MDP0006
2016
ej.1

1323753

El trámite de Regulación de Visitas de Familia que no son progenitores.

Rubén Darío Romero De los reyes

Universidad Simón Bolívar

Maestría en Derecho Procesal

Barranquilla

2016

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
SISTEMA DE BIBLIOTECA

El trámite del proceso de regulación de visitas de familiares que no son progenitores.

Rubén Darío Romero De los reyes**

Universidad Simón Bolívar

** Abogado graduado en la universidad del Atlántico, candidato a magister en derecho procesal Universidad Simón Bolívar de Barranquilla. Posgrados en derecho comercial (Universidad Autónoma de Bucaramanga) y en Procesal (Universidad del Atlántico y Autónoma de Bucaramanga), servidor de la rama judicial por más de 25 años, actualmente Juez Promiscuo municipal. braycin@hotmail.com

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
SISTEMA DE BIBLIOTECA

Resumen.

El presente artículo de reflexión pretende resaltar cuán importante resulta en Colombia un régimen de visitas o de comunicación de los abuelos y otros parientes, frente a sus nietos, sin necesidad de acudir a un procedimiento diferente al que señala la misma ley, y que en nada se diferencia a la acción de regulación de visitas presentada por el padre que no ostenta la custodia de su(s) hijo(s); analizando para ello criterios como el parentesco, el tramite procedimental y el interés superior del niño.

Lo anterior, a partir de que en nuestro país, conforme lo plantea el art. 256 del Código Civil, el derecho de visitas de los niños, niñas y adolescentes por su naturaleza y finalidad, es un derecho familiar del que sus titulares conjuntos son en principio los padres así como los hijos y cuyo ejercicio debe estar encaminado a cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares.

Abstract

The present article of reflection pretends to highlight the importance of the results in Colombia a diet of visits or of communication of the grandparents and other relatives, in front of his grandchildren, without need to attend to a different procedure to the that signals the same law, and that in at all differentiates to the action of regulation of visits presented by the father that does not have the custody of his(s) son(s); analyzing for this criteria like the kinship, the transact procedural and the interest upper of the boy.

Attending for this that in our country, satisfied poses it the art. 256 of the civil code and the right of visits of the boys, girls and teenage by his nature and purpose, is a familiar right where his conjoint headlines are in principles the parents as well as the children and whose exercise has to be directed to cultivate the affection, the unit and solidity of the familiar relations.

Palabras claves:

Familia, parentesco, interés superior, trámite procesal, abuelos, otros parientes.

Key Word

Family, kinship, higher interest, procedural transaction, grandparents. Other relatives

I. INTRODUCCION

Es preciso iniciar indicando que a través de la historia no ha sido fácil dar una certera interpretación y estudio a los textos, más aun, tratándose de normas jurídicas, donde consideramos se observa que cada individuo puede considerar tener una visión diferente frente a los demás en relación a una norma específica.

El numeral 14 del art. 21 del C.G.P., en este caso no es la excepción, puesto que si bien es cierto enmarca un sinnúmero de acciones judiciales, no es menos cierto, que las mismas no tienen el efecto esperado por los usuarios de la justicia, tal como ha acontecido en los casos de los abuelos y otros parientes que acuden ante la jurisdicción de familia a efectos que se regulen visitas o comunicación frente a sus nietos.

El detalle se encuentra en lo considerado y resuelto por la honorable corte constitucional en sentencia T-189 de 2.003, donde manifestó que el otorgar un régimen de visitas a favor de abuelos genera en principio una falta de legitimación de estos para iniciar este tipo de procesos, ya que los titulares de tal acción son los padres del menor, por tanto se genera con ello un defecto sustantivo, como uno procedimental, constituyéndose entonces en una vía de hecho.

Considera esta alta corporación que los abuelos pueden acudir a lo regulado el literal j, del artículo 5 del decreto 2272 de 1.989, donde se le otorga competencia a los jueces de familia para conocer de "los demás asuntos de familia que por disposición legal deba resolver el juez con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o con prudente juicio o a manera de arbitro" lo que se haría a través de un procedimiento verbal sumario.

Consideramos prudente, y se hace necesario llegar a establecer cuál es el procedimiento que se aplica al proceso de regulación de visitas cuando es solicitado por uno de los progenitores y el trámite que se le daría al proceso presentado por un abuelo u otros parientes, conforme a las normas que aplican en el C. de P.C., y C.G.P.

Por ello, el problema de investigación podrá plantearse de la siguiente forma:

Constituye una vía de hecho, el trámite procedimental que otorga visitas y comunicación a los abuelos y otros parientes conforme al literal j, del art. 5 del decreto 2272 de 1.989 y numeral 14 del art. 21 del C.G.P.?

De igual manera para llegar a la respuesta de nuestro interrogante, se hace necesario establecer si sustancial y procedimentalmente el trámite judicial que otorga visitas a los abuelos y otros parientes conforme a lo dispuesto en el literal j, del art. 5 del decreto 2272 de 1.989 y numeral 14 del art. 21 del C.G.P., generan una vía de hecho.

Para ello se debe tener en cuentas que el establecer visitas a los abuelos y otros parientes no es un derecho exclusivo de estos y los progenitores, sino, un beneficio propio del menor.

Así mismo evaluar que el juez de familia tiene las herramientas sustanciales y procedimentales para argumentar y apartarse del precedente judicial.

Dado que el resultado de este ensayo se encamina al derecho de visitas o comunicación a favor de los abuelos y otros parientes, es necesario plantear criterios conceptuales donde se apoye el derecho de visita en este sentido.

Para empezar, debemos entender el concepto de parentesco, tal como lo ha definido Pérez (2000, pág. 32) en Derecho de los padres y los nietos, sostuvo que las líneas de parentesco son rectas entre ascendientes y descendientes (padres-hijos,

abuelos-nietos, etcétera) y transversal entre personas que no descienden una de otras pero que proceden de un progenitor o tronco común (hermanos, primos, tíos, sobrinos etcétera).

Es decir, que el parentesco cobra gran importancia en el tema expuesto, atendiendo que toca a la familia en sí, dado que lleva al individuo a conocer sus raíces y sus parientes más próximos, analizando para ello el orden, dado su cercanía con los demás.

Cabe resaltar que entre mayor proximidad haya en el parentesco, mayor van a ser las obligaciones y derechos, tal como lo señala nuestro estatuto sustancial civil.

Ahora bien, en lo que hace a las dificultades que han tenido los abuelos para obtener las visitas de sus nietos, debemos de señalar que no ha sido nuestro país el único donde se han dado este tipo de controversias.

Santana Páez, en su artículo "El interés del menor, relaciones con abuelos, parientes y allegados" dejó ver que la situación en España no fue inicialmente diferentes a lo que ha acontecido en nuestro país, con la salvedad que ya para el octubre de 1.935 el tribunal supremo de ese país reconocía el derecho que los abuelos tienen de relacionarse personalmente con sus nietos. Con todo este precedente arguye esta jurista, que son muchos los procesos que se presentan por parte de los abuelos, solicitando este tipo de pretensiones.

