INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 63 DE 2019

(Diciembre 18)

XXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Respuesta a solicitud de concepto jurídico con radicado No.20191222000014371 2 de fecha 18-11-19

De manera atenta, en relación con él asunto de la referencia, en los términos previstos en el artículo 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015, y el artículo 6o, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la consulta sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

¿En los eventos en los que una abuela paterna tenga la custodia y cuidado personal de su nieto menor de edad, porque los padres biológicos ejercen conductas morales y sociales contrarias a los Intereses del niño y el padre se comporta de manera agresiva y violenta contra él, es posible prescindir del derecho de visitas o que se efectúen visitas reguladas y supervisadas en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, teniendo en cuenta que la madre Insiste en convivir y mantener a su hijo durante las visitas, cerca del padre agresor?

II. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta al problema jurídico se abordará el asunto analizando los siguientes temas: 2.1 Interés Superior de los Niños y Niñas. 2.2 Custodia y Cuidado Personal. 2.3 Derecho de visitas. 2.4 Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos

2.1 Interés Superior de los Niños y Niñas

Cuando nos referimos al interés superior del niño, niña o adolescente, hablamos de la protección integral y el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento Inmediato, que se materializa (...) en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.[1] Se trata de una garantía que se les brinda, a fin de que se adopten las medidas pertinentes que permitan promover y proteger sus derechos.

Podemos entender esta premisa como un derecho, porque busca discernir sobre los diferentes intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta a un menor de edad, pero también debemos aclarar que se trata de un principio de índole Internacional, por cuanto si el ordenamiento jurídico Interno permite más de una interpretación respecto a una norma, se elegirá la interpretación más acorde al Interés superior del niño o niña.

Esto se ve reflejado en el Artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que reza:

Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que torneadas instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales,, las autoridades.administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se, atenderá será el interés superior del niño.

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

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

Esto en armonía con la interpretación que la Corte Constitucional le ha dado a dicho principio, entendiéndolo así: El principio del interés superior del menor es un rector constante y trasversal de la garantía efectiva de los derechos fundamentales de los niños[2].

Por consiguiente, es pertinente Indicar que conforme a ese valor, se debe garantizar: (...) (i) la protección reforzada de los derechos de los niños y la garantía de un ambiente de convivencia armónico e integral tendiente a la evolución del libre desarrollo de su personalidad; (ii) amparo a la niñez frente a riesgos prohibidos, lo que equivale a sostener que se debe evitar su exposición a situaciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física y moral, la explotación económica o laboral y en general el irrespeto de la dignidad humana en todas sus formas; (iii) ponderación y equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus progenitores. Es decir, en caso de conflicto entre los derechos de unos y de otros, la solución ofrecida debe ajustarse a la preservación de tos intereses superiores de la niñez y, (iv) la necesidad de esgrimir razones

poderosas para justificar la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales de tal manera que no se incurra en conductas arbitrarias, desmesuradas e injustificadas. De esta forma, la Constitución resalta la importancia de los nexos familiares, circunstancia concebida igualmente por el Código de la Infancia y de la adolescencia (Ley 1098 de 2006), al afirmar que la familia es el pilar fundamental en el desarrollo de los niños, de las niñas y de los adolescentes.[3]

No sobra agregar que, el principio del interés superior de los NNA es imperativo y de obligatorio cumplimiento para toda actuación administrativa y judicial en la cual se encuentre vinculado o inmerso un menor de edad.

2.2. Custodia y Cuidado Personal

La custodia de un niño, niña o adolescente, es un derecho de éste a que sus padres asuman de forma conjunta o individual, pero de manera permanente, su cuidado personal, lo que se traduce en la ejecución de pautas destinadas a fortalecer la crianza y educación de los hijos sometidos a la patria potestad, destinadas a la formación de personas integrales en los diferentes ámbitos de la sociedad y a la garantía de sus derechos.

Al respecto, el artículo 44 de la Constitución Política menciona lo siguiente.

ARTÍCULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, /a integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y racionalidad, **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. **Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.**

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. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Esto también se ve reflejado en el artículo 23 de la Ley 1098 de 2006, conforme al cual:

ARTÍCULO 23, CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. **La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.** (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Esto quiere decir que la familia extensa de un menor de edad, en pro de su desarrollo y protección, puede asumir de manera formal su cuidado personal, cuando los padres no sean considerados idóneos y/o capaces, por una autoridad administrativa o judicial, para ostentar la custodia de su hijo.

Así también, traemos a colación, el análisis que la Corte Constitucional ha hecho sobre el tema:

(...)4.6.2. Por otra parte, en control concreto de constitucionalidad, en la sentencia T-442 de 1994, la Sala Segunda de Revisión analizó una acción de tutela que fue formulada por el abuelo materno de un menor contra un juzgado de familia que concedió la custodia del niño a los padres, quienes jamás habían asumido la progenitura responsable y generaban desbalance emocional en el hijo, según reportaban las pruebas recaudadas. En esa oportunidad, la Corte señaló que el interés superior de los niños y la opinión de éstos deben ser tenidos en cuenta en: los eventos en que se presenten disputas entre quienes pretenden su custodia y cuidados personales.

Así, enunció algunas reglas indicativas aplicables a los casos en que sea necesario definir conflictos entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y de los familiares que discuten y controvierten jurídicamente su custodia y cuidado personal, las cuales se resumen de la siguiente forma: (i) para otorgar la custodia y el cuidado del menor no se puede operar de manera automática y mecánica, sino que se debe valorar objetivamente la respectiva situación para confiar ese deber a quienes estén en condiciones de proporcionar las seguridades de bienestar y desarrollo integral del niño, niña y adolescente; (ii) en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones favorables en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado; (iii) la opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión. El niño, niña y adolescente no puede ser coaccionado a vivir en un/medio familiar que le es inconveniente; y, (iv) las aspiraciones y pretensiones de quienes abogan por la custodia del menor, deben ceder ante el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella.[4]

Relacionado con lo anterior, se debe estar al tanto de lo dispuesto por el legislador en el artículo 1 de la Ley 1098 de 2006 (Código de infancia y Adolescencia), puesto que dicha norma tuvo como finalidad garantizara los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad; amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, pin discriminación alguna y en consecuencia, allí mismo, en el artículo 10, estableció que Para los efectos de este código, **se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores/y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, ¡as niñas y ¡os adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.** (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Finalmente, aclaramos que la custodia de un niño, niña o adolescente es susceptible de regularse por medio de conciliación extrajudicial o dentro de un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, ante un tercero imparcial distinto de las partes en controversia (Defensor o Comisarlo de Familia), quien dirige el proceso, genera un espacio de diálogo, orienta a los Interesados y propone fórmulas de arreglo para la solución del conflicto que dio lugar a la cita, de acuerdo con los términos dispuestos por la Ley 640 de 2001; sin embargo, también es posible que el Defensor o Comisario de Familia entregue en custodia y de manera provisional, a un menor de edad al padre o familiares más próximos, cuando no existe conciliación entre las partes, momento en el cual la parte Interesada podrá acudir ante el Juez de Familia para que dirima la controversia que recae sobre la custodia del Infante.

2.3. Derecho de visitas

El derecho de visitas se refiere a aquella figura que busca fortalecer el vínculo con los padres que no ostentan la custodia de su hijo, afianzando el lazo familiar por medio del cariño, la protección y la unión, que se consigue compartiendo tiempo de calidad con los hijos no emancipados. De esta manera también se busca garantizar el ejercicio de la patria potestad de los padres que no gozan de la asignación de la custodia y el cuidado directo de sus hijos.

Debemos entender entonces, que la reglamentación de visitas es un derecho de los niños, las niñas y los adolescentes, absolutamente exigible frente al padre que las impide o frente aquel que simplemente no las ejerce.

De ahí que, las autoridades administrativas o judiciales están facultadas para reglamentar y regular las visitas a favor de los niños, niñas y adolescentes, si su bienestar presenta una amenaza o una alteración de sus derechos durante la ejecución de las mismas.

