

EL RÉGIMEN DE VISITAS EN MEDIO DEL CONFINAMIENTO POR LA PANDEMIA DE COVID-19

María Alejandra Caicedo, Juliana Valbuena, María Celeste Ríos, María Paula Acevedo y Mariana Maestre*

Resumen: El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separado de ella se ha visto vulnerado durante la pandemia y a causa de las medidas de restricción a la libre circulación impuestas por el gobierno. Especialmente, ha entrado en controversia la materialización del régimen de visitas y, en razón de ello, se ha entorpecido la efectividad de otros derechos fundamentales de los NNA. A lo largo de este artículo se analiza el porqué es justificada la restricción al derecho de visitas, sin dejar de lado que, pese a la confrontación con el derecho a la salud y las medidas de prevención del covid-19, debe garantizarse que los menores pasen tiempo de calidad con sus padres, pues su acompañamiento físico y emocional es crucial para que puedan afrontar los efectos que el confinamiento ha causado en ellos.

Sumario: Introducción. 1. Regulación constitucional y legal de las visitas. 2. ¿Por qué se limita el derecho de visitas en medio de la pandemia? 3. ¿Por qué debe garantizarse el derecho de visitas aún en medio la pandemia del Covid 19? Conclusiones. Referencias.

Palabras clave: régimen de visitas, Covid-19, libre circulación, niños, niñas y adolescentes.

Introducción

En medio de la desafortunada situación que atraviesa el mundo entero, se han visto gravemente afectadas la vida e integridad de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), principalmente porque las medidas establecidas por el gobierno en pro de la salubridad general entorpecieron la garantía de algunos de sus derechos, al tiempo que indirectamente se ha afectado el cumplimiento de los deberes a cargo

* Estudiantes de quinto año de derecho de la Universidad Externado de Colombia.

de los padres. En este sentido y de manera particular se ha visto vulnerado el derecho de los NNA a contar con un contacto sólido y permanente con su familia. Para los niños que viven con sus dos padres, o con quienes ejerzan la función de crianza, no se afecta este derecho, puesto que, con el aislamiento preventivo obligatorio, la permanencia en su vivienda ha permitido el acompañamiento de la familia y su consecuente soporte en las actividades diarias. Todo lo anterior hace presumir que estos NNA cuentan con el apoyo emocional adecuado que les permita sobrellevar, asimilar y comprender las circunstancias propias de la pandemia.

Sin embargo, esta no es la realidad para todos, ya que en casos como aquellos en los cuales uno de los padres ostenta la custodia del NNA y el otro tiene las visitas, o en el evento de un régimen compartido, ocurre que muchos padres no han podido desplazarse a cumplir sus obligaciones con normalidad o es el NNA quien no puede trasladarse (todo esto, dadas las circunstancias de aislamiento preventivo) al sitio de vivienda del otro padre en el periodo bajo su cuidado.

Por todo lo anterior, es menester hacer un análisis de la regulación de las visitas, para posteriormente plantear posturas que defiendan el cumplimiento y la garantía de este derecho, sin olvidar aquellos argumentos en favor de limitar su ejercicio, con el fin de asegurar la vida e integridad de los NNA en el marco de una situación tan excepcional como la que ha tenido lugar con ocasión de la pandemia por Covid 19.

1. Regulación constitucional y legal de las visitas

Dado que existen diversas razones por las cuales un NNA puede cohabitar con solo uno de los padres, nos centraremos en aquellos casos en los que un padre obtiene la custodia del hijo, mientras el otro mantiene su derecho a las visitas. Cuando esto ocurre, es urgente tomar todas las medidas necesarias tendientes a evitar que los derechos del menor se vean vulnerados, ya que como es sabido, los niños son sujetos de especial protección y debe reconocerse la importancia de la presencia de sus padres, quienes ostentan su patria potestad, en su formación.

Es por esto que, a través del régimen de visitas, se busca que, pese a que no se afecte la relación filial entre padres e hijos cuando uno de los padres no convive con el menor, el NNA se encuentre acompañado de ambas figuras, tanto paterna como materna, ya que lo que prima es el derecho del menor a compartir con sus padres.

Es así como el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia establece que todos los niños tienen derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, así como al cuidado y al amor. Con la intención de proteger este derecho fundamental

de los niños, el régimen de visitas permite que el progenitor que no tiene a su cargo el cuidado del hijo siga compartiendo con este, en procura de cubrir sus necesidades emocionales y educativas.

Por otro lado, diversos instrumentos internacionales dan cuenta de esta relevancia. Así pues, el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños, como parte del bloque de constitucionalidad¹, tiene dentro de sus objetivos garantizar el derecho de custodia y de visitas internacionales. De este modo, los estados contratantes colaboran mutuamente para garantizar el “respeto efectivo de los derechos de custodia y de visitas existentes en uno de los estados contratantes”². En su artículo 5º establece que “el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”³.

