

TITULO: Aproximación a la jurisprudencia colombiana, al derecho de abuelos y nietos a crear y afianzar su vínculo afectivo mediante la regulación de visitas.

TITEL: Approach to Colombian law , the right of grandparents and grandchildren to create and strengthen their bonding by regulating visits.

AUTORA: Claudia Elena Monsalve Rodríguez. Profesional en Desarrollo Familiar y profesional en formación de la Especialización: Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Fundación Universitaria Luis Amigo (FUNLAM). Profesional de Apoyo Fase II Comisaría de Familia Comuna 5 – Castilla, Medellín.

RESUMEN ANALÍTICO: El presente artículo de revisión documental pretende evidenciar el vacío normativo del estado colombiano respecto a la regulación de visitas entre abuelos y abuelas, y nietos y nietas en aras de crear y afianzar su vínculo afectivo. Donde la corte constitucional se ha pronunciado sin un criterio unívoco en dos sentencias de Tutelas.

ABSTRACT: This article of documental revision aims to show the Colombian state regulatory vacuum regarding the regulation of visits between grandparents and grandchildren in order to create and strengthen family bonding. Where the Constitutional Court has ruled without an univocal criterion two custodial sentences.

PALABRAS CLAVES: Abuelos y abuelas, nietos y nietas, regulación de visitas, vínculo afectivo, jurisprudencia colombiana.

KEYWORDS: Grandparents, grandchildren, regulation of visits, bonding, Colombian jurisprudence.

INTRODUCCIÓN

Este artículo de revisión documental pretende evidenciar el vacío normativo del estado colombiano respecto a la regulación de visitas entre abuelos y abuelas, y nietos y nietas en aras de crear y afianzar su vínculo afectivo. Para ello, se basa en un análisis bibliográfico y una metodología de tipo descriptivo. En el primer capítulo, se trabaja desde una mirada sociológica y familiar las relaciones de abuelos y nietos, sus roles y las situaciones donde se dificulta la creación y afianzamiento de sus vínculos afectivos; postulando, la función del Estado de preservar a la familia como institución social básica, donde debe prevalecer la reciprocidad de los derechos y obligaciones de sus integrantes. Desde este punto de vista, se cuestiona: ¿Cuál ha sido el tratamiento jurídico de la Corte Constitucional colombiana, frente al derecho de los abuelos y nietos, a la creación y afianzamiento de su vínculo afectivo, mediante la regulación de visitas?, para dar respuesta, en el segundo capítulo, se retoma la normatividad colombiana, especialmente, la *Constitución Política de Colombia*, el *Código Civil Colombiano*, la *Ley 1098 de 2006*, la *Ley 1361 de 2009* y las *sentencias de tutelas*, T 189/03 y T 353/05; evidenciando el vacío normativo que hay respecto a la regulación de visitas entre abuelos y nietos. Finalizando, en el tercer capítulo, se realiza un análisis del derecho comparado vigente en Francia (*Ley de 1970*), Argentina (*Ley 21040 de 1975*), España (*Ley 42 de 2003*) y Chile (*Ley 20680 de 2013*), con la intención de concluir, postulando la posibilidad de tener una legislación en Colombia al respecto; como respuesta a los cambios en la dinámica familiar y avance en los asuntos del derecho de familia.

1. UNA MIRADA SOCIOLÓGICA Y FAMILIAR DE LAS RELACIONES ABUELOS Y NIETOS

La familia es una organización social que contiene intrínsecamente cambio y tradición, novedad y hábito, estrategia y norma. Tal tensión, siempre histórica, no solo altera la textura de los roles intrafamiliares sino también la funcionalidad de las relaciones entre la organización interna familiar (Cicerchía, 1999, pág. 47). Por tanto, no se puede postular una familia modelo, sino muchos modelos de familias posibles y legítimas.

Al hablar de la familia, hay que tener claridad sobre los diferentes aspectos por los cuales se puede empezar a abordar a ésta. Para empezar, se pueden hacer dos clasificaciones generales de lo que se denomina familia. En primer lugar, la familia consanguínea, como el conjunto de miembros unidos por vínculos de parentesco, que comparten un tronco, un apellido; y, en segundo lugar, la familia de residencia, también denominada Hogar. La familia de residencia se refiere específicamente a un grupo de personas que, mediando un vínculo de parentesco, afinidad o amistad, que comparten el espacio y organizan conjuntamente la supervivencia (Rico de Alonso, 1999, pág. 111).

Para continuar, se puede enunciar tendencias temáticas, no excluyentes, que sobresalen en los estudios de familia: De una parte están los estudios de composición y tipo de familia; Una segunda tendencia, que podría denominarse de la "Crisis", asociada con el concepto de "descomposición" social, en la que se le asigna la etiología de variadas expresiones de problemas sociales; Una tercera, de desarrollo más reciente, considera la interrelación entre las esferas pública y privada, reconoce su papel clave en la socialización y supervivencia material y afectiva, y los requerimientos que para dicho desarrollo tiene en relación con la oferta de servicios sociales (Rico de Alonso, 1999, pág. 111).