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado así:

El artículo 254 del mismo Código,(Código Civil) establece que si por decisión judicial se sacare a los progenitores del cuidado personal a los hijos, por este hecho no perderán el derecho a visitarlos, con la frecuencia y libertad que el juez considere conveniente. Además, establece la ley que el cuidado personal del menor implica la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente (art. 263.dei Código Civil).

3.6 Sobre el proceso de regulación de visitas por el progenitor que no convive con el menor, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que consiste "en el poder jurídico que les permite a los padres carentes de la tenencia de sus hijos, de establecer una relación personal con ellos en condiciones tales, que posibiliten el reconocimiento personal y filial. La reafirmación de este reconocimiento y de las relaciones afectivas entre padres e hijos lleva implícita la necesidad de demarcar las circunstancias de modo, tiempo y tugar para su ejercicio, de manera que se cumpla adecuadamente con su finalidad, que no es otra que mantener la unidad familiar consagrada por la Constitución Política como un derecho fundamental de los niños y como tal no tiene carácter individual, sino multilateral, puesto que involucra a los menores, a los padres y a la familia como institución básica de la sociedad."(Expediente 1161, 13 de abril de 1994, M.P., doctor Pedro Lafont Planetta)

Significa lo anterior que para el legislador, el titular para reclamar la regulación de ¡as visitas a los menores, es el progenitor que no convive con su hijo; que revisten tal importancia estas visitas que inclusive en el evento de que el juez decidiere sacar al padre o a la madre del cuidado personal de sus hijos, este padre no pierde el derecho a visitarlos; y, que si hubiere oposición, el juez podrá regularlo procedente, Inclusive por encima de la voluntad del otro progenitor.[5]

A la luz de las nuevas tendencias del derecho de familia, las visitas no constituyen hoy una facultad de los padres o progenitores, sino un derecho de los niños, niñas y adolescentes para permanecer, comunicarse y compartir con sus padres. Esta nueva visión implica no solamente la posibilidad de su exigencia y fijación por parte del padre que ha sido injusta y arbitrariamente privado de ellas, sino la obligatoriedad de su cumplimiento en aquellos casos en que pese a estar reguladas, no se ejercen por causas imputables al propio padre o a quien le han sido fijadas.

Quiere decir lo anterior, que la reglamentación de visitas es un derecho del niño, niña o adolescente absolutamente exigible frente al padre que las impide, o a aquel que simplemente no las ejerce, posición que es respaldada por disposiciones constitucionales que consagran el interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos.)

Ahora bien, el ejercicio y la reglamentación de las visitas solo se requieren cuando los padres se encuentran viviendo separados ya sea por un divorcio, separación de cuerpos o simplemente por no haber convivido jamás y es un concepto inescindible de la noción de custodia y cuidado personal, pues operan como figuras principal y accesoria ya que, si los dos viven con el hijo, por sustracción de materia desaparece el concepto de visitas.

2.4. Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos

El artículo 50 de la Ley 1098 de 2006 define el restablecimiento de derechos de niños, niñas o adolescentes como la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados. Este proceso busca la restauración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el cual se adelanta ante una autoridad administrativa (Defensor de Familia, Comisario de Familia o lnspector de Policía, salvo el evento de pérdida de competencia, donde el proceso lo conocerá un Juez de Familia), en compañía de su equipo interdisciplinario y está definido por el factor de competencia territorial[6], con una mezcla de principios del derecho administrativo, civil y procesal, pero que se rige bajo los preceptos de norma de creación (Código de Infancia y Adolescencia), que por medio de actos administrativos hace ver la voluntad de la administración, con miras al pleno y efectivo ejercicio de interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, lo cual hace de este asunto un proceso de naturaleza especialísima que permite determinar el derecho que predomina cuando se suscita una controversia alrededor de un menor de edad.

La protección integral de los derechos de los NNA es un deber fundamental del Estado, además de una responsabilidad de la familia y la sociedad conforme al interés superior de los menores de edad, en virtud de la prevalencia de sus derechos y debido a que se requiere que todas las actuaciones que desplieguen las Autoridades Administrativas, estén enmarcadas en

el respeto por los derechos humanos, respondiendo así a un criterio interdisciplinario y coherente en los diferentes pasos de la actuación, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ha diseñado un lineamiento que está orientado a la materialización del principio de la protección integral de la infancia y la adolescencia.