El ejercicio arbitrario de este derecho, desde la perspectiva de quien ejerce la custodia, o de quien tiene el derecho a las visitas, tiene prevista una serie de consecuencias. En este sentido, es importante señalar que Colombia adoptó este convenio mediante la Ley 173 de 1994 y por ello su ámbito de competencia se circunscribe así:

“El Convenio de La Haya se aplica cuando se ha violado el derecho de custodia y cuidado personal del niño, o guarda y derecho de visita (artículos 3 y 4) de que es titular el niño, niña o adolescente y el progenitor abandonado, sin dejar de lado que ambos padres gozan del derecho de la Patria Potestad o Potestad Parental, es decir, del conjunto de derechos y deberes que tiene los padres con respecto a sus hijos”⁴.

Cabe resaltar que esta norma debe aplicarse únicamente dentro del contexto de la sustracción de NNA, en aquellos casos en los que el menor es sustraído del país por uno de sus padres, generando que pierda contacto con su otro progenitor.

Por otro lado, Pérez Vera, miembro de la comisión especial de la Conferencia Internacional de la Haya, determinó, como ya se había referido anteriormente, que: “la regulación del derecho de visita obedece, asimismo, a la preocupación por proporcionar a los niños unas relaciones familiares lo más completas posible, con

¹ Constitución Política. Artículo 93: “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. En el mismo sentido ver: ONU. Convención Sobre los Derechos del Niño. Art. 37.

² UNICEF. *Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños*.

³ *Ibid.* Art. 5.

⁴ ICBF. “Tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia”. Tomado de https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/manual_para_la_ejecucionytratados_sep172009.pdf

el fin de favorecer un desarrollo equilibrado de su personalidad”⁵. Esta es la base o sustento sobre el cual se establece la necesidad de un régimen de visitas.

Lo anterior encierra, a grandes rasgos, la base constitucional del régimen de visitas en Colombia, del cual se deriva todo el marco legislativo, jurisprudencia y doctrina, relacionado con el tema.

Respecto al marco legal, si bien es cierto que en Colombia no se cuenta con una legislación expresa sobre el régimen de visitas (por lo que se le hace un llamado al legislador con el objeto de que cubra los vacíos legales en relación con el tema, para direccionar de mejor manera los conflictos existentes), no es menos cierto que varias normas lo refieren -entre ellas, el Código Civil, el Código de Infancia y Adolescencia y el Código Penal-, lo que permite identificar elementos que resultan esenciales para su cumplimiento.

El Código Civil, en el título XII, regula los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, y en su artículo 256 establece el derecho de visitas, afirmando que “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”⁶, o en el modo en que las partes hayan pactado, en el caso de existir un acuerdo entre estos. Mientras el artículo 23 del Código de Infancia y Adolescencia hace referencia a su custodia y cuidado personal.

La Corte Constitucional señala que:

“En relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del menor, a falta de acuerdo entre los padres o tutores, corresponde a las autoridades de familia competentes (administrativas y judiciales) analizar todos los elementos de juicio correspondientes para determinar a cargo de cuál de los padres está la custodia del niño y cómo se regulan las visitas a las que haya lugar del otro padre, donde deberá atender siempre al bienestar del menor y su estabilidad familiar”⁷.

Continuando con lo regulado por el Código de la Infancia y Adolescencia, en el artículo 86 se establece que, una de las funciones del comisario de familia es “definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o

⁵ PÉREZ VERA, Elisa. Miembro de la Comisión Especial de la Conferencia Internacional de La Haya. *Informe Explicativo*.

⁶ Código Civil. Art. 256.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-868 de 2009. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

compañeros permanentes”, y en el artículo 100 menciona que “el funcionario citado procederá a establecer mediante resolución motivada las obligaciones de protección al menor, incluyendo la obligación provisional de alimentos, visitas y custodia”⁸, cuando en el proceso haya fracasado la conciliación, cuando no se ha realizado la audiencia dentro del plazo previsto, o cuando se trate de asuntos que no admiten dicha conciliación.

Se cuenta con otro ejemplo al estudiar el artículo 111, que además de hacer referencia al régimen de alimentos, en su numeral tercero indica que, si se logra una conciliación, se levantará acta en la que se referirá todo lo correspondiente al pago de alimentos; además de que “la autoridad promoverá la conciliación sobre custodia, régimen de visitas y demás aspectos conexos”⁹.

Por otro lado, la Ley 1257 de 2008, en su artículo 17 señala, respecto a las medidas de protección en caso de violencia intrafamiliar, que en aquellos casos en los cuales la autoridad determine que un sujeto de la familia ha sido víctima de violencia intrafamiliar el juez “ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida”¹⁰ y, además, podrá imponer, según el caso en concreto, ciertas medidas, como “decidir provisionalmente el régimen de visitas, la guarda y custodia de los hijos e hijas si los hubiere, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades, quienes podrán ratificar esta medida o modificarla”¹¹.