Por último, se nombrara la clasificación base de las tipologías de familia, las cuales son, según parentesco y según funciones. La tipología de parentesco constituye las siguientes categorías: Unipersonal (una sola persona), nuclear (padres e hijos), extensa (tres generaciones –padres, hijos y abuelos-) y extendida (parientes). La segunda tipología, toma las funciones de conyugalidad, reproducción y supervivencia de sí mismo y/o de parientes diferentes del cónyuge y/o de los hijos.

Para comprender mejor estas tipologías, cabe aclarar que la familia se configura y permanece alrededor de dos funciones básicas que definen la estructura de parentesco y que le dan continuidad y permanencia, la conyugalidad y la reproducción de la especie. La organización de la sexualidad y la reproducción están en el origen y con el tiempo, van surgiendo subestructuras de parentesco: Abuelos, tíos, hermanos, yernos y cuñados, nietos y de

acuerdo con las pautas culturales, se van reconociendo o desconociendo otras formas de parentesco (Rico de Alonso, 1999, pág. 112).

En la actualidad, las sociedades están experimentando transformaciones en las funciones tradicionales de la familia, que incide en su morfología, en sus roles y en sus relaciones. Las transformaciones frecuentes de las familias no se deben considerar como pérdida de un prototipo ideal, al contrario, como una capacidad resiliente de los integrantes de la familia, de responder a las realidades de su entorno tanto sociales como económicas; Sin dejar de cumplir sus funciones básicas de educar y socializar al individuo, para formar parte de la sociedad.

La familia es sujeto y objeto de transformaciones entrelazadas en el curso de los acontecimientos que se suceden en la producción económica, social y cultural (Daza Navarrete, 1999, pág. 28). Una de estas fuertes transformaciones, que ha configurado nuevas familias, se da a partir de la segunda mitad del siglo pasado (posguerra), donde ésta se ha ido transformando no solo estructuralmente sino en funciones y valores. De esta forma surgen nuevos modelos familiares que afectan la estructura, el tamaño y la dinámica de la misma. El matrimonio, como institución y bien social conformado por dos personas adultas de diferente sexo, que por definición constituyen una familia nuclear cumpliendo el rol de padres de sus hijos, ha decaído y es frecuente encontrar familias binucleares o reconstituidas, monoparentales, familias compuestas por 2 o más generaciones e incluso uniones homosexuales (Hernández Ana; Prato Adriana; Rivas Roberto; Techera Leticia, 2012, pág. 23).

Los procesos de reestructuración económica, exclusión laboral y social que se han hecho patentes en los últimos años han dejado su huella en los arreglos familiares y domésticos (...) a la par con la reestructuración de las relaciones de género, las nuevas formas de división del trabajo en donde sobresale el deterioro de la función de proveedor entre los hombres, y la incipiente erosión de las estructuras de poder en la dimensión familiar, (González de la Rocha, 1999, pág. 55) acompañado, del aumento de las madres y padres que por sus condiciones etarias (jóvenes y adolescentes), económicas y personales (relaciones conflictivas), necesitan

que sus padres cuiden a sus hijos e hijas; La tardía emancipación de los hijos de sus familias de origen; El aumento de las familias multigeneracionales, asociado al aumento de la esperanza y la calidad de vida, como también al rechazo al envejecimiento de las personas; han modificado a la familia, y los roles de sus integrantes, donde es de destacar, el cambio del rol del abuelo y la abuela.

En Colombia para el año 2014, el promedio de la expectativa de vida de la población es de 75,25 años, donde los hombres oscilan entre los 72,08 años y las mujeres entre los 78,61 años (DANE, 2015); Esto sumado a la expectativa de edad de jubilación, que se ubica para los hombres en 62 años, y las mujeres en 57 años. Evidencian el incremento tanto de la población lonjeva, como de la población de adultos mayores con disponibilidad de tiempo para invertir en actividades diferentes a las laborales.

Los abuelos han dejado de ser, en líneas generales, una figura distante y de respeto casi reverencial, para tener un rol diferente, no sólo desde un punto de vista económico, en muchas ocasiones son el auténtico soporte de las familias, sino también desde un punto de vista asistencial, en la medida en que la ausencia de políticas de apoyo a la maternidad ha generado que se conviertan en cuidadores secundarios de los nietos, cuando los hijos han de trabajar pero no pueden costear los altos costes de la enseñanza infantil (Montes Rodríguez, 2014, pág. 581), este cuidado de sus nietos, no solo se basa en el aspecto de subsistencia, si no que convierten a los abuelos, en los mayores proveedores de cariño y apoyo, para con sus nietos.

Este nuevo rol del abuelo, ha creado relaciones significativas con sus nietos. Los nietos y nietas (quizás de una forma mucho más marcada que los hijos e hijas) suponen de forma primordial una fuente de satisfacción personal para sus abuelos que además obtienen las alegrías y satisfacciones de esa especie de parentalidad tardía pero aligerada de las cargas y responsabilidades inherentes a la misma. Una dimensión importante a tener en cuenta para comprender esa mayor afinidad, al menos en el caso de nietos y nietas adolescentes, es la relativa similitud que comportan la juventud y la vejez: ambos grupos de edad son adyacentes al grupo dominante y ninguno de ellos tiene poder suficiente para tomar decisiones. A ambos

grupos se les recuerda que no son productivos y se consideran inmersos en una sociedad que no les valora por ello (Gracia Ibáñez, 2012, pág. 108).

