y más aún cuando por medio de los operadores judiciales que decretan decisiones sin considerar factores que afectan la vida de los menores y los progenitores creando oportunidades para que los progenitores custodios excluyan de momentos e información importante al progenitor no custodio sobre sus hijos.

Ahora bien, los derechos de vigilancia y control por parte del progenitor no custodio, aunque se encuentran específicamente determinados en la ley, presenta una arista importante, dado que existen algunos vacíos normativos en la legislación colombiana, de ese modo el deber del padre poseedor de la custodia del menor, es de informar al progenitor no custodio de las decisiones que incidan en la crianza (Lathrop, 2008) ya que al momento de que esto sucede el progenitor custodio puede justificarse al decir que no tenía relevancia para él y por lo tanto no necesitaba informarle de esa decisión.

Entonces, existe una dicotomía en el concepto claro de la corresponsabilidad parental porque esta debería también apropiarse de los deberes entre progenitores para así:

Crear una sociedad más igualitaria, al cambiar el paradigma ancestral bajo el cual se piensa que, una vez producida la separación los hijos e hijas deben ser criados por la madre, limitándose el padre a desempeñar un rol de proveedor a través del pago de las obligaciones alimenticias (Aracibia & Conejo, 2014 como se citó en Cornejo, 2015, p. 75).

Las facultades y deberes del progenitor no custodio como el progenitor custodio cuenta con muy poca regulación lo que deja sin piso su derecho de reclamo, finalmente el desorden del sentido legislativo hace que la parte más perjudicada sean los menores y correlativamente los padres debido a que el no ejercicio de los derechos ocasiona un distanciamiento parental filial y el desconocimiento de las figuras de autoridad primarias de los menores que pueden abonarse con la manifestación del Síndrome de Alienación Parental anteriormente presentado, cuestión que no se encuentra regulada legalmente y crea

problemas de carácter moral como desniveles en la relación padre e hijo al verse este último como un instrumento por el padre custodio.

Conclusiones

El régimen de visitas es una figura jurídica que a pesar de encontrarse regulada por las normas nacionales ha sido constantemente vulnerada y subvalorada, tanto por los legisladores como los administradores de justicia que no logran mitigar los perjuicios que se ocasiona con su indebida implementación, generándose limitaciones constantes en esta institución, de igual manera a través de los años se ha evidenciado una clara estigmatización a uno de ellos, el progenitor no custodio que es claramente vulnerado al no tenerse en cuenta que el rol activo dentro de la crianza de sus hijos va más allá del deber de alimentos; por lo tanto al momento en que se aplique el régimen de visitas y la fijación de alimentos es necesario incorporar de forma ordenada y clara nuestra legislación respondiendo a los principios fundamentales de la relación familiar.

Es necesario abrir espacios en donde los progenitores puedan exigir garantías desde el principio de interés superior de niño en aras de que no se desnaturalice la relación al momento en el que los administradores de justicia tomen sus decisiones, superando la visión de estereotipos y roles socialmente asignados, pero sobre todo, teniendo en cuenta la autoridad parental como institución básica jurídico familiar de orden público y que se ejerce garantizando el bienestar del menor.

Tanto el régimen de visitas como el régimen de pensión alimentaria son complementos para el ejercicio de la potestad paterno filial de los progenitores, estos no deben ser utilizados como herramientas de manipulación y conveniencia de las relaciones entre afectivas y/o emocionales, más allá de su legal implementación, deben responder al interés categórico del menor, sin vulnerar derechos o deberes de los padres, pero siempre garantizando la continuidad de la relación afectiva.

Las decisiones judiciales juegan un papel protagónico dentro del desarrollo del régimen de visitas y alimentario, el carácter jurisdiccional de quien decide, crea o elimina las condiciones idóneas para la implementación de los regímenes de una manera justa y equilibrada, es por ello que, una de las formas pertinentes de eliminar este sesgo social, es instruir de manera consciente a los órganos de decisión y conciliación desde un ámbito social e individualizado para cada caso concreto, sobre el alcance y repercusiones de sus decisiones, la finalidad del Estado como Social de Derecho, no es solo formal y mucho menos cuando se trata del núcleo social, la familia.

Finalmente la difícil situación que confronta el padre no custodio por las disputas con el progenitor custodio en el pasado llevan a que este genere mecanismos que perjudiquen y dañen la relación padre e hijo, dado que tiene la manera de influenciar a su hijo para sacar beneficio de ello como si este fuera un instrumento para obtener dinero o menoscabar el vínculo filial, para esto es necesario que surjan instituciones de apoyo gratuitas y educación ciudadana, principales soluciones para proteger la dignidad de ambos progenitores, pero en especial, la de los más perjudicados en la relación de derechos, los progenitores no custodios, para obtener una protección de carácter equitativo, también es necesario eliminar la percepción del menor como instrumento, fomentar su percepción como fin último y promover el principio de bienestar superior del menor de una manera real, además los progenitores no custodios deben ser considerados parte importante en su desarrollo, así las decisiones judiciales generaran un gran alcance en el régimen de visitas no solo formalmente sino también material.