Respecto a este tema, la Corte Constitucional, en la sentencia T-523 de 1992, refiere que:

"El otorgamiento de la tenencia de los hijos menores a uno de los cónyuges o a un tercero no priva al otro -o a ambos, en el segundo caso- del derecho de mantener comunicación con aquéllos, el cual se manifiesta especialmente en el llamado derecho de visita. Tal derecho consiste en términos generales en la posibilidad de tener entrevistas periódicas con los hijos. Comprende también el derecho de mantener correspondencia postal o comunicación telefónica con ellos, la que no puede ser controlada o

⁸ Código de Infancia y Adolescencia. Art 86.

⁹ *Ibid.*, art. 100 y art. 111.

¹⁰ *Ibid.*, artículo 111.

¹¹ Congreso de la República. Ley 1257 de 2008. Ley Sobre violencia y discriminación contra las mujeres. Art. 17.

interferida sino por motivos serios y legítimos, en salvaguarda del interés del menor"¹².

En igual sentido, en la sentencia T-500 de 1993 se describe que en la regulación de visitas también se busca mantener un equilibrio entre los padres separados, para ejercer en relación con sus hijos los derechos derivados de la patria potestad y autoridad parental; por lo cual además de ser un derecho del menor, es también de los padres. Es decir, el derecho de visitas se constituye en un mecanismo para mantener la unidad familiar y garantizarle los derechos fundamentales a los NNA, en aquellos casos en los que, ya sea por separación de cuerpos, divorcio, u otras causas, ya no sea posible la convivencia armónica entre los padres del NNA¹³. A su vez, con la sentencia T-384 de 2018 la Corte Constitucional señala que, en caso de no lograr acuerdo entre las partes, el juez de familia, aplicando el principio *pro infans*, tendrá la discrecionalidad para adoptar el sistema de custodia que resulta más apropiado para los NNA; ya sea la custodia compartida por ambos progenitores o la custodia monoparental, estableciendo para el padre o madre no custodio el correspondiente régimen de visitas¹⁴.

Con la sentencia T-115 de 2014, la Corte hace alusión a los derechos que el padre o madre no custodio tiene, al afirmar:

“El padre visitador tiene facultad de entablar y mantener, sin obstáculos, relaciones interpersonales y de contacto directo con sus hijos. A través del derecho de visitas y su reglamentación por la autoridad de Familia correspondiente, el legislador, de un lado, previó un mecanismo que le permite al menor interactuar y seguir desarrollando relaciones afectivas con sus padres, así como recibir de éstos el cuidado y protección especial que demanda”¹⁵.

Al mismo tiempo, la Corte cita el caso de la Sentencia del 25 de octubre de 1984 de la Corte Suprema, en la que se señala como objetivo fundamental de todo régimen de visitas:

"El mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo... requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con los padres... las visitas no deben ser perjudiciales para los

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T -500 de 1993. M. P. Jorge Arango Mejía.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T -384 de 2018. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T -115 de 2014. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

menores, pero tampoco deben desarrollarse de manera de lesionar la dignidad de quien las pide"¹⁶.

En razón de lo expuesto, puede observarse que a nivel jurisprudencial, los pronunciamientos respecto al derecho de visitas han sido uniformes, haciendo hincapié en que éste es un derecho de doble vía, por lo que se aspira a que exista un equilibrio entre el derecho del padre y del NNA; un derecho que pretende conservar la unidad familiar y garantizar el derecho constitucional del NNA a “tener una familia y a no ser separado de ella”¹⁷ a pesar de inexistir la convivencia entre los padres, procurando que el menor resulte lo menos afectado dentro de este escenario; entendiéndose que cualquier decisión que se tome en cuanto al derecho de visitas, si bien es cierto son titulares tanto el progenitor como el hijo, se deberá tomar teniendo en cuenta el interés superior del NNA.

Por otro lado, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, mediante Concepto 000150 de 2017, se pronunció sobre la reglamentación de visitas, sosteniendo que es un derecho del NNA, cuya naturaleza es la de ser un derecho familiar, que tiene como objetivo la unidad y solidez familiar.

El régimen de visitas más que una facultad de los padres es un derecho del NNA para “permanecer, comunicarse y compartir con los padres”. Por lo cual es un derecho que no solo le permite al padre no custodio convivir con su hijo, sino que es una obligación por su parte cumplirlas, en el caso de estar reguladas; es decir, es un derecho del NNA exigible, ya sea al padre o madre que tiene la custodia y no permite ejercer el derecho de visitas o aquel que no ejerza el derecho¹⁸.

El derecho de visitas aparece en aquellos casos donde los padres se encuentran, por una u otra razón, no conviviendo juntos y es un concepto que obra de la mano con las nociones de custodia y cuidado personal. Razón por la que en caso de que los progenitores convivan, este derecho se ejercerá de manera conjunta.