Como se verá en el desarrollo de este articulo y considerando que no es novedoso las relaciones que se dan entre miembros de una familia, se observa que en el fondo del asunto, lo que se refleja es sentimientos de afectos, que lastimosamente deben ser

motivos de regulación judicial para que estos se concreten, vulnerando con esta usual practica por parte de los progenitores el derecho real que le asiste al menor.

En tal sentido (Pérez 2004, pag3833) fue enfática al señalar, que este derecho de visita no es solo exclusivo siquiera de los abuelos, sino también en beneficio de los nietos.

Estos derechos que buscan sean reconocidos a favor de los abuelos frente a sus nietos, tienen su génesis en las situaciones variantes que ha tenido la misma familia, atendiendo que para nadie es un secreto, que muchos niños y niñas y hasta adolescentes quedan bajo el cuidado de los abuelos y cuando hay un tipo de rompimiento de esta familia, se presentan obstáculos de visitas y de comunicación frente niño o niña, según el caso.

Gracia (2012, pág., 108) anota sobre el tema, que hoy día son predominantes las familias nucleares (aquellas reagrupadas por determinadas circunstancias) y dado este tipo de contactos frecuentes genera un tipo de favorecimiento de las relaciones con los progenitores, de los nietos y los hijos de los abuelos.

En Colombia se encuentra establecido en el literal j, articulo 5 del decreto 2272 de 1989 que los jueces de familia tienen competencia para adelantar procesos que tengan que ver con la familia y que no estén debidamente determinados en el estatuto procesal civil.

Tal es el caso que cobra vida en este artículo, en razón a que las solicitudes de visitas y comunicación de los abuelos y otros parientes hacia sus nietos no se encuentran descritas como tal en el Código de Procedimiento Civil, mucho menos en el Código

General del Proceso y porque no decirlo, totalmente marginado en el código de la Infancia y adolescencia.

Pero consideramos que existe una gran relación entre lo reglado por el artículo 256 del Código Civil. y el articulo 260 Ibídem, pero a vez creemos que no es coincidencia del legislador, puesto que entre estas dos normas sustanciales solo la separan tres artículos. Aclaramos; el artículo 256 habla que el padre o madre que no obstante la custodia de su hijo, tiene derecho de visitas. A su vez el artículo 260, señala que la obligación alimentaria que tiene el abuelo de alimentar a su nieto, cuando los padres carezcan de la capacidad económica para hacerlo.

Si bien es cierto, ninguna de las dos normas dice nada respecto al derecho de visitas de los abuelos y otros parientes, no es menos cierto que implícitamente este derecho se encuentra consagrado en el art. 260 del Código Civil.

Méndez (2014, pág... 19) indica que las regulación de las relaciones entre abuelos y nietos, ex artículos 160 y 161 del Código Civil Español responden al aforismo de que "el derecho es lo que aplican los jueces", por tanto, que si la norma civil señala que en caso de oposición, es el juez, quien deberá resolver, expresamente está señalando que sobre la materia hay cantidades de ordenamientos jurídicos que gozan de una amplia discrecionalidad judicial a la hora de tomar la decisión.

En el discurrir sobre los derechos que tienen los abuelos y otros parientes para solicitar se le autoricen visitas frente a sus nietos, queda evidenciado que el operador judicial no se obliga a interpretar la solicitud presentada por el accionante, en razón a que es este quien tiene, o debe tener un amplio conocimiento en la jurisdicción donde se desempeña y no darle esta atribución al solicitante de tal derecho.

Frente a esta circunstancia el Dr. Mantilla (2009, pág. 549) ha indicado que si bien el juez no deduce lo que dicen las normas, las definiciones en juego y los hechos del proceso, la sentencia que se dicte será infundada y arbitraria y este carácter arbitrario en Colombia se denomina error de hecho.

Pareciera ser que este reconocimiento de un derecho a favor de los abuelos-nietos y otros parientes fuera un hecho sencillo de resolver en la vida cotidiana, pero lastimosamente en la práctica se puede catalogar como un caso difícil, tal como lo apunta Dworkin, y donde se requería a un tipo de juez a quien denominó hércules y quien era capaz de solucionar los casos de esta índole.

Dworkin consideró que las normas tenían dos formas: ya que pueden ser reglas y principios y el razonamiento de una era totalmente diferente al otro, por tanto, llegó a sugerir la teoría del balanceo a efectos de establecer cuál de estos principios o derechos tenían menor o mayor importancia.

Aducía que los jueces ante caso difíciles debían recurrir a los principios y decidirse por el que más peso tuviera.

Hemos anotados varias veces, que este tipo de derecho que se busca se reconozcan, el director del despacho tiene la obligación de ahondar no solo la parte legal, sino también, el contenido afectivo que va sobre cargado de sentimientos por parte del solicitante en beneficio de su nieto.

A nivel global traemos ejemplos de países que han tomado la delantera sobre este tipo de reconocimiento, a sabiendas que también transitaron por dificultades para lograr este fin, es el caso de Francia, quien a partir del año 1970 hace tal reconocimiento a favor de los abuelos, argentina por su parte desde el año 1975 hizo lo propio, España

desde el año 1935 el Tribunal Supremo reconoció el derecho de los abuelos y nietos para que se relacionaran personalmente, Cataluña, mediante su código de familia, ley 9 de 1.998 ordena a los padres, facilitar las relaciones con los abuelos, y de existir controversias, estas serán resueltas por la autoridad judicial, Italia, un caso especial, parecido al de Colombia, no tiene en su código civil referencias sobre este tipo de visitas, pero el tribunal de casación en sentencia de septiembre 25 de 1998 acogiendo lo dispuesto en su art. 29 constitucional resolvió reconocer el derecho de visitas a favor de los abuelos, tutelando el vínculo afectivo y de sangre que une a los abuelos con sus nietos en el ámbito del interés del menor. Venezuela mediante la ley orgánica para la protección del niño y del adolescente gaceta oficial No 5859 de 10 de diciembre de 2007 el régimen de visitas se extendió a otras personas diferentes a los progenitores y puerto rico quien mediante la ley 182 de 1.997 reconoció legitimación jurídica a los abuelos para solicitar visitas a favor de sus nieto. En Colombia existe el proyecto de ley 037 de 2013 de la cámara de representantes - Comisión Primera Constitucional Permanente donde en su art. 4° se aborda el tema y reforma el art. 256 del C.C., dicho proyecto aún se encuentra en estudio.

Partiendo de la base fundamental de toda sociedad, como lo es la familia, hay que tener en cuenta que el concepto de esta institución ha ido variando con el devenir de los años, no puede hablarse de la familia del siglo XX en los mismos términos que la familia del siglo XXI, por ello haremos una aproximación presente sobre ella, la cual es definida en la doctrina jurídica moderna como el "conjunto de personas unidas por un lazo de filiación, adopción, matrimonio, concubinato u otra que tenga por objeto la realización de una comunidad de vida, o bien actos de solidaridad y que pueden o no

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
SISTEMA DE BIBLIOTECA

habitar en el mismo lugar" (Carbonell, 2012, pág. 64). Existen situaciones legales que truncan las aspiraciones de alguno de sus actores, llegando a considerarse como un contrasentido, por ello este tema tratará al máximo de establecer cuáles son algunos de los problemas que a diario suelen presentarse.