A diario, se ve con preocupación dentro de las familias, sin distinción de tipología, los constantes conflictos surgidos de las inadecuadas relaciones interpersonales y la poca comunicación, que existe entre las familias de orígenes tanto de línea materna, como paterna, con los progenitores, respecto, a las pautas de crianza y la introyección de las normas hacia los niños, niñas y adolescentes. A sí mismo, se traen a colación los rencores y situaciones sentimentales y emocionales, no resueltas entre abuelos, yernos y nueras y sus mismos hijos, a lo que se suma, la separación, muerte o conflictos entre la pareja (progenitores).

Las anteriores variables, generan detrimento de las relaciones entre abuelos y nietos, debido a que estas circunstancias producen el distanciamiento entre ellos y sus familias extensas, evitando que éstos creen y afiancen sus relaciones interpersonales que favorece el vínculo afectivo.

En los supuestos de crisis familiares, separación, divorcio, nulidad, es en los que la intervención de los abuelos puede ser más necesaria, porque los menores se encuentran en una situación de desequilibrio y éstos pueden facilitarles seguridad y afecto. Pero es cierto que el conflicto entre los padres puede extenderse a sus respectivas familias y ello impedir el normal desarrollo de las relaciones abuelo – nieto (Montes Rodríguez, 2014, pág. 586).

Allí es donde los abuelos y abuelas, manifiestan y reclaman su derecho a no ser alejados de sus nietos, porque ellos hacen parte de las familias extensas y a sabiendas que proveen las necesidades básicas en algunas ocasiones a sus nietos, aducen que su rol no debe ser solo de proveer económico.

Los abuelos cumplen un papel de cohesión y transmisión de valores en la familia y son un elemento de significativa importancia en el desarrollo personal de los menores. Los abuelos gozan de autoridad moral y de una distancia que les permite ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo su estabilidad y desarrollo. Esta situación

privilegiada junto a la proximidad en el parentesco y su experiencia distingue a los abuelos de otros parientes y allegados. Y además, persigue hacer presente tales relaciones familiares en los supuestos de conflicto, esto es, en las crisis familiares cuando se produce la separación, el divorcio de los padres y cuando los padres no ejercen la patria potestad y los menores se encuentran en situación de acogimiento. Se persigue es favorecer el desarrollo integral del nieto merced al cariño, apoyo y consejos brindados por los abuelos (papel de cohesión y trasmisión de valores al que hace referencia), evitando en los casos de ruptura gravar al nieto con las secuelas de las separaciones y conflictos familiares, y no amputarle la relación con personas cercanas afectivamente (Montes Rodríguez, 2014, pág. 581).

2. APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA, AL DERECHO DE ABUELOS Y NIETOS A CREAR Y AFIANZAR SU VÍNCULO AFECTIVO MEDIANTE LA REGULACIÓN DE VISITAS

Las normas jurídicas pretenden resolver problemas que se plantean en la sociedad y en los grupos sociales que en ella se suceden. Y desde luego, la familia es uno de ellos. Para ello, el ordenamiento jurídico reproduce las relaciones que se dan en su seno, relaciones familiares y las regula. Ciertamente es, que el derecho normalmente interviene cuando en estas relaciones hay una disfunción (Oliveros Aya, 2009, pág. 2).

El Estado colombiano, en pro de dar cumplimiento de su obligación de preservar a la familia como institución social básica, prevaleciendo la reciprocidad de los derechos y obligaciones de sus integrantes, plantea en su *Constitución Política* (República de Colombia, 1991), los siguientes artículos:

- ❖ Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.
- ❖ Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la

libre expresión de su opinión. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Igualmente, el Estado colombiano, en la *Ley 1361 de 2009 - Ley de la Protección Integral a la Familia* (República de Colombia, 2009), plantea los derechos inalienables de la familia. Resalta, el *Artículo 4*, donde se plasman los derechos de la familia. Entre ellos, derecho a la igualdad, derecho al respeto y libertad en la formación de los hijos de acuerdo a sus principios y valores, derecho al respeto recíproco entre los miembros de la familia, derecho a una alimentación que supla sus necesidades básicas, y derecho al bienestar físico, mental y emocional.

En este orden de ideas, todos los integrantes de la familia, tienen igualdad de derechos y deberes ante la Ley, a excepción de los niños, niñas y adolescentes, que de acuerdo a la discriminación positiva, prima su interés superior. El principio de interés superior del niño, tiene como fundamento la garantía del desarrollo integral, las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo y la protección del menor frente al riesgo. Dicho derecho superior, es garantizado por la *Ley 1098 del 2006 - Ley de Infancia y Adolescencia* (República de Colombia, 2006), en sus Artículos:

- ❖ *Artículo 7*. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos.
- ❖ *Artículo 8*. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos.
- ❖ *Artículo 14*. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad¹ establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación.