De lo anterior puede entenderse que, si bien es cierto que el derecho de visitas tiene como titulares tanto a los padres como a los hijos; por el carácter de prevalencia de los derechos de los NNA, el ejercicio de este derecho se ejercerá teniendo siempre en cuenta el interés superior del niño; por ende, en los casos en donde las visitas impliquen violación, vulneración o amenaza de cualquier tipo a los derechos de los NNA, este derecho se verá limitado para el padre o madre no custodio.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de octubre de 1984. M. P. Hernando Tapias Rocha.

¹⁷ Constitución política de Colombia. Art. 44.

¹⁸ Instituto Colombiano De Bienestar Familiar. Concepto 000150 de 2017.

2. ¿Por qué se limita el derecho de visitas en medio de la pandemia?

Ante el panorama incierto que impone el Covid-19 frente a los entornos donde niños, niñas y adolescentes crecen y se desarrollan, es menester velar por la protección de derechos que en circunstancias normales se verían vulnerados. La actual pandemia, ha puesto sobre la mesa, entre otros asuntos, diversas problemáticas que giran en torno a la familia, las amistades, la rutina diaria y la comunidad en general, por lo cual, no será excusa que, entre la pluralidad de decisiones administrativas necesarias, y en tanto dure la suspensión de la rama judicial, se soslaye procurar soluciones urgentes frente a las suscitadas controversias originadas en torno al régimen de visitas y custodia.

A la hora de planificar el distanciamiento social y otras medidas como respuesta preventiva frente al Covid-19, el gobierno colombiano debería tener en cuenta los riesgos particulares que emergen de la condición de vulnerabilidad de los NNA, incluidos los que generarían el régimen de visitas; de manera que, de lo que se trata es de impedir que la pandemia se convierta en excusa para una crisis más, que reprima la protección de la infancia y adolescencia.

De esta manera, como quedó expreso en el Decreto 457 del 2020 y se menciona en la Sentencia T-483 de 1999, el derecho fundamental a circular libremente por el territorio nacional, no es absoluto y, como todo derecho, puede tener limitaciones, sin que ello quiera significar una vulneración; por lo que atendiendo al principio de precaución y en el marco de las acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, las restricciones para proteger la salud pública deben ser de duración limitada, proporcionadas, necesarias y basadas en evidencia, y en coordinación con las instancias judiciales. Sin embargo, en el caso *sub examine*, el numeral 4º del artículo 3º, el decreto mencionado, permite la circulación de las personas que realicen actividades de asistencia y cuidado de niños y adolescentes, como excepción a la restricción impuesta, lo que abre paso a interpretar que esta norma logra garantizar las visitas de los padres.

Ahora bien, aunque las visitas son el derecho que tienen los NNA a mantener contacto con el padre o madre que no vive bajo su mismo techo, con el fin de guardar el afecto, la unidad y la solidez de las relaciones familiares; las circunstancias excepcionales y de fuerza mayor por las que el mundo está atravesando, imponen una carga de colaboración a toda la sociedad, que promuevan evitar consecuencias que atentarían contra la misma finalidad constitucional de protección de los derechos de los NNA, como la de proteger su

salud, vida e integridad personal (art.44 C. P.), que reposan en cabeza de la familia, la sociedad y otros sectores e instituciones del Estado.

Sumado a lo anterior, el Decreto 457 de 2020 expedido por el Gobierno Nacional es un tanto ambiguo, pues no estipula la forma en la que se va manejar el régimen de visitas en los tiempos de cuarentena, tampoco cómo se desarrollará la obligación de asistir y proteger los derechos de los mismos; bajo las apremiantes circunstancias, no es aconsejable hacer efectivo el régimen de visitas, puesto que se da un hecho de fuerza mayor que pudiera afectar la salud del hijo/a, pues no debe olvidarse que, de acuerdo con los reportes de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y del Instituto Nacional de Salud (INS), los menores también estarían expuestos a infectarse por el Covid-19. Además, no se cuenta con suficiente certeza que sustente una protección al menor en el escenario de las visitas, aun cuando se procuren los cuidados y medidas higiénicas preventivas¹⁹.

Contrario sensu, se ha querido garantizar este derecho, implementando “las medidas de prevención que disminuyan el riesgo de contagio para los menores de edad y sus progenitores”; sin embargo, ante los imperiosos esfuerzos por evitar la propagación del Covid-19, la mejor alternativa jurídica y de sentido común, en procura del bienestar e interés superior del menor, es llegar a un mutuo acuerdo entre los padres, promoviendo el derecho de visitas a través del uso de las diferentes plataformas digitales, con el aprovechamiento de las herramientas tecnológicas, de forma que se permita un contacto indirecto pero idóneo, de cara a los actuales momentos coyunturales; de manera que al padre no custodio se le favorezca la posibilidad de entablar y mantener, sin obstáculos, las debidas relaciones interpersonales con sus hijos y el derecho de doble vía, donde convergen tanto los derechos de los padres, como los de los NNA.