Atendiendo que por diferentes situaciones de la vida son muchos los casos que se presentan respecto de la prole, es así, que desde el punto de vista judicial pueden emprenderse las diferentes acciones tendientes a lograr que se reconozca sus derechos, el cual puede ser de alimentos, custodia, visitas, suspensión, privación y hasta la perdida de la patria potestad.

Hasta aquí no existiría inconveniente alguno entre los progenitores, puesto que la carga de la prueba será, quien en última determine la realidad de los hechos, accediéndole a las pretensiones solo y únicamente al que tenga el derecho.

En el derecho de familia desafortunadamente es donde se genera los más altos índices de situaciones irregulares frente al sujeto pasivo de los mismo, es decir a los niños, niñas y adolescentes, basta señalar que ya hoy día no solo son los padres de estos los que entablan las respectivas demandas, sino que entran en la problemática familiar también los abuelos, tíos y otros parientes.

Es sano aclarar que si bien es cierto existe jurisprudencia sobre el caso a tratar, no es menos cierto que lo que se busca es generar un análisis sobre el bienestar integral del menor, dejando a un lado los odios, rencores y hasta celos que brotan de lo más profundo de su ser "el, la (los) representantes legales de los niños, niñas y adolescentes."

Para efectos de este artículo se parte de la situación que se genera cuando los abuelos u otros familiares desean acceder a visitas al niño, niña o adolescente que se halla bajo la custodia de uno de los padres, el cual no acede a tal pretensión. Se parte, para tal efecto, de la inconsistencia jurídica que se observa cuando la ley impone deberes a esos familiares, en casos en los que el menor requiere protección, al tiempo que omite la asignación de derechos, en lo que es un evidente desequilibrio en la impartición de justicia y equidad para con los requirentes.

Esta situación, como se verá en el cuerpo del artículo, ha sido abordada en muchas otras legislaciones, optándose por generar espacios jurídicos que permitan que el menor pueda acceder a un contacto regulado con esos familiares, distintos a sus progenitores, dándose casos en los que el legislador consideró que, más que un derecho de esos familiares, es un derecho del niño a entrar en contacto afectivo con los mismos.

Se trata de un artículo de tipo reflexivo sobre un tema de mucho interés para el Derecho de Familia, como lo son las visitas de los abuelos y otros parientes, partiendo de un enfoque analítico - critico, basado en el contenido de la sentencia constitucional T-189 de 2013 y de las normas sustanciales del Código Civil, derivadas de artículos 256 y 260 de dicho estatuto.

En consideración a que la evolución de la aplicación del principio del interés superior del niño, niña y adolescente se estaría vulnerando por inaplicación inapropiada de la norma procesal civil.

Para ello se parte de la posición adoptada por la honorable corte constitucional en sentencia de tutela T- 189 de 2.003, donde de manera tajante indicó que la sentencia demandada constituyó una vía de hecho al disponer la regulación de las visitas de los

abuelos maternos, que no tienen legitimación, con lo cual se incurrió en un defecto sustantivo y procedimental.

Y dos, llevar una claridad jurídica con la finalidad de concientizar a la comunidad judicial en general, en el sentido que no existe violación alguna por vía de hecho al conceder la comunicación entre abuelos y nietos, incluyendo otros parientes, a través del proceso de regulación de visitas.

II. LA FAMILIA, AMBIENTE DE UNIDAD.

Conforme a nuestra legislación Colombiana la familia tiene su origen o génesis de la manifiesta voluntad de un hombre y una mujer de convivir de manera estable y con la seria intención de procrear. C.P. 1991; art. 42). En la declaración universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16 ha establecido el concepto de familia (Declaración Derechos Humanos art. 16.1).

De siempre ha existido la familia, caracterizándose en todos los grupos sociales y etapas de la civilización, donde se expresan sentimientos humanos tales como el amor, ternura, cuidados y los de compartir, donde se enseña a temprana edad valores, derechos y obligaciones, los que serán transmitido en generaciones, por tanto es la familia el pilar fundamental que prepara a todo individuo para enfrentarse a la sociedad.

Conforme a las disposiciones legales en Colombia y algunos criterios jurisprudenciales de la honorable corte constitucional (C.P. art. 42), se nota que se hace a un lado a la familia parental, desconociendo que esta es de gran importancia para el desarrollo integral de los miembros que la componen.

De eso se trata, más exactamente que el tema que se desarrollase mire con la finalidad de hallar un punto de equilibrio, donde no se discriminen aquellos parientes que descienden de un tronco común.

Concretamente, el tema está enmarcado respecto de las visitas solicitadas a favor de los abuelos y tíos, que no son autorizadas en consideración a que el derecho de visitas es entre padres y no para los abuelos ni tíos, lo anterior actuando de conformidad a una de las tantas jurisprudencia de la Corte Constitucional que sobre el tema ha señalado: "...3.8. *Las anteriores 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. Que los menores solo pueden ser sustraído del hogar en el que conviven con sus progenitores o con alguno de ellos, con la autorización de quien lo tiene bajo su cuidado personal y ejerce la potestad parental. Que existen disposiciones legales que protegen el derecho a las visitas al menor, pero solo 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, solo son titulares de la potestad parental los padres, que en caso de fallecer uno de ellos, el otro será el único titular." (Corte Constitucional, 2003)*

Es decir, que no basta con señalar o indicar que los abuelos y demás parientes de los menores no tienen capacidad para ejercitar acción de regulación de visitas o, dicho en otras palabras, circunscribió la legitimación activa para iniciar tal procedimiento solamente a los padres, por expresa disposición de nuestro estatuto

sustancial civil en su artículo 256 el cual reza; "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 conveniente."

Tales apreciaciones hoy día deben ser materia de reevaluación, por cuanto se echa de menos disposiciones legales también de orden sustancial tal como la consagrada en el art. 35 del Código Civil, que hace alusión al parentesco de consanguinidad y que señala; "Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de sangre.

Llama poderosamente la atención el concepto de parentesco, el cual se entiende como el vínculo o conexión que existe entre personas que forman una familia, que para la ley puede ser de consanguinidad, si están unidos por la sangre (art. 35 ibídem), de afinidad, o sea el vínculo existente entre una de las personas que se ha conocido carnalmente y los consanguíneos de la otra persona (arts. 47 y 48 ibídem).

Cabe señalar que, bajo esta óptica, el estatuto sustancial civil al observar que existen parientes más cercanos o allegados que otros, estableció las líneas u órdenes de las personas que descienden de un tronco común, tal como lo dispone el artículo 41 del Código Civil.