¹La patria potestad es un concepto complejo, por cuanto incluye una estructura definida de atributos, tales como la custodia de los hijos menores de edad, que a la vez entraña la guarda permanente, vivir con ellos, la crianza –En donde se hace patente el trasfondo interactivo que entrañan las relaciones paterno filiales-, qué tipo de formación se va concediendo en todas las esferas de la vida: Religiosa, moral, social, política, entre otros.

Es por ello que, los dos parámetros esenciales que permiten ejercer la patria potestad son: La educación, desde toda perspectiva, formal, académica y, por supuesto, la que se provee en la familia; Y, la autoridad parental; que se instruye en la educación y una vez reconocida, permea todas las relaciones modélicas. La autoridad parental es componente básico de la patria potestad, en la medida en que es un atributo legitimador de la responsabilidad jurídica y, a la vez, garantiza la educación y la formación del tipo de individuo que se entregará a la sociedad, en la medida en que interactúa con el derecho a corregir (Oliveros Aya, 2009, pág. 12).

- ❖ Artículo 17. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente. La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano.
- ❖ Artículo 22. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella.
- ❖ Artículo 23. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia y cuidado personal para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.
- ❖ Artículo 24. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. 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, las niñas y los adolescentes.

Complementando la normatividad colombiana, en el tema, esta el *Código Civil Colombiano* (República de Colombia, 1873), en los siguientes Artículos:

- ❖ Artículo 255. Procedimiento. El juez procederá para todas estas resoluciones breve y sumariamente, oyendo a los parientes.
- ❖ Artículo 256. Visitas. Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes.
- ❖ Artículo 260. Obligaciones de los abuelos. La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos por una y otra línea conjuntamente. El juez reglará la contribución, tomadas en consideración las facultades de los contribuyentes, y podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan.

Evidenciando en éste *Artículo 260* del *Código Civil Colombiano*, que el vínculo familiar es la causa eficiente de la prestación de alimentos, la fuente de obligación legal reside en la solidaridad de la familia, en las estrechas relaciones que deben unir a los miembros del mismo grupo familiar. La comunidad de adicciones y de intereses de toda especie que existe entre los miembros de la misma familia, impone a estos la obligación estricta de suministrar lo necesario para su subsistencia a aquellos que no alcanzan a asegurarla por su trabajo personal (Narváez Osorio, 2013) y entre la garantía de sus derechos, las obligaciones de sus padres, y extensivas a sus ascendientes (abuelos), como lo es la obligación alimentaria.

Teniendo en cuenta esta aproximación al estado actual de la normatividad de la República de Colombia, de preservar a la familia como institución social básica, se ha evidenciado que, el Estado garantiza los derechos y deberes recíprocos de los integrantes de la familia; Y el interés superior del menor, entre ellos, le garantiza sus derechos, lo que implica obligaciones de sus padres, las cuales se pueden hacer extensivas a sus abuelos, como lo es la obligación alimentaria.

Pero, ¿Si a los abuelos se les hace extensiva la obligación alimentaria de sus nietos, no se les debe de hacer extensivo su derecho de creación del vínculo afectivo, como pasa con los padres?, respecto al tratamiento jurídico, del derecho de los abuelos y nietos, a la creación y afianzamiento de su vínculo afectivo, mediante la regulación de visitas, la Corte Constitucional Colombiana, ha sido la única que se ha pronunciado, por medio de las dos sentencias de tutelas, según la relación temática sintetizada a continuación:

Sentencia de Tutela No.– 189 de 2003			
VIA DE HECHO POR REGULACIÓN DE VISITAS - Abuelos maternos no están legitimados para que se decreten a favor de ellos.			
ÓRGANO	CORTE CONSTITUCIONAL		
AÑO DE LA PROVIDENCIA	2003	MAGISTRADO PONENTE:	Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.
DERECHO	DERECHO A TENER UNA FAMILIA - Concepto de familia extendida. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR - Protección.		
DEMANDANTE	Edgar Alfonso Varela Guevara, en representación de su menor hijo, Andrés Varela Alonso.		
PROBLEMA JURÍDICO	Para el padre del menor, el Juzgado Noveno de Familia, en la sentencia de del 24 de julio de 2002, incurrió en una vía de hecho, pues no tuvo en cuenta los conceptos científicos que probaban el daño que las visitas de los abuelos maternos causaban al menor; que el padre es la figura de seguridad del niño, por lo que no puede ser separado de él; y que la decisión paso por encima de sus derechos como padre que tiene a su hijo bajo su cuidado personal y ejerce la patria potestad.		