En el mismo sentido, si bien es cierto que en nuestro país no existe una legislación específica que contemple supuestos sobre un “régimen de visitas virtual”, es aplicable lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que, entre otros, instituye que, a pesar de que no sea posible un contacto o acercamiento físico entre progenitores y/o parientes con los menores, deben instaurarse mecanismos particulares e idóneos para que exista una adecuada comunicación entre ellos, de modo tal que las relaciones paterno-filiales no sean desnaturalizadas, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenar tal derecho, en aras del interés superior del menor y de la cohesión familiar. Además, para efectos legales, es recomendable

¹⁹ ONU. “Los niños pueden infectar e infectarse de Covid-19. 2021”. Disponible en: <https://nacionesunidas.org.co/onu-internacional/los-ninos-pueden-infectar-e-infectarse-de-covid-19-consejos-de-la-oms-para-la-reapertura-de-escuelas/>.

que quien tenga la custodia asegure una evidencia a través de diferentes vías, como llamadas, mensajes, etc., de forma que le permitan comprobar que no tuvo una intención provocada de soslayar el derecho del menor con la excusa del aprovechamiento de la emergencia de salud pública, de importancia internacional.

Por último, y de cara a la expansión de la epidemia a nivel global, el derecho comparado nos pone de presente las múltiples soluciones que han venido adoptando los países con el objeto de enfrentar los problemas respecto al debate que implica el régimen de visitas; además de tomar medidas radicales de distanciamiento social para disminuir el número de nuevos afectados mortales, y con esto, posibilitar que el sistema de salud cuente con la posibilidad de responder de forma adecuada al aumento de demanda asistencial.

En suma, se trata de que los niños logren vivir con la mayor normalidad, una situación que ya de por sí es anormal. Por ahora, es forzoso el acatamiento responsable de las recomendaciones nacionales e internacionales, con el propósito de evitar que esta circunstancia produzca un mal mayor a nuestra sociedad, y aún más, al círculo familiar.

3. ¿Por qué debe garantizarse el derecho de visitas aún en medio la pandemia del covid-19?

El ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a no ser separados de su familia en algunos casos entra en conflicto debido a las medidas de confinamiento que debieron ser decretadas, por el gobierno. Es así, como pueden darse innumerables hipótesis y situaciones en las que, diversos factores, contribuyen al entorpecimiento del desarrollo de este derecho.

Independientemente del tipo de familia de la que haga parte el NNA, será ese el entorno en el que deberá enfrentar todos los inconvenientes generados por la pandemia; no solo tendrán que atravesar por las dificultades propias del aislamiento, tales como cambios en su rutina, educación desde el hogar, el no acceso espacios de recreación y, en general, el impacto psicológico que el confinamiento pueda ocasionarles, sino que también se verán expuestos a los riesgos que, según su entorno familiar, pueden acrecentarse.

Dichos riesgos se identifican según el tipo de familia y la ubicación social y geográfica en el que el NNA se encuentre, puesto que factores como la economía familiar, la educación, la situación laboral, la salud física y mental de sus integrantes,

y en general la estructura de esa familia, serán claves al momento de analizar la afectación al derecho mencionado.

A modo de ejemplo, -y a pesar de las acciones que se pueden ejercer ante las comisarías de familia- el riesgo al que se ven sometidos aquellos NNA que en muchos casos conviven con el padecimiento de la violencia intrafamiliar al interior de sus hogares, y que por efectos del aislamiento deben permanecer de tiempo completo conviviendo con sus agresores, es bastante alto, pues se ve en peligro no solo su integridad física y emocional, sino también su propia vida. Pero ¿podemos enlazar esta hipótesis con el derecho de visitas? La respuesta, justamente en virtud de la variedad de circunstancias en las que viven los NNA, es un rotundo sí. Porque suele ocurrir que, el agresor del menor sea aquel que irónicamente ostenta el derecho de custodia, y el otro progenitor, el que ostente el derecho de visitas, que estaría limitando debido a las circunstancias del aislamiento obligatorio. Esta hipótesis se plantea ignorando los casos en los que, o por decisiones de las comisarías de familia, o en el marco de un proceso de restablecimiento de derechos de un NNA, se asegura su integridad física y emocional a partir de las medidas de protección o restricciones respecto de su agresor, según sea el caso.

Con esto se busca ampliar el panorama de las hipótesis, en las que el derecho de visitas puede verse afectado, teniendo en cuenta que, los entornos familiares son tan variados y distintos entre sí, que cada uno responde de manera diferente al aislamiento y por ello, cada caso merece especial atención y manejo.

Primero analizaremos la situación de aquellas familias tras un divorcio. Para aquellos NNA que se ven inmersos en estas circunstancias, el solo hecho de asimilar y convivir con padres separados, es un proceso complejo y difícil. La adaptación a un régimen de visitas, en cualquier caso, requiere tiempo, paciencia, acuerdos, respeto y mucho apoyo emocional hacia el NNA, pues sus emociones, su familia y su rutina se ven afectadas, sus actividades diarias pueden variar, dejarán de compartir domicilio con los dos padres, tendrán que enfrentarse a un nuevo estilo de vida; lo cual se convierte en un reto tanto para los padres como para los hijos.