Resulta de gran importancia lo señalado en el art. 44 del Código Civil, que indica; "Línea colateral u oblicua: Línea colateral transversal u oblicua, es la que forman las personas que aunque no procedan las unas de las otras, si descienden de un tronco común, por ejemplo: hermano y hermana, hijos del mismo padre o madre; sobrino y tío, que proceden del mismo tronco, el abuelo." Frente al parentesco, la investigadora

mexicana Pérez Contreras afirmó: "Las líneas de parentesco son rectas entre ascendientes y descendientes (padres-hijos, abuelos-nietos, etcétera) y transversal entre personas que no descienden unas de otras pero que proceden de un progenitor o tronco común (hermanos, primos, tíos, sobrinos, etcétera). Cada generación forma un grado y el conjunto de grados forma lo que se conoce como líneas de parentesco; por ejemplo, en los grados en las líneas rectas ascendente y descendente, el bisabuelo es el tronco común, los abuelos son la primera generación, los padres son la segunda generación, los nietos son la tercera generación; esto es, entre el hijo (descendiente) y el bisabuelo (ascendiente) existen tres grados de diferencia, entre el hijo y el abuelo dos grados; y entre el hijo y el padre un grado de diferencia generacional." (Perez Contreras, 2000, pág. 32).

Aunado a lo anterior, se encuentra que no debe desconocerse lo normado en el artículo 61 del código sustancial civil, que de manera ordenada señala los parientes de una persona y que deben ser oídos; lo anterior con fundamento en el cumplimiento de la obligación de solidaridad que debe existir entre las personas que tienen algún tipo de parentesco, resaltando el numeral 5° que hace referencia a los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los numerales 1, 2, 3 y 4.

Ahora bien, saliendo un momento de lo expuesto sobre el parentesco, es sumamente importante para el tema en desarrollo tener claro lo que señala el título XII, de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos, contenido en el art. 260 del C.C., el cual dispone: "*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. (Lo subrayado es nuestro).*

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:"

Resaltamos el artículo 260 del Código Civil, porque como se verá más adelante, va a tener gran relevancia frente a la obligación que el legislador le da al abuelo frente a su nieto, más no el derecho que tiene el abuelo sobre éste. Cabe la pregunta, ¿Si la obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, que señala el art. 260 del Código Civil, pasa por la insuficiencia económica de los padres a los abuelos, cómo es posible que otros derechos y obligaciones que sí tienen los padres respecto a sus hijos, no puedan pasar también a sus abuelos.? Es decir, se puede predicar un tipo de adagio respecto a los abuelos, "tienen obligaciones, pero no derechos" dando fuerza a argumentar sobre la teoría de los derechos subjetivos de los espejos cóncavo-convexo, en razón a que toda obligación deberá corresponderle un derecho, y conforme a esta teoría la visión tiene una óptica totalmente diferente a la señalada en la norma.

Si se observa detenidamente con una óptica meramente constructiva, se puede llegar a pensar ¿dónde quedan los derechos fundamentales de los abuelos, más exactamente el debido proceso?; incluso se llegaría a pensar en la vulneración del derecho de igualdad, atendiendo lo dispuesto en el art. 260 del Código Civil.

Por otro lado, no puede pasarse por alto que en esta multicultural sociedad aún existen, gracias a Dios, las relaciones más que afectivas, y se trata de los yernos (as) hacia sus suegros y viceversa, y es que en el medio parroquial colombiano, se acepte o no, la novia se casa no sólo con su novio, sino también con la familia de éste y el novio se casa con la familia de la novia; es de conocimiento público que existen

épocas en el año donde la familia toma ciertas fechas, como de mitad y final de año para visitarse unos y otros, para compartir y afianzar los lazos familiares; aun las personas que no residen en una misma ciudad o país, cuando visitan a sus familiares, lo hacen para dar a conocer los nuevos integrantes de la misma y que esta nueva persona conozca cuáles son sus raíces sin olvidar, sea de paso decirlo, que la misma tecnología ha unido más a la familia, dado por el uso de las redes sociales, teléfonos personales, Skype, WhatsApp, e-mail, etc.

Partiendo de este hecho o costumbre comprobada de nuestra sociedad, es un motivo más que suficiente para llevar a la reflexión sobre si las decisiones hasta ahora adoptadas frente al tema, de negar las pretensiones a los abuelos y tíos frente a la regulación de visitas de sus nietos y sobrinos, son ajustadas a una verdad legal y si la mismas pueden estar generando algún de tipo de vulneración de derechos fundamentales tanto a los abuelos y otros parientes, como a los niños, niñas y adolescentes. Al respecto ha dicho la autora Española Santana Páez, [L]as dificultades de algunos abuelos para relacionarse con sus nietos no son recientes. Ya una sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1.935, reconoció el derecho a que los abuelos y nietos se relacionases personalmente. Sin embargo, esa preocupación no ha tenido reflejo legislativo hasta fechas recientes y sin duda, son los problemas de relación con los abuelos los que se han ido abriendo paso en primer lugar ante los Tribunales. De hecho, cada vez son más los procesos judiciales que se inician a instancia de los abuelos contra alguno de los progenitores del menor, con la pretensión de que se fije judicialmente un régimen de visitas ante los inconvenientes para que se

cumpla el derecho del menor a relacionarse con sus parientes y allegados de conformidad con el art. 160.2 del Código Civil. (Santana Paez, 2014, pág. 169).

Refiriéndose al tema ha dicho Pérez Vallejo "[A] priori cabe señalar que nos encontramos ante un derecho de contenido puramente afectivo-inherente al parentesco que no viene establecido exclusivamente en favor de los abuelos sino también en beneficio de los nietos. Por lo tanto son titulares autónomos de este derecho, el menor (y aunque nada diga la norma también el incapacitado y evidentemente los abuelos). Paralelamente, este derecho que recíprocamente les asiste, autoriza a sus titulares a expresar o manifestar sus sentimientos exigiendo la utilización de los mecanismos necesarios para alcanzar tal fin. " (Perez Vallejo, 2004, pág. 3833)

Para nadie es un secreto que hoy día la familia viene pasando por una serie de dificultades que la han llevado a crisis, tales como dar origen a madres y padres cabezas de familia, niños y niñas que quedan bajo la custodia y cuidados personales de sus tíos y abuelos por circunstancias económicas y/o laborales de sus padres, sin hablar de aquellos casos donde fallecen ambos progenitores. El Dr. Gracia Ibáñez señala: "Lo habitual es que estas generaciones – sobre todo debido al aumento del nivel adquisitivo y a la extensión de las pensiones – mantengan una independencia residencial. De hecho la convivencia de los nietos y abuelos en un mismo hogar, cuando tiene lugar, se da con mayor frecuencia en la juventud que en la infancia puesto que los hogares de tres generaciones ya no son predominantes familias troncales sino familias nucleares reagrupadas, forzadas a ello por determinadas circunstancias, esencialmente la necesidad de provisión de cuidado hacia las personas mayores. Aunque no se conviva en el mismo hogar, ello no implica que no se mantengan

contactos con nietos y nietas que suelen ser frecuentes e intensos, favoreciendo también un estrechamiento de las relaciones con los progenitores de los nietos, los hijos e hijas de los abuelos. En este sentido, la variable de la proximidad demográfica es esencial para propiciar el contacto entre generaciones." (Gracia Ibañez, 2012, pág. 108).

Con todo, la experiencia en el contexto Colombiano evidencia que son pocos los casos que se pueden registrar donde los tíos o los abuelos acudan a una casa de justicia, comisaria de familia, al I.C.B.F o a un juzgado de familia a poner en su conocimiento el incumplimiento de la obligación alimentaria de uno o de ambos padres, mucho menos el ejercicio de una custodia de hecho.