<p>PRIMERA INSTANCIA</p>	<p>El Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Familia, en sentencia de fecha de 26 de octubre de 2002, negó la tutela pedida A través de apoderado judicial, el actor impugnó esta decisión. Los argumentos son semejantes a los expuestos para presentar la acción de tutela y los demás escritos que dirigió al tribunal. Se pregunta por qué interrumpir el proceso sano de desarrollo del menor para beneficio de unos abuelos, con afán egoísta. Los abuelos maternos no reconocen las necesidades del menor, si así fuera emprenderían una terapia psicológica como fue la recomendación de medicina legal. La sentencia atacada desconoció el concepto científico de la “base segura y pérdida afectiva” y el dictamen de medicina legal. La Juez incurrió en un falso juicio de identidad por la forma como reglamentó las visitas. Señala que en el material probatorio se constata que los abuelos han asumido que éste les pertenece, que es la herencia de su hija, lo que de aceptarse implicaría una errada concepción del derecho a las visitas. Tal como obligar a un padre como Edgar Varela o cualquiera de nosotros a que indistintos parientes puedan retirarle a su hijo por uno o más días de su custodia y cuidado.</p>
<p>SEGUNDA INSTANCIA</p>	<p>En sentencia del 25 de octubre de 2002, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia impugnada. Consideró que la providencia del Juzgado Noveno de Familia de Bogotá frente al asunto de regulación de visitas, en manera alguna traduce actos ilegítimos, subjetivos o antojadizos.</p> <p>Al confirmar la sentencia impugnada, la Corte Suprema de Justicia recordó, además, que la sentencia objeto de esta acción no hace tránsito a cosa juzgada, de suerte que si las condiciones fácticas lo hacen necesario, nada impide que se someta a composición judicial lo relacionado con las visitas.</p>
<p>CONSIDERACIONES DE LA CORTE</p>	<p>Los familiares cercanos del menor, por ejemplo los abuelos, no gozan de iguales derechos y obligaciones que los padres en relación con los hijos en lo concerniente a la regulación de visitas. Que los menores sólo pueden ser sustraídos del hogar en el que convive con sus progenitores o con alguno de ellos, con la autorización de quien lo tiene bajo su cuidado personal y</p>

	<p>ejerce la potestad parental. Que existen disposiciones legales que protegen el derecho a las visitas al menor pero sólo referidas al progenitor que no lo tiene bajo su cuidado personal, es decir, existe falta de legitimidad en los abuelos para reclamar la regulación de visitas a su nieto en un proceso así denominado; y, finalmente, sólo son titulares de la potestad parental los padres, que en caso de fallecer uno de ellos, el otro será el único titular. La sentencia demandada constituyó una vía de hecho al disponer la regulación de las visitas a favor de los abuelos maternos, que no tienen legitimación, con retiro del menor del hogar en el que convive con su padre, aunque sea por algunas horas o por pocos días, sin la autorización de quien es el titular de la potestad parental y tiene al niño bajo su cuidado personal. En el presente caso se incurrió tanto en un defecto sustantivo como en uno procedimental, habrá, entonces, que ordenar que se deje sin efectos la sentencia, proferida por el Juzgado.</p>
RESUELVE	<p>Primero : Revocar la sentencia de fecha veinticinco (25) de octubre de dos mil dos (2002), proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en la acción de tutela presentada por Edgar Alfonso Varela Guevara, en representación de su hijo Andrés Varela Alonso, contra el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá. En consecuencia, se concede la tutela pedida para proteger los derechos fundamentales del menor establecidos en los artículos 14, 16 y 44 de la Constitución, así, como el debido proceso, artículo 29 de la Carta.</p> <p>Segundo : Para el cumplimiento de la acción concedida, se ordena al Juzgado Noveno de Familia de Bogotá, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia, deje sin efectos la sentencia de fecha veinticuatro (24) de julio de dos mil dos (2002), que reguló las visitas de los abuelos maternos a su nieto.</p> <p>Así mismo, este Juzgado, de acuerdo con su competencia, conforme a las circunstancias particulares del caso, atendiendo el interés prevalente del</p>

	<p>niño (art. 44 de la Constitución), la ley sustancial, el procedimiento fijado por la ley y con el derecho y aquiescencia del padre del menor, que tiene el cuidado personal y es el titular de la patria potestad, establezca, con prudente juicio, que se permita el trato del menor con los abuelos maternos, Guillermo Alonso Avila y Zoraida Suárez de Alonso, tal como se expuso en la parte motiva de esta sentencia.</p>		
<p>Sentencia de Tutela No. 353 de 2005</p> <p>VIA DE HECHO - Improcedencia de la tutela por existir otro medio de defensa judicial</p>			
ÓRGANO	CORTE CONSTITUCIONAL		
AÑO DE LA PROVIDENCIA	2005	MAGISTRADO PONENTE:	Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL
DERECHO	Amparen los derechos fundamentales de su hija y su derecho fundamental al debido proceso.		
ACCIONANTE	José Germán Rosas Rosas, en nombre propio y en representación de su hija menor María José Rosas Herrera.		
PROBLEMA JURÍDICO	Se alega la ocurrencia de una vía de hecho en el auto admisorio de la demanda de regulación de visitas proferido por el Juzgado Tercero de Familia de Pasto; vía de hecho que se concreta en el desconocimiento del fallo T-189 de 2003 en el que la Corte Constitucional determinó que únicamente los progenitores gozan de legitimación para reclamar visitas a través de ese procedimiento.		
PRIMERA INSTANCIA	<p>El a-quo le ordenó al juzgado que, de acuerdo con su competencia conforme a las circunstancias particulares del caso, atendiendo el interés prevalente del niño (artículo 44 de la Constitución), la ley sustancial, el procedimiento fijado por la ley y con el derecho y aquiescencia del padre de la menor, que tiene el cuidado personal y es el titular de la patria potestad, establezca, con prudente juicio, que se permita el trato del menor con sus abuelos maternos.</p> <p>La decisión tomada, se apartó de la sentencia T-189 de 2003 pues el caso</p>		