Ahora bien, con ocasión de la pandemia y como consecuencia de las medidas de aislamiento ejercidas por el Gobierno Nacional, se han entorpecido los procesos educativos, pues los NNA no está asistiendo físicamente a las rutinas de su escuela o colegio, el cual es un espacio que, además de necesario para garantizar su derecho a la educación, se ha convertido en un lugar de esparcimiento que permite a los menores establecer relaciones interpersonales y psico-afectivas, que

promueven su desarrollo integral. En las escuelas, los NNA logran cultivar valores como la amistad, las reglas de juego que son la base para la interacción social, que forjan su personalidad y les permiten un armónico crecimiento emocional. A pesar de que se ha implementado la educación remota de manera virtual en la mayoría de las instituciones educativas, muchos niños y niñas de zonas rurales o de difícil acceso a la red, no pueden gozar plenamente de su derecho a la educación; y aun cuando cuenten con las herramientas para acceder a las clases virtuales, estas no reemplazan las dinámicas sociales que ocurrían en la presencialidad, y que son tan necesarias para el crecimiento y desarrollo de los NNA.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante concentrarse en que dichos cambios no afecten en mayor grado al menor; es decir, para los NNA, es complejo asimilar que no pueden asistir a su escuela o colegio, y que además no pueden disfrutar de los espacios de recreación regular que antes hacían parte de su rutina, por lo tanto, el objetivo de los padres de familia y del Gobierno Nacional, debería centrarse en procurar que la pandemia sea lo menos traumática posible para los menores, garantizando que sus derechos se cumplan en la mayor medida de lo posible, con la habilitación de mecanismos que les permitan: (i) acceder a la educación desde casa, (ii) continuar disfrutando de espacios recreativos y, (iii) promover y habilitar espacios que les permitan tener contacto físico o indirecto con sus familiares y/o con aquellas personas que cumplen un papel fundamental en su crianza.

De esta manera, no debería limitarse el derecho de visitas de los NNA, justamente porque implicaría sumarle un cambio traumático a su rutina. Además, se le estaría impidiendo gozar de su compañía y de los demás derechos que claramente requieren del acompañamiento, prevención y cuidado vital de sus padres.

Esto se encuentra respaldado por el Gobierno Nacional y por el ICBF, desde donde se han encargado -como se expondrá más adelante- de establecer y dejar en claro que los derechos de los NNA no pueden verse afectados a causa de las medidas de aislamiento preventivo necesarias para la supervivencia, lo cual responde al principio constitucional del interés superior del menor, y al deber de corresponsabilidad consagrado en el CIA, y que obliga al Estado y a los padres, a garantizar la protección y el goce libre y normal de los derechos de los menores.

Aunque el Gobierno pretendió facilitar a través de medidas excepcionales, el correcto desarrollo del derecho de visitas mediante el parágrafo del artículo 2 del Decreto 460 del 2020 -que faculta a los procuradores judiciales de familia para fijar, mediante resolución motivada, obligaciones provisionales de partes respecto a custodia, alimentos y visitas cuando fracase el intento conciliatorio- la Corte

Constitucional en sentencia C-179 de junio de 2020²⁰, declaró inexecutable este párrafo por considerar que la facultad otorgada no es conexa con lo que pretende reglamentar el decreto. Por ello, hoy en día ya no es posible acudir ante los procuradores de familia para dar trámite a estas solicitudes, lo cual no obsta para que las comisarías continúen prestando estos servicios.

En el mismo sentido, la labor de los operadores jurídicos tales como jueces, defensores, comisarios de familia y todos aquellos que se ven inmersos en la solución de este tipo de conflictos, es apoyar el direccionamiento de lo establecido hasta ahora por el Gobierno Nacional y el ICBF sobre la materia. Esto no solo implica acatar las órdenes impartidas a través de los decretos y resoluciones, sino también ser propositivos, meticulosos y escrupulosos a la hora de actuar, sin perder de vista que estamos en circunstancias excepcionales y, por ende, las soluciones no pueden ignorar la complejidad que la pandemia ha traído.

Es menester hacer un especial énfasis en la tarea de los defensores, procuradores y comisarios de familia, pues es quizá la más importante a la hora de procurar solución a las vicisitudes que puedan presentarse en torno al derecho de visitas. Al estar suspendida la jurisdicción de familia, la carga se ha invertido para estas autoridades, pues ahora son ellos los responsables del futuro inmediato de los NNA en sus entornos familiares.

No resulta nada fácil enfrentarse a los conflictos que surgen en virtud del aislamiento, justamente porque cada caso es diferente y cada NNA tiene necesidades disímiles respecto de los demás. Incluso, porque también se debe atender a la capacidad de los padres o de sus cuidadores, lo cual no solo implica un análisis de sus condiciones sociales, laborales o de salud, sino también sobre su estado de ánimo y sus habilidades para enfrentar las situaciones agobiantes que generan la situación de aislamiento.