Por eso es que llama la atención que atender la regulación de visitas a favor de los abuelos u otros parientes, no contraría el orden jurídico constitucional normado en su art. 44, si se tiene en cuenta que la relación nietos-abuelos y sobrinos-tíos se han mantenido a través de la historia, donde se establecen buenas relaciones, desde ya, y con el ánimo de evitar malas interpretaciones, se indica que se está hablando de relaciones sanas, donde abuelos y tíos, son personas comunes y corrientes, donde el único ánimo que les asiste es poder mantener en vigencia esa relación de amor con nieto o sobrino, de poder compartir un pequeño espacio donde se sienta y arraigue el verdadero sentido de familia. Es válido aclarar que no se está dando a entender que no exista litigiosidad por parte de la familia parental, es decir, que el tema pase a ser poco relevante, lo que si es cierto es que puede considerarse al menos que esta baja litigiosidad se pueda atribuir a la falta de reconocimiento de la familia parental como sujetos activos en los diversos trámites y procesos del derecho de familia.

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
SISTEMA DE BIBLIOTECA

No es traído de los cabellos que las decisiones adoptadas por un juez de familia o a través de una acción constitucional sobre el tema de no autorizar las visitas a los familiares que no son los progenitores, por considerar que existe falta de legitimidad en estos familiares, aunque parezca ilógico, estas decisiones ayudan a que la familia parental se extinga por completo, entre otras cosas en complicidad por los sentimientos egoístas de cualquiera de uno de los padres, o a falta de estos, los celos de algunos familiares que ostentan la custodia o guarda del niño, niña o adolescente.

El artículo 44 constitucional que trata sobre los derechos fundamentales de los niños debe ser interpretado bajo la afirmación de afianzamiento de los lazos de amor filial de todas las personas que rodean al niño, niña o adolescente, puesto que es a partir de allí donde se robustece el verdadero desarrollo de la personalidad del niño y de su identidad, por encontrar que pertenece a una familia que no sólo le demuestra, sino, que le brinda el cariño y acompañamiento que este requiere.

Por tanto, la familia debe ser considerada como una unidad, de la que podemos acercarnos a señalar que lo que hace a una familia firme y bien establecida; es la dedicación de los padres a la familia, que todos sus miembros pasen calidad de tiempo juntos, que haya buena comunicación, que se den expresiones de afecto, de aprecio de unos para otros, que existan actitudes de buscar solución a los problemas y una muy importante que hoy día poco se inculca o infunde, como es el crecimiento espiritual.

Cuando se dan todos estos presupuestos, podemos estar seguros que hay una verdadera unidad familiar, rodeada de un ambiente sano y con hijos verdaderamente exitosos.

III. PROCEDIMIENTO DE LA REGULACIÓN DE VISITAS Y OTROS ASUNTOS DE FAMILIA.

Si bien es cierto que la ley previó que cuando se dieran tales evento de conflictos frente a los menores, en la jurisdicción de familia, le otorgó a los jueces de familia la competencia para conocer de "Los demás asuntos de familia que por disposición legal deba resolver el juez con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o con prudente juicio o a manera de árbitro", tal como lo describe el art 5º del decreto 2272 de 1.989, literal j, quien indica que un proceso verbal sumario es el procedimiento para dirimir dichas controversias; ahora bien, no es menos cierto que el mismo decreto en el mismo artículo 5º literal d) señala ; "De la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores." En este mismo sentido ya en España se ha tratado el tema; por ejemplo, Méndez López afirma que "(L)a actual regulación de las relaciones personales entre nietos y abuelos, ex artículo 160 y 161 del Código Civil, responde al aforismo clásico de que "el derecho es lo que aplican los jueces". Cuando el Código Civil nos dice que "en caso de oposición, el juez resolverá atendidas las circunstancias";, nos está dando a entender de manera expresa que esta materia constituye una parcela del ordenamiento jurídico que goza de una amplia discrecionalidad judicial a la hora de abordar el "iustum concreto" (Mendez Lopez, 2014, pág. 19).

Frente a la norma en comento, vale decir, que uno y otro son procesos de tramite verbal sumario, que si bien al momento de solicitar como pretensión principal la regulación de visitas por parte de los abuelos u otros parientes en su defecto, no es óbice para que las pretensiones de la demanda, luego del respectivo debate

probatorio, se nieguen en virtud de la falta de legitimación por activa: la cual consiste respecto del demandante, en no ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o de mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda.

Nótese que ambos procedimientos tienen el mismo trámite procesal indicado en el título XXIII, capitulo II, proceso verbal sumario del C.P.C., y que poco o casi nada cambia en el código general del proceso en su numeral 14 del art. 21 donde el termino de traslado pasa de cuatro a diez días, procesos estos que luego de su admisión, se corre traslado de la demanda, tiene la misma prohibición de presentar excepciones previas, puesto que los hechos que la configuran deberán alegarse mediante recurso de reposición, conforme al artículo 438 ibídem(literal f, art. 391 CGP.), se fijará fecha para audiencia, la cual se sujetara a las reglas enunciadas en el artículo 439 ibídem, donde puede contemplarse el tramite conciliatorio, de no existir conciliación, se da tramite a la fijación de hechos y pretensiones, se decretan los interrogatorios de partes, y las pruebas, recepcionadas las anteriores se concede hasta veinte minutos a las partes para que aleguen de conclusión y se falla.

Como puede apreciarse, en nada cambia el procedimiento de los padres que solicita se le regule las visitas de sus hijos, respecto al proceso que inician los abuelos u otros parientes, consagrado el artículo 5° literal j, del decreto 2272 de 1.989, pese a que muchos consideran que esta norma señala que es un procedimiento distinto al del proceso verbal sumario de regulación de visitas entre progenitores, se disiente con mucho respeto de tal apreciación, por cuanto es el mismo procedimiento que lleva a tomar una decisión final, ante un mismo Juez de familia.

Es por ello que se considera de suma importancia tener en cuenta las consideraciones que tuvo la honorable Corte Constitucional en la sentencia T-189-03, al indicar que la decisión adoptada por un juez de familia de regular visitas a un menor por parte de familiares que no eran progenitores y contra la voluntad del padre que lo tiene bajo su cuidado constituye una vía de hecho, en consideración a que viola normas constitucionales y legales: 1. Por desconocimiento de la naturaleza del proceso de visitas y, 2. Por conferir legitimidad para reclamar un derecho a quien la ley no se les prevé.

Pese a que en el numeral 4° de dicha tutela se precisa hablar del interés superior del niño, del derecho fundamental al libre desarrollo a la personalidad y el de la identidad, relacionados con el derecho de tener una familia, a no ser separados de ella y a contar con las visitas de los abuelos, se disiente de la decisión adoptada, por considerar no fue la más acertada, puesto que con ella se vulnera el derecho superior, como es al acceso a la justicia, siempre y cuando se valore que tanto la regulación de visitas solicitada por uno de los padres, o el "proceso de facilitación de comunicación" (Corte Constitucional, 200) como fue el nombre del proceso que entablaron los abuelos del menor en comento en tutela T- 129-03, van encaminados a proporcionar en ultimas el mismo efecto, como es el poder estar y compartir con un niño, niña o adolescente.