	<p>conocido en aquella ocasión difiere del asunto actualmente controvertido, pues mientras en el primer caso, los abuelos maternos que instauraron la demanda de regulación de visitas no habían establecido ningún tipo de contacto previo con el menor, en el presente asunto los abuelos han colaborado y han brindado una importante protección a su nieta, hasta el momento en que intempestivamente su padre la sustrajo de este medio familia. Por eso concluyó que, <i>no se trata, por lo visto, de una caso de intempestiva explosión de sentimientos maternales o filiales por parte de los demandantes de las visitas sino de la lógica y racional aspiración de continuar dispensando a su nieta el amor y los cuidados a que venían acostumbrados</i>. Por consiguiente, considera que debe prevalecer el bienestar del niño frente a consideraciones eminentemente formales y exegéticas.</p> <p>Por su parte, los abuelos maternos enfatizaron que reclamaron la fijación de las visitas para poder compartir tiempo con su nieta, pues consideran de la mayor importancia que la menor tenga contacto y goce del afecto de su familia extensa. Así mismo, señalaron que la demanda fue legalmente admitida por el juez accionado, garantizando los derechos fundamentales de la menor.</p>
<p>SEGUNDA INSTANCIA</p>	<p>Mediante Sentencia del veintisiete (27) de septiembre de 2004, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo impugnado, señalando que la decisión del juez de primera instancia en sede de tutela se aviene a los intereses superiores del menor al ordenar la adopción de una medida que le permita compartir con sus abuelos maternos, dentro de un marco diferente al proceso de regulación de visitas.</p>
<p>CONSIDERACIONES DE LA CORTE</p>	<p>El actor le imputa al Juzgado Tercero de Familia de Pasto el haber incurrido en una vía de hecho, tanto en el auto admisorio de la demanda de regulación de visitas, como en la providencia que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el primer auto mencionado.</p> <p>La verificación de la legitimación en la causa de los abuelos maternos para solicitar la fijación de un régimen de visitas a través de la demanda</p>

	<p>instaurada es un requisito para poder dictar sentencia de mérito y en sentido favorable para los demandantes.</p> <p>Sin abordar el asunto referente a la legitimación en la causa de los abuelos maternos de la menor María José Rosas Herrera, resulta evidente que el proceso verbal sumario aún se encontraba en trámite para el momento en que el actor solicitó la protección constitucional. En efecto, dos días después de notificado del auto proferido el 22 de julio de 2004 el accionante interpuso la presente acción de tutela alegando la ocurrencia de una vía de hecho, cuando lo cierto es que aún contaba con la oportunidad para contestar la demanda, alegar la existencia de una posible causal de nulidad y alegar de conclusión en el curso de la audiencia dentro del mismo proceso verbal sumario de regulación de visitas.</p> <p>El actor (demandante) no ha agotado todos los medios procesales a su alcance, previa la utilización del mecanismo de amparo constitucional, y en su lugar se declarará la improcedencia de la acción de tutela para obtener la protección invocada.</p>
RESUELVE	<p>PRIMERO.- REVOCAR las decisiones proferidas por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en primera instancia, y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por José Germán Rosas Rosas contra el Juzgado Tercero de Familia de Pasto (Nariño).</p> <p>SEGUNDO.- NEGAR la protección a los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, ORDENAR al Juzgado Tercero de Familia de Pasto que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reanude el trámite del proceso de regulación de visitas que a favor de la menor María José Rosas Herrera promovieron los señores Jorge Arturo Herrera Paz y María Elvira Jojoa de Herrera, radicado bajo la partida 2004-0168, a partir del momento en que fue terminado por orden de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.</p>

Como se pudo evidenciar, no hay un criterio universal para que la Corte Constitucional se pronuncie sobre el tema. En la *Sentencia T-189 de 2003*, los abuelos maternos que instauraron la demanda de regulación de visitas no habían establecido ningún tipo de contacto previo con el menor, por lo tanto, no se les concedió el derecho a crear el vínculo afectivo con éste. Al contrario, en la *Sentencia T-353 de 2005*, los abuelos han colaborado y han brindado una importante protección a su nieta, hasta el momento en que intempestivamente su padre la sustrajo de este medio familia, por eso, pudieron beneficiarse del pronunciamiento positivo de la Corte.

No se trata, por lo visto, de un caso de intempestiva explosión de sentimientos maternos o filiales por parte de los demandantes de las visitas sino de la lógica y racional aspiración de continuar dispensando a su nieta el amor y los cuidados a que venían acostumbrados. Por consiguiente, se considera que debe prevalecer el bienestar del niño frente a consideraciones eminentemente formales y exegéticas (República de Colombia - Corte Constitucional, 2005).