Referencias

Acuña, M, (2015.). *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*. Madrid: Dykinson. Colección Monografías de Derecho Civil. I. Persona y Familia.

- Alascio. (2008). El síndrome de Alienación Parental. *Revista para el análisis del Derecho, Indret* 1, 1-8.
- Arancibia, M.J. & Cornejo, P. (2014). El Derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. *Revista Ius et Praxis*, 20 (1). 1-304.
- Baqueiro, E & Buenrostro, R (2005) *Derecho de Familia*. (2ª ed.). México: Oxford University Press.
- Castillo, C. (2010), *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales*. (2ª ed.). Valencia. España: La Ley.
- Cornejo V. A. (2017). *Facultades y Deberes del Progenitor No Custodio*. (Trabajo de Grado Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago de Chile.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 feb 2012). Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Serie C n.º 239. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.
- Daza, M (2015). *Derecho de familia, Apuntes sobre la estructura básica de las relaciones jurídico-familiares en Colombia*. (1ª ed.). Bogotá D.C. Universidad Católica De Colombia. Colección Escuela de Maestros.
- García, E. (1987). *Aspectos del derecho de familia*. Bogotá: El foro de la justicia Ltda.
- García-Garnica. M del C. (2004). *El ejercicio de los Derechos de la Personalidad del Menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad, y la propia imagen*. Navarra, España: Thomson.

- García Pastor, M (1997). *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana.
- Gardner R. (1985). Recent trends in divorce and custody litigation. *Academy Forum* 29, 3-7.
- Jaramillo, I.C., Ripoll, K. & Vargas, E. (2015). *Decisiones sobre custodia y visitas: La Perspectiva jurídica y Familiar*: Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Jordán, J. E. & Mayorga Naranjo, N. E. (2018). El régimen de Visitas tras la Separación de los Padres. Casos Ambato. (Ecuador). *Revista Verba Iuris* 13(40), 49-63.
- Lathrop Gómez, F. (2011). Bases para una reforma de las relaciones filiales personales en Chile. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, 4, 92-97
- Lemos SanMartín, M. (2006). *La custodia y cuidado personal de los hijos El derecho de acceso a los hijos, criterios para resolver conflictos entre padres y familiares por la custodia de los niños* (1ª ed.). Medellín, Colombia. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Monroy Cabra, M. G. (2014) *Derecho de familia, infancia y adolescencia*. (15ª ed.). Bogotá D.C.: Librería del profesional Ltda.
- Parra Benítez, J. (2008) *Derecho de familia*, (2º ed.). Bogotá: Temis.
- Pérez, N. (2015). 'Los Derechos Humanos del progenitor no custodio y del menor en los procesos de divorcio y separación' (Trabajo de Grado- Pregrado) Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna. Tenerife. España.

Riveros, M. (1993). *El Derecho de la patria potestad en Colombia antes y después de la jurisdicción de familia*. (Tesis). Facultad de Derecho. Universidad Católica De Colombia. Bogotá.

Seisdedos, A. (2001). Suspensión versus privación de la patria potestad. *Revista de .Derecho Privado*, 85, 554-580.

Sheets, L. & Stanford L. B. (1996). Gender differences in satisfaction with divorce settlements. *Family Relations*, 45 (3). 336-342.

Stilerman, M. (1992). *Menores, tenencia. Régimen de visitas: reconocimiento de hijos, autorización para contraer matrimonio, modificación de la tenencia, tenencia compartida, obligación alimentaria, derecho comparado*. (2ª ed.). Buenos Aires: La Universidad.

Stilerman, M.N. & Sepiarsky, S.E. (1999) *Adopción. Integración familiar*. Argentina, Edit. Universidad.

Valbuena, A. (2015). El continuum de la custodia compartida. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 15, 91-107.

Normatividad

Código Civil Colombiano (2014). *Ley 57 de 1887*. (24ªed.). Bogotá D.C.: Legis Colección Códigos Básicos.

Constitución Política de Colombia de (1991). *Revisada y actualizada*. Bogotá: Legis.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. (1992) Sentencia T-523/92- Rad. Exp. 2598. Derecho de visita. Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón.

Corte Suprema de Justicia Sentencia STC 5357-2017. Proceso: T 2500022130002017-00072-01. Magistrado Ponente Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.