En valido anotar que frente a este tema, la sala disciplinaria de la procuraduría general de la nación, en providencia proferida en Bogotá el día veinticinco (25) de agosto de dos mil diez (2010) y aprobada en Acta de Sala Extraordinaria No. 36 dentro del proceso disciplinario que se detalla y con ponencia del Dr. RAFAEL EUGENIO

QUINTERO MILANÉS (Procuraduría General de la Nación, 2009) acoge el criterio expuesto por la Corte Constitucional en su sentencia T-189 de 2.003 donde indicó; "se puede llegar a concluir que en relación con los abuelos no existe acción judicial que permita establecer una regulación de visitas para con sus nietos, por ende, que cualquier acción relacionada, no solamente estaría contrariando la Constitución y la ley, sino el principio de la cosa juzgada."

Más adelante indicó: "La determinación de la Corte Constitucional en manera alguna estuvo dirigida a terminar y/o interferir con los espacios de intercomunicación entre el menor y sus abuelos maternos; al contrario, lo que analizó el Alto Tribunal, es que dichos espacios no podían ser resueltos mediante decisión judicial con arreglo a un proceso de regulación de visitas, en la medida que este instrumento sólo operaba entre progenitores. Obsérvese cómo entonces, teniendo en cuenta el interés superior que les asiste a los niños, dejó en manos de la jurisdicción de familia para que mediante un trámite diferente, se lograran escenarios de acercamiento del infante con la familia extensa."

Es decir que la procuraduría tiene el mismo criterio que esboza la Corte Constitucional, al considerar que los abuelos a través de un trámite diferente puedan lograr un acercamiento con sus nietos, sin entrar a considerar que consiste ese trámite diferente.

Partiendo del hecho anterior no se hallan dudas para dar aplicación a la jurisprudencia de la corte suprema de justicia, la que puede mediar o brindar luces frente a este tema. Para ello es necesario considerar que la labor de interpretación de la demanda no es una mera potestad de los funcionarios encargados de administrar justicia

sino, todo lo contrario, una obligación, atendiendo que es el Juez el que le da la atribución de significado a los textos normativos, sólo y cuando éstos se van a aplicar a los casos de la vida real, que llevarían a adoptar decisiones debidamente determinadas por las normas –como ellos las entienden– sino también por sus sentimientos y concepciones sobre lo "justo" y lo "correcto".

El Dr. Mantilla Espinosa frente al tema indicó: "[S]i el juez no deduce la solución adoptada de las reglas del sistema, las definiciones en juego y los hechos del proceso, su sentencia será infundada o arbitraria". A esto parece hacer referencia la Corte Suprema de Justicia colombiana cuando sostiene: "En principio la interpretación de una convención corresponde a los jueces de fondo, cuyas decisiones al respecto escapan en lo general a la censura de la Corte de Casación, a no ser que degeneren en una verdadera violación de la ley del contrato; lo cual acontece cuando el juez so pretexto de interpretación, desnaturaliza abiertamente la convecciones de las partes contratantes, o sustituye por otra de su invención". Este carácter arbitrario de la sentencia es denominado por la jurisprudencia Colombiana "error de hecho", y la decisión puede ser recurrida en casación (artículo 368 No 1 CPC. COL). (Mantilla Espinosa, 2009, pág. 549). Para mayor ilustración se requiere leer detenidamente los siguientes extractos jurisprudenciales;

"... En efecto, si bien es cierto que la ley rodea los escritos incoativos de los procesos civiles de ciertas formalidades encaminadas a darle claridad, precisión y certidumbre a los pedimentos del actor, garantizando así, entre otros, el adecuado ejercicio de los derechos de acción y contradicción, no lo es menos, que el acatamiento de esos modelos abstractos diseñados por el legislador no es una cuestión para

examinarse con criterios tan minuciosos y severos que desemboquen en un menoscabo al principio fundamental del derecho judicial, según el cual, las reglas procesales persiguen la "efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial". De ahí, se recalca, la apreciación de la idoneidad formal de la demanda no es faena que deba ejecutarse con actitud mezquina y estrecha que, apuntalada en minucias o descuidos que una sana interpretación puede despejar, malogre la eficacia del derecho sustancial; por supuesto que, según lo ha reiterado la Corte, el juez, "a falta de claridad en la demanda o de su contestación, necesariamente se ve compelido para ejercer su función, a interpretarlas para desentrañar su sentido y alcance, de tal suerte que con esa labor se supere la oscuridad o deficiencia aparentemente existente, a fin de que, tramitado el proceso, se le ponga fin con sentencia que realice el derecho objetivo en el caso litigado, única manera de garantizar la seguridad jurídica, la libertad y la justicia material entre los asociados" (G. J. CCXIX Pág. 2534).

Quiérase destacar, entonces, que cuando la demanda genitora del proceso sea oscura, imprecisa o vaga, gravita sobre el juzgador, no una mera potestad de interpretarla, sino el deber de hacerlo, por supuesto dentro de los límites establecidos en la ley con miras a precisar sus verdaderos alcances, labor a la que sólo pueda sustraerse cuando la confusión sea de tal magnitud que, pese a sus esfuerzos, no logre desentrañar sus alcances sin alterar el contenido objetivo, pues es obvio que en tal caso, en lugar de cumplir con su cometido, estaría sustituyendo la voluntad del demandante y trocando, a su antojo, el objeto del litigio..." (Corte Suprema de Justicia, 1998).

Aunado a lo anterior, existe el principio del interés superior del niño, niña o adolescente que, sea de paso decirlo, hace parte del derecho internacional, puesto

que su sistema normativo tiene su génesis en la convención sobre los derechos del niño (Convención Derechos del Niño, s.f) suscrita por gran parte de los Estados y que entra en concordancia por lo establecido en nuestra Constitución Nacional. Entiéndase entonces por interés superior como el trato importante, de mayor valor, de gran esfuerzo, supremo e inmejorable que se les debe dar a los niños, niñas.

El código de la Infancia y la adolescencia (Ley 1098, 2006) actuando en consonancia con el sistema normativo de la convención sobre los derechos del Niño y con la Constitución Nacional, consagra y ratifica el su art. 9° el principio de la prevalencia de los derechos de los niños niñas y adolescentes.

A su vez la honorable Corte Constitucional sobre el tema del carácter superior y prevalente de los derechos e interés de los niños, niñas y adolescentes, ha proferido innumerables jurisprudencias, una de las cuales se enuncia brevemente a continuación:

En sentencia T- 514 de 1.998 la corte desarrolló el concepto constitucional de interés superior del menor y anotó que era necesario "darle un trato equivalente a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice "el desarrollo normal y sano" del menor desde los puntos de vista físico, sicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad."