Las precisiones constitucionales, legales y jurisprudenciales anteriores, conducen a concluir que los familiares cercanos del menor, por ejemplo los abuelos, no gozan de iguales derechos y obligaciones que los padres en relación con los hijos en lo concerniente a la regulación de visitas (República de Colombia - Corte Constitucional, 2003). Debido a que se asocia a los derechos parentales que son propios de la patria potestad. Igualmente, la Constitución Política de Colombia, tampoco contempla dentro de los factores de salud mental del adulto mayor, la creación del vínculo afectivo con su familia, entre ellos sus nietos, como un derecho, de satisfacción y de felicidad, ya que solo habla desde el ámbito de necesidades básicas biológicas, y no desde el ámbito de necesidades básicas cognitivas y afectivas.

Por lo anterior expuesto, se evidencia el vacío normativo que hay respecto a la regulación de visitas entre abuelos y nietos, donde la Corte Constitucional se encuentra sin herramientas jurídicas para ser garante del derecho que aboga a los abuelos y abuelas, nietos y nietas de afianzar su vínculo afectivo mediante la regulación de visitas en Colombia.

3. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LOS PAÍSES DE FRANCIA, ESPAÑA, ARGENTINA Y CHILE DEL RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS ABUELOS

Las experiencias de otros países en la legislación frente al tema de la regulación de visitas de los abuelos y abuelas con los nietos y nietas, lleva a reflexionar la probabilidad que el legislador colombiano adopte y estudie la posibilidad de encausar acciones que permitan mitigar algunos asuntos del derecho de familia como respuesta a garantizar el interés superior del niños, mediar frente a los cambios estructurales de la familia y a prolongar la longevidad de la población de la edad dorada y por ende afianzar y crear vínculos afectivos en aras del bienestar de la familia Colombiana.

En este sentido, se hace un acercamiento a la jurisprudencia de otros Estados donde el legislador ha implementado en sus territorios esta normatividad, como se observa en el siguiente cuadro.

DERECHO COMPARADO		
PAIS	LEY	DESCRIPCIÓN
Francia	<i>Ley de 1970</i>	El derecho de los abuelos a tratar con los nietos fue reconocido en 1970 en el <i>artículo 371.4 del Código Civil Frances</i> después de una larga trayectoria jurisprudencial. Dicho precepto, modificado en 1993 en lo referente al órgano encargado de conocer de tales asuntos, consagraba el derecho de los abuelos a mantener relaciones con sus nietos y la posibilidad de atribuir tal derecho a un tercero en casos excepcionales (Pérez & Celada, 2004, pág. 351).
Argentina	<i>Ley 21.040 de 1975</i>	Dentro del ordenamiento jurídico se reconocen el derecho de los abuelos y de los nietos a mantener relaciones personales en la <i>Ley 21.040</i> , sobre visitas de menores e incapaces, de

		1975, que se agrega al <i>Código Civil Argentino</i> en el artículo 376 (Pérez & Celada, 2004, pág. 230).
España	<i>Ley 42 de 2003</i>	El régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos aparece consagrado no sólo en el ámbito del <i>Código Civil Español</i> que modifica los artículos 90, 94, 103, 160 y 161. Paralelamente, en el derecho civil catalán, el <i>artículo 135.2 del Código de Familia</i> de 1998 establece específicamente el derecho de los abuelos a mantener relaciones con los nietos, y la consiguiente obligación del progenitor que los tiene bajo su potestad a facilitar dicha comunicación (Pérez & Celada, 2004, pág. 360). La <i>Ley 42 de 2003</i> , modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.
Chile	<i>Ley 20.680 de 2013</i>	La regulación del derecho de visitas para los abuelos, modificó el <i>Código Civil Chileno</i> donde se establecen formas de atribución del régimen comunicacional, según se trata de fijar el derecho de visitas a favor de los padres (artículo 229 del Código Civil) o de los abuelos (<i>artículo 229-2 del Código Civil</i>) (Molina Lepin, 2015, pág. 472)

Las causas que han motivado los ordenamientos jurídicos de éstos países, tienen un común denominador, el aumento de las situaciones de crisis familiar, y se inspiran en un mismo principio rector, el interés superior del niño que se identifica con la protección de aquellos derechos que el Ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de Derechos fundamentales a las personas.

En Colombia, la legislación reconoce de un modo parcial la relación entre abuelos y nietos, limitándola exclusivamente a los asuntos de manutención del menor, tal como lo dispone el *artículo 260 del Código Civil*. De esta forma, ocurre la paradoja que un abuelo puede estar

obligado a otorgar alimentos a su nieto sin que le asista el derecho a tener una relación directa y regular con ellos para afianzar y crear su vínculo afectivo.

CONCLUSIONES

En la actualidad, las sociedades están experimentando transformaciones en las funciones tradicionales de la familia, que incide en su morfología, en sus roles y en sus relaciones. Los abuelos han dejado de ser, en líneas generales, una figura distante y de respeto casi reverencial, para tener un rol diferente, no solo desde un punto de vista económico, sino también desde un punto de vista asistencial, en la medida en que la ausencia de políticas de apoyo a la maternidad ha generado que se conviertan en cuidadores secundarios de los nietos (Montes Rodríguez, 2014, pág. 581), este cuidado de sus nietos, no solo se basa en el aspecto de subsistencia, si no que convierte a los abuelos, en los mayores proveedores de cariño y apoyo, para con sus nietos. Esta transformación en las relaciones familiares, ha creado relaciones significativas entre abuelos y abuelas, y nietos y nietas.