Por ello, se sugiere que se haga un estudio profundo pero breve, sobre las condiciones específicas en las que vive el NNA, del progenitor que ejerce la custodia y del que ostenta las visitas, para determinar cuál es la solución que más beneficia al NNA y qué escenario le procura la garantía de todos sus derechos.

Es apenas normal que en medio de dicho análisis se encuentre que, eventualmente, el progenitor que ejerce la custodia sea a su vez un proveedor o ejerza cargos de asistencia de salud, lo que por ende implicaría variables más riesgosas para el cuidado del NNA; por el contrario, el progenitor que tiene las visitas sea a su vez un

²⁰ Corte Constitucional Sentencia C -179 de 2020. M. P. Alberto Rojas Ríos.

paciente con afecciones respiratorias, y que por ello se encuentre susceptible de padecer el contagio, siendo así que lo más lógico sería restringir las visitas por el tiempo necesario requerido para garantizar el bienestar del NNA.

Son infinitas las posibilidades y las variantes entre un caso y otro; sin embargo, independientemente de las circunstancias, lo que se debe asegurar es que el NNA goce de todos sus derechos y que logre mantener un contacto saludable, seguro y eficaz con su familia, no solo con sus ascendientes directos, sino con todos aquellos que representan figuras importantes en su vida.

Es claro que la medida de aislamiento obligatorio responde a la intención gubernamental de garantizar el derecho a la salud, y correlativamente el de la vida. Pero no puede dejarse de lado, y mucho menos restringirse, la libre circulación de NNA, para garantizar que se compartan espacios vitales con el padre o madre que no tenga la custodia del mismo. Y de igual manera, es inaceptable que no se le permita, a dicho padre o madre, movilizarse libremente con el único fin de encontrarse con su hijo, y de cumplir con su horario de visitas. Todo esto, porque si bien es un derecho del NNA, es también un deber que los padres responsables y protectores logren ejercer, y su incumplimiento puede derivar en sanciones.

Permitirle al niño, niña o adolescente gozar del derecho a estar en contacto con sus padres, y permitirles a los padres cumplir con su deber de acompañar a sus hijos, se convierte en uno de los propósitos más importantes del Gobierno y del ICBF, no solo por continuar garantizando el desarrollo integral de la niñez en Colombia, sino por su deber de minimizar el impacto de esta pandemia en los niños, niñas y adolescentes.

Por último, es significativo señalar la posición del ICBF²¹ sobre la materia con la que se puntualizó sobre los siguientes aspectos:

“[E]l derecho a la custodia y el derecho a visitas no podrán incumplirse o vulnerarse incluso en situaciones de emergencia como la actual, ya que busca “garantizar al niño, niña o adolescente su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella”, derecho el cual es fundamental y no puede ser vulnerado en ningún momento”.

²¹ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Disponible en: <https://www.icbf.gov.co/noticias/informacion-la-opinion-publica-19>.

Se hace referencia al numeral 4 del artículo 3 del decreto 457 del 22 de marzo de 2020, el cual “permite la circulación de las personas que realicen actividades de asistencia y cuidado de niños, niñas y adolescentes”.

Con relación a lo anterior, menciona que los padres o progenitores que deben cumplir con un régimen de visitas tendrán el derecho a circular con el fin de que no se les vulnere su derecho a visitas, que al mismo tiempo es una obligación. Igualmente, la norma busca evitar la afectación de los derechos de los menores al impedir el contacto entre los menores y sus padres. Dicho desplazamiento se podrá realizar siempre y cuando “se garanticen las medidas de prevención que disminuya el riesgo de contagio para los menores de edad y sus progenitores”.

Con el propósito de evitar cualquier tipo de sanción por parte de las autoridades competentes, el ICBF establece que, al momento de realizar el desplazamiento con el fin de dar cumplimiento a los regímenes, el progenitor deberá llevar con él aquellos documentos que demuestren el régimen de visitas o custodia al que se encuentra obligado, ya sea acta de conciliación, escritura pública, resolución administrativa o sentencia judicial.

En caso de traslado de los NNA de la casa de uno de los progenitores a la otra, es responsabilidad de los progenitores mantener todos los cuidados dados por el Ministerio de Salud, tomando todas las medidas que sean necesarias para conservar el cuidado del menor. Si por motivo de la situación enfrentada por el país, es imposible ejercer el derecho de visitas, se deberá acudir a los medios virtuales; hasta que sea superada la situación de emergencia.

De igual manera, en los caso en los que la custodia entre padres sea compartida, que pese a no estar regulada formalmente, se introduce como una alternativa del ejercicio del deber de corresponsabilidad entre los progenitores, pueden también surgir los mismos inconvenientes en virtud del confinamiento, a lo cual, las posibles soluciones planteadas en este texto son igualmente aplicables, teniendo en cuenta que de alguna manera se verá afectada la presencia de uno de los dos padres en el diario de su hijo, y que tendrán que hacerse los mismos análisis siempre en pro del interés superior del NNA.