Frente al tema, la Corte explicó que "(...) el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño... propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito

de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado". (Corte Constitucional, 2001)

En lo que hace a la manera de aplicar este principio prevalente, la alta Corporación indicó; "el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal". (Corte Constitucional, 2003)

Consideramos que es apropiado para el tema anotar que para el año 1.970 Dworkin escribió unas críticas en contra del positivismo jurídico, en concreto sobre la teoría de Hart; una de sus críticas se basaba en sostener que las teorías positivistas no habían tomado en cuenta al elaborar su descripción del material jurídico, el rol de los derechos y en concreto el rol de los principios (principios jurídicos), en razón a que sostenía que las normas pueden tener dos formas, es decir, pueden ser reglas o pueden ser principios.

Consideraba por tanto que, el razonamiento por principio, es diferente al razonamiento por reglas y una de las propiedades del razonamiento por principios, es que los principios tienen lo que él llamaba una dimensión de peso o importancia, que cuando hacen que estos principios entren en conflicto entre sí, no podamos descartar uno de ellos con los métodos usuales que teníamos para resolver los problemas de conflictos con reglas, por tanto, Dworkin sugería que había un método

que era el método del balanceo para determinar cuál de estos principios o derechos tenían mayor o menor importancia, a criterio del autor americano señala que los jueces en los casos difíciles deben acudir a los principios. Pero como no hay una jerarquía preestablecida de principios es posible que éstos puedan fundamentar decisiones distintas. Dworkin sostiene que los principios son dinámicos y cambian con gran rapidez y que todo intento de canonizarlos está condenado al fracaso. Por esa razón la aplicación de los principios no es automática sino que exige el razonamiento judicial y la integración del razonamiento en una teoría. El juez ante un caso difícil debe balancear los principios y decidirse por el que tiene más peso. (Dworkin, 1989, pág. 14)

A más de ello, encontramos a Alexy, jurista alemán, quien propone un método que él extrae del tribunal constitucional alemán y este método consiste en lo que ha llamado hasta ahora un principio de proporcionalidad, este principio tiene tres subprincipios; el principio de idoneidad, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto. El primer criterio o criterio de idoneidad expresa que si uno de lo que están en juego es un principio idóneo, si, para proteger los derechos que supuestamente pretende proteger, para proteger los valores que supuestamente está pretendiendo proteger. Si no fuera así, si no fuera idóneo, el caso se resolvería relativamente simple. El otro caso es el principio de necesidad: hay que evaluar no sólo su idoneidad, sino que tan necesario es, hay que ver cómo se relaciona con otras medidas que pudieran ser alternativas; pudiera ser existiera otra manera de regular algo, de afectar los derechos de proteger los derechos, que fueran medidas menos gravosas y, si existe una medida alternativa menos gravosa, quiere

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
SISTEMA DE BIBLIOTECA

decir que este principio o esta medida que se está tomando para proteger cierto derechos no es tan necesarios. El ultimo criterio: una vez la medida resulta idónea y necesaria, es entonces si compararla con la función que tienen los otros derechos que están jugando en pugna.

Aquí hay que determinar lo que Alexy llama el peso de la afectación de cada uno de estos derechos, que tanto se está afectando al proteger un derecho, que tanto afectó otros derechos que están en pugna, y aquí se tiene que hacer entonces una valoración de que tan importante es lo que yo estoy protegiendo y qué tan importante es lo que yo estoy afectando.

IV. DERECHO COMPARADO

La discusión presentada en el presente artículo no representa en otras latitudes novedad alguna. Es tan notorio lo desatinado que resulta imputar obligaciones a la familia parental sin reconocer derecho alguno que en diferentes países se han logrado avances legislativos desde vieja data; veamos algunos ejemplos a continuación:

1. FRANCIA. A través de la reforma del código francés del año 1970 se hace el primer reconocimiento de este tipo, se plasma en el artículo 371-4 que los padres no pueden obstaculizar las relaciones personales del niño con sus abuelos, salvo que existan motivos graves. De no existir acuerdo frente a las anteriores visitas, será el Juez quien las otorgará. Vale resaltar que la legislación francesa va más allá y otorga derecho de comunicación o visitas a otras personas, parientes o no.

2. ARGENTINA. Mediante la ley 21040 de 1.975, en su artículo 376 bis, señala que los padres, tutores o curadores de menores e incapaces o quienes tuvieran el cuidado de personas enfermas o imposibilitadas deberán permitir la visitas de los

parientes que conforme a las disposiciones del presente capitulo se deban recíprocamente alimentos. En caso de existir oposición será el juez quien decidirá de acuerdo a lo más conveniente.

Respecto a la jurisprudencia de este país frente a las visitas de los abuelos se funda en elementales principios de derecho natural con la finalidad de establecer la solidaridad familiar, considerando que el ejercicio de la patria potestad que sin razones fundamentales impidieron las relaciones abuelo-nieto sería un ejercicio abusivo y antinatural.

Recientemente con la entrada en vigencia del nuevo civil y comercial de argentina (Ley 26.994, 2014) estable ya en su libro segundo - relaciones de familia, título VII – responsabilidad parental, CAPITULO 3 - Deberes y derechos de los progenitores. Reglas generales. "...e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo;

3. ESPAÑA. Mediante la ley 21 de noviembre 11 de 1987 se estableció en su artículo 260-2 que no podrá impedirse sin justa causa las relaciones entre el hijo y otros parientes y allegados, en la eventualidad de existir oposición resolverá el juez el caso.

4. CATALUÑA. Esta comunidad autónoma española, en su código de familia con marcada influencia francesa, señala en su artículo 135 el derecho de los abuelos, donde les ordena a los padres del menor facilitar las relaciones con sus parientes; agregan que de existir impedimento la autoridad judicial lo resolverá.

5. ITALIA. Un caso particular ocurre en este país, puesto que no existe en el Código Civil italiano referencia sobre este tipo de visitas, pero una parte del sector

doctrinal está de acuerdo y destacan que el interés del menor visto bajo la premisa de los derechos constitucionales, este derecho de visitas se encuentra implícito en el reconocimiento a los vínculos familiares que señala el art. 74 del Código Civil italiano.

El Tribunal de casación Italiano en sentencia de septiembre 25 de 1998, acogiendo lo dispuesto en el artículo 29 de su constitución señaló que, aun careciendo de expreso reconocimiento legal al derecho de visitas de los abuelos, es un vínculo que hunde sus raíces en la tradición familiar, por lo tanto ha de tutelarse el vínculo afectivo y de sangre que une a los abuelos y nietos en el ámbito del interés del menor, vinculo que no puede prescindirse en un ejercicio responsable de la patria potestad. Tal derecho de visita no será reconocido únicamente en casos excepcionales, si no en todos los casos con la excepción de que se demuestre que esos contactos personales son perjudiciales para el menor.

6. VENEZUELA. El régimen de convivencia Familiar establecido en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en su artículo 388, el cual dice Extensión de las visitas a otras personas. "El régimen de visita acordado por el juez puede extenderse a los parientes por consanguinidad o por afinidad del niño o adolescente y aun a terceros, cuando el interés del niño o adolescente lo justifique." (Notas legales y prácticas del acontecer diario de los ciudadanos , 2015)

7. PUERTO RICO. Mediante Ley número 182 de 1997, enmienda la ley del Código Civil para adicionar el artículo 152ª, el cual reconoce legitimación jurídica a los abuelos a acudir a los tribunales para ser oídos respecto al derecho de visita respecto de sus nietos, la norma señala lo siguiente; "Luego de la disolución del núcleo familiar, ya sea por la muerte de uno de los padres o divorcio, separación o nulidad del matrimonio,

no podrán los padres o tutor que ejerza la patria potestad y custodia sobre un menor no emancipado, impedir sin justa causa que éste se relacione con sus abuelos.