Las anteriores relaciones significativas, se han visto afectadas por, los constantes conflictos surgidos de las inadecuadas relaciones interpersonales y la poca comunicación, que existe entre las familias de orígenes tanto de línea materna, como paterna, con los progenitores, respecto, a las pautas de crianza y la introyección de las normas hacia los niños, niñas y adolescentes. A sí mismo, se traen a colación los rencores y situaciones sentimentales y emocionales, no resueltas entre abuelos, yernos y nueras y sus mismos hijos, a lo que se suma, la separación, muerte o conflictos entre la pareja (progenitores).

En estas situaciones conflictivas, es donde los abuelos y abuelas, manifiestan y reclaman su derecho a no ser alejados de sus nietos, porque ellos hacen parte de las familias extensas y a sabiendas que proveen las necesidades básicas en algunas ocasiones a sus nietos, aducen que su rol no debe ser solo de proveer económico.

Sin embargo, por lo expuesto en el capítulo segundo, se evidencia el vacío normativo que hay respecto a la garantía por parte del Estado, de hacer que los abuelos y abuelas, nietos y

nietas, creen y afiancen su vínculo afectivo, por medio de la regulación de visitas entre abuelos y nietos, donde la Corte Constitucional se encuentra sin herramientas jurídicas para ser garante de este derecho.

Las precisiones constitucionales, legales y jurisprudenciales, conducen a concluir que los familiares cercanos del menor, por ejemplo los abuelos, no gozan de iguales derechos y obligaciones que los padres en relación con los hijos en lo concerniente a la regulación de visitas (República de Colombia - Corte Constitucional, 2003). Debido a que se asocia a los derechos parentales que son propios de la patria potestad. Igualmente, la Constitución Política de Colombia, tampoco contempla dentro de los factores de salud mental del adulto mayor, la creación del vínculo afectivo con su familia, entre ellos sus nietos, como un derecho, de satisfacción y de felicidad, ya que solo habla desde el ámbito de necesidades básicas biológicas, y no desde el ámbito de necesidades básicas cognitivas y afectivas.

En Colombia, las experiencias de otros países en la legislación frente al tema de la regulación de visitas de los abuelos y abuelas con los nietos y nietas, debe hacer reflexionar al legislador en pro de encausar acciones que permitan mitigar algunos asuntos actuales del derecho de familia como respuesta a garantizar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, mediar frente a los cambios estructurales de la familia y por ende garantizar la creación y afianzamiento de vínculos afectivos que se han visto preponderantes en las nuevas relaciones familiares.

BIBLIOGRAFÍA

- Cicerchía, R. (1999). Alianzas, redes y estrategias. El encanto y la crisis de las formas familiares. *Revista Nómadas*, 46-52.
- DANE. (Julio de 2015). *Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)*. Obtenido de www.dane.gov.co
- Daza Navarrete, G. (1999). Los vínculos de los que la familia es capaz. *Revista Nómadas*, 28-43.
- González de la Rocha, M. (1999). Cambio social y dinámica familiar. *Revista Nómadas*, 54-62.
- Gracia Ibáñez, J. (2012). El derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproximación sociojurídica. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, 105-122.
- Hernández Ana; Prato Adriana; Rivas Roberto; Techera Leticia. (2012). Abuelos y nietos ¿Una relación necesaria? *Revista de Biomedicina. Medicina familiar y comunitaria*, 22-36.
- Molina Lepin, C. (2015). La regulación del derecho de visitas para los abuelos en la legislación chilena. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N. 2. , 465 - 476.
- Montes Rodríguez, M. D. (2014). El derecho de visitas de los abuelos a los nietos. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*; N. 18, julio 2014., 578-589.
- Narváez Osorio, Á. (2013). La realidad de la obligación alimentaria. *Inciso*, Vol 15, 263-274.
- Oliveros Aya, C. (2009). Patria potestad, autoridad parental y derecho a corregir: Bases de la política doméstica. *Inciso*, V11, 9-31.
- Pérez, M. A., & Celada, E. M. (2004). *Protección jurídica de los mayores*. Madrid, España: Editorial La Ley.
- República de Colombia. (1873). Código Civil Colombiano.
- República de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia: Editorial. LEYER.
- República de Colombia . (2006). Ley 1098 del 2006. *Ley de Infancia y Adolescencia*.
- República de Colombia. (2009). Ley 1361 de 2009. *Ley de la Protección Integral a la Familia*.
- República de Colombia - Corte Constitucional. (2003). Sentencia Tutelar 189.

República de Colombia - Corte Constitucional. (2005). Sentencia Tutelar 353.

Rico de Alonso, A. (1999). Formas, cambios y tendencias en la organización familiar en Colombia. *Revista Nómadas*, 110-117.