En igual sentido, en el marco del seminario sobre los *Desafíos del Covid-19 para el derecho de familia*, la profesora María Eugenia Gómez indicó que “una vez, se vuelva a un estado de normalidad, algunos han dicho que se deberá compensar el

tiempo que el padre/madre no custodio no pudo tener personalmente con su hijo, e inclusive se ha hablado de un cambio de custodia temporal²².

Cada caso implicará un estudio metódico y sosegado sobre qué es lo más conveniente en medio de esta situación abrumadora e invasiva en pro del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

CONCLUSIONES

1. El derecho de visitas es un derecho fundamental de los NNA, regulado constitucional, legal y jurisprudencialmente, esto con el objetivo de que a pesar de la no convivencia de los progenitores se le pueda preservar el derecho del NNA a tener una familia y a no ser separado de ella, garantizando de esta forma la armonía e integridad de sus demás derechos.
2. La actual pandemia representa un potencial escenario de vulneración de derechos para los NNA, lo anterior debido a que las medidas establecidas por el gobierno nacional en aras de la salud pública entorpecieron la garantía de algunos de sus derechos, al tiempo que indirectamente se ha afectado el cumplimiento de los deberes a cargo de los padres.
3. El confinamiento no puede utilizarse como pretexto para evitar que los padres cumplan sus obligaciones y deberes, al tiempo que el padre custodio debe propender por mantener, sin obstáculos, relaciones interpersonales y de contacto directo con el padre visitador, de manera que se permita interactuar y seguir desarrollando relaciones afectivas con este último.
4. En el marco de la actual emergencia sanitaria por coronavirus es totalmente viable que los padres separados que no vivan con sus hijos puedan desplazarse con el fin de visitarlos, en vista de que el decreto 457 de 2020 en su artículo 3 contempla excepciones de aislamiento para las personas que realicen actividades de asistencia y cuidado de niños.
5. Ante un posible riesgo de contagio la mejor alternativa jurídica, en procura del bienestar e interés superior del menor, es llegar a un mutuo acuerdo entre los padres, promoviendo el derecho de visitas a través del uso de las diferentes plataformas digitales, con el aprovechamiento de las herramientas tecnológicas, de forma que se permita un contacto indirecto pero idóneo, de manera que al padre no custodio se le favorezca la posibilidad de entablar y mantener, sin

²² GÓMEZ, María Eugenia, "Desafíos del Covid-19 para el derecho de familia". Ponencia en el *Seminario internacional de la Universidad de Chile y la universidad Externado de Colombia*. 19 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.facebook.com/DerCivilUEexternado/videos/534042170815214/>

obstáculos, las debidas relaciones interpersonales con sus hijos y el derecho de doble vía, donde convergen tanto los derechos de los padres, como los de los NNA.

6. La actual crisis mundial obliga analizar aspectos sociales y de política pública, pero también a hacer una introspección dentro del núcleo familiar, sobre el cuidado y las capacidades de crianza de los hijos, ya que se tenía por costumbre dejar la responsabilidad de la educación y el seguimiento escolar en los colegios. Sin embargo, en el contexto actual, los padres o cuidadores se han visto inmersos en el proceso instructivo y académico de sus hijos, un reto que requerirá de todo el apoyo, amor y dedicación para llevar a buenos términos el desarrollo integral del NNA.

Referencias

Normativa:

Constitución Política.

Código de Infancia y Adolescencia.

Código Civil.

Ley 1257 de 2008.

ONU. Convención Sobre los Derechos del Niño.

UNICEF. Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños.

Jurisprudencia:

Corte Constitucional. Sentencia T -523 de 1992 M. P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia T -500 de 1993. M. P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. Sentencia T-868 de 2009. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia T -115 de 2014. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional. Sentencia T -384 de 2018. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 2020. M. P. Alberto Rojas Ríos.

Doctrina:

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. "Tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia". Tomado de https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/manual_para_la_ejecucionytratados_sep172009.pdf.

Instituto Colombiano De Bienestar Familiar. Concepto 000150 DE 2017. Disponible en: <https://www.icbf.gov.co/noticias/informacion-la-opinion-publica-19>

PÉREZ VERA, Elisa. Miembro de la Comisión Especial de la Conferencia Internacional de La Haya. *Informe Explicativo*.

Recursos en línea:

GÓMEZ, María Eugenia, “Desafíos del Covid-19 para el derecho de familia”. Ponencia en el *Seminario internacional de la Universidad de Chile y la universidad Externado de Colombia*. 19 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.facebook.com/DerCivilUEexternado/videos/534042170815214/>

NACIONES UNIDAS. “Los niños pueden infectar e infectarse de Covid-19”. 2021. Disponible en: <https://nacionesunidas.org.co/onu-internacional/los-ninos-pueden-infectar-e-infectarse-de-covid-19-consejos-de-la-oms-para-la-reapertura-de-escuelas/>