Resultado de todo lo anterior, el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos es la herramienta legal por excelencia, en virtud de la cual las autoridades administrativas y/o judiciales pueden adelantar todas las gestiones que sea necesarias para la prevención, protección y el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, incluyendo así no sólo aquellas situaciones que puedan atentar contra la integridad física, moral, psicológica, social, económica y, en suma, cualquier aspecto del desarrollo integral de los menores de edad, sino también las que pudieran llegar a atentar con su derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella.

Pues bien, al respecto, la Honorable Corte Constitucional ha referido:

Esta Sala Insiste en la posición que de tiempo. atrás ha sostenido esta Corte en el sentido de que los vínculos familiares y con ellos el cariño y el amor, son el componente primigenio indispensable que garantiza el desarrollo armónico e integral de los niños y niñas, así como la evolución del libre desarrollo de su personalidad y en general, incide directamente en el ejercicio pleno de sus derechos. Sin embargo, cuando por una u otra circunstancia, la cohesión entre los miembros de la familia no puede mantenerse, el impacto sobre los derechos fundamentales de los niños y niñas debe mitigarse de tal manera que se evite su restricción o anulación y sea restablecida la eficacia de los mismos.

Igualmente dispuso:

En este orden, las Defensorías o las, Comisarías de Familia, según lo dispuesto en los artículos 82 y 83 de la Ley 1098 de 2006, de acuerdo con la situación concreta, tienen competencia para proferir cualquiera de las medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes reguladas en el artículo 53 de la mencionada normativa, pero las mismas, a más de ser adecuadas, deben ponerse en conocimiento oportunamente de quienes están llamados a cumplirlas[7].

Por último, el proceso administrativo de restablecimiento de derechos establecido en la Ley 1098 de 2006, se encuentra compuesto de etapas procesales bajo la dirección de la autoridad administrativa, quien tiene unos claros deberes y poderes de instrucción y decisión, los cuales se ejercen bajo los anteriores principios, especialmente el debido proceso de las partes involucradas, que pueden participar activamente en todas las etapas, solicitar pruebas, controvertirlas e Interponer los recursos que la Ley ha determinado contra las decisiones adoptadas.

Como puede verse, el PARD, es un auténtico proceso garantista y respetuoso tanto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como de las demás partes, padres, familiares e intervinientes, y el Defensor de Familia es la autoridad competente llamada a materializar dichas garantías y de promover la lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en este.

III. CONCLUSIÓN Y RESPUESTA A SU CONSULTA

Teniendo en cuenta las consideraciones analizadas, podemos concluir:

La reglamentación de visitas es principalmente un derecho de los niños, las niñas y los adolescentes y pese a que la ley no establece restricciones para el cumplimiento de dicho derecho, es la autoridad competente quien de acuerdo al caso específico y a la aplicación de la normatividad aquí señalada, deberá determinar lo mejor para el niño, entendiéndose la limitación, suspensión o supervisión de las visitas cuando los padres que no ostentan la custodia y cuidado personal, vulneran o amenazan los derechos de estos.

Atentamente,

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Articulo 7, Ley 1098 de 2006.

2. Corte Constitucional, Sentencia T-287 de 2018, Expediente T- 6.669.089, M.P. Cristina Pardo Schleslnger

3. Sentencia T 012 de 2012, expediente T-3.180.007, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

4. Corte Constitucional, Sentencia T-384 de 2018, Expediente T- 6.517.757, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

5. Corte Suprema de Justicia, STC5420-2017, Radicación No. 73001-22-13-000-2017-00069-01, M.P. Alvaro Fernando García Restrepo.

6. Ley 1098 de 2006, Artículo 97. Competencia territorial. Será competente la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente; pero cuando se encuentre fuera del país, será competente la autoridad del lugar en donde haya tenido su última residencia dentro del territorio nacional.

7. Corte Constitucional, Sentencia T-012 de 2012, Expediente T-3.180.007, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.