Cuando se trate de un menor no emancipado, fruto de una relación extramatrimonial, tampoco podrá el padre o la madre o tutor que ejerza la patria potestad y custodia sobre dicho menor, impedir sin justa causa que éste se relacione con sus abuelos.

En caso de oposición por parte del padre o madre o tutor que ejerza la patria potestad y custodia sobre dicho menor no emancipado, se reconoce legitimación jurídica a los abuelos para ser oído ante el juez, quién decidirá lo procedente tomando en consideración las circunstancias particulares de cada caso y los intereses y bienestar del menor." (lex juris, 2015).

V. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal y críticas expuestas, para el caso en concreto a continuación se esbozaran algunas conclusiones.

- Creemos que estas resumidas razones son de gran importancia para un tema tan espinoso como lo es las visitas de familiares diferentes a los progenitores, sobre todo si tiene en cuenta que si se acude a la justicia, es porque no existe el mínimo asomo de encontrar una solución de simpatía que lleve a conciliar los extremos de este tipo de litis entre el padre que tiene la custodia de su hijo, hija o adolescente y los demás familiares.

- Consideramos que sería inocente pensar, ordenar al juez de familia que trate de lograr que con la sola aquiescencia de uno de los padres se logre la visitas de

los abuelos de manera periódica, tal como lo señaló la honorable Corte Constitucional en su sentencia T-189-2003[1] sobre todo si miramos que muchas veces no se piensa en el intereses superior del niño, niña o adolescente, sino el desquite en el plano personal de las personas que integran este tipo de litigio.

- Por tanto, se estima que no constituye vía de hecho el trámite que establece la ley frente a la solicitud presentada por los familiares que no son los progenitores del niño, niña o adolescente ante el juez de familia bajo la denominación de regulación de visitas, puesto como se ha evidenciado, no tiene, ni existe un trámite diferente al proceso presentado por uno de los progenitores con las mismas pretensiones. Aunado a lo anterior, no sería descabellado pensar con fundamento a las anteriores consideraciones que el Juez de Familia o constitucional, en su momento, pudiese apartarse del precedente judicial, argumentando de manera clara, ordenada y razonada los motivos que lo obligan a separarse del precedente o de la jurisprudencia según el caso. (Osorio Lopez, 2015, pág. 248). No se puede negar el acceso a la justicia al indicar al solicitante que el proceso tiene que tener una

[1]Por consiguiente, se ordenará dejar sin efecto la sentencia de fecha 24 de julio de 2002, proferida por el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá. Se le ordenará que, de acuerdo con su competencia, conforme a las circunstancias particulares del caso, atendiendo el interés prevalente del 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, podrá establecer, si así lo estima su prudente juicio, la forma en que se permita el trato del menor con los abuelos, con el fin de que se dé la integración del niño en un medio adecuado para su desarrollo y que, a su vez, estreche los vínculos con su familia extensa, en un ambiente equilibrado y armónico de afecto y confianza.

Es de señalar que una negativa de un progenitor expuesta ante una autoridad judicial de no aprobar el trato de su hijo con su familia extensa, como cualquier otra manifestación de voluntad, debe estar razonablemente amparada pues, en un Estado de derecho no existen derechos absolutos, ni menos, podría propiciarse el abuso de los propios derechos (art. 95, numeral 1, de la Constitución), ni desconocerse el interés superior del menor.

denominación diferente a la de "regulación de visitas" porque ésta no es propia de los progenitores, porque en ultimas la decisión va encaminada a lo mismo; se aclara que el inconveniente tratado en este artículo no es de custodia, ni de protección legal de los menores, mucho menos de patria potestad, donde el actor principal seria el "padre o madre" quien no tuviese la potestad parental y el niño, niña o adolescente bajo su custodia.

- Ahora bien, del ejercicio de la técnica del derecho comparado puede observarse que son muchos los países, aun en Latinoamérica, en los que este problema ha sido abordado y han decidido que no es un derecho de los abuelos, sino del mismo menor, y que éste debe ir en consonancia con el verdadero interés del menor.

- Desde ya se hace necesario abrir en Colombia un debate sobre una iniciativa legislativa que reconozca plena legitimación jurídica a los abuelos y demás parientes, para acudir a los estrados judiciales para que se le regulen las visitas frentes a sus nietos, atendiendo para ello que en nuestra norma sustancial civil se encuentra implícitamente tal regulación, tal como lo describen los artículos 254, 255 y 260 en concordancia con el artículo.

Bibliografía

Carbonell, C. y. (2012). *Las familias en el siglo XXI: Una mirada desde el derecho.* México: Universidad Nacional Autonoma de México.

Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio.* Barcelo - España: Ariel S.A.

Gracia Ibañez, J. (2012). *El derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproximacion socio-juridica.* Zaragoza: Redur IO.

lex juris. (17 de 11 de 2015). Obtenido de http://www.lexjuris.com/lexlex/ley1997/lex97182.htm

Lopez Herrera, F. (2008). *Derecho de Familia, Tomo I.* Caracas - Venezuela: Publicaciones UCAB.

Mantilla Espinosa, F. (2009). *Interpretar: ¿Aplicar o crear derecho? Analisis desde la perspectiva del derecho privado.* Valparaiso, Chile: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Catolica de Valparaiso.

Mendez Lopez, T. (2014). *Las relaciones personales nietos y abuelos.* Palma de Mallorca: Universitat de les Illes Balears.

Notas legales y prácticas del acontecer diario de los ciudadanos . (17 de 11 de 2015). Obtenido de http://sistemadejusticiavenezolano.blogspot.com.co/2014/06/derechos-de-visita-de-abuelos-sobre.html

Osorio Lopez, L. J. (2015). *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes* (Vol. I). Medellín: Universidad de Medellín.

Perez Contreras, M. d. (2000). *Derecho de los padres y de los hijos.* México : Universidad Nacional Autónoma de México.

Perez Vallejo, A. M. (2004). *Homenaje al profesor Manuel Albaladejo Garcia Volumen 1.* Murcia - ESpaña: Servicios de Publicaciones Universidad de Murcia.

Ronald, D. (1989). *Los derechos en serio .* Barcelona - España: Ariel S.A.

Santana Paez, E. (2014). *El interes del menor, relaciones con abuelos, parientes y allegados.* Madrid - España: DYKINSON. S.L.

Convención sobre los Derechos del Niño, 1989

Declaración Universal de Derechos Humanos

Colombia, Constitución Política de Colombia

Colombia, congreso de la Republica, ley 1098 de 2.006

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-189-2003

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T- 414-2009

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-979-2001

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-510-2003

Corte Suprema de Justicia, sala civil, sentencia, abril 17 de 1998, exp. 4680 M.P. Jorge Antonio Castillo Rúgeles