

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

"LA FAMILIA Y SU REGLAMENTACION LEGAL EN

COLOMBIA "

Tesis de grado presentada por :
LEON ALBERTO RODRIGUEZ VILLANUEVA

Para optar el título de abogado.

Dirección del Profesor:

JUAN PABLO ARRIETA GUERRA.

Barranquilla 1.983.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARCELONA

No INVENTARIE **-4034216**

PRECIO _____

FECHA **08 FEB. 2008**

CANJE _____ DONACION _____

Director de Tesis

JUAN PABLO ARRIETA GUERRA.

Presidente Honorario

Doctor CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ.

Barranquilla 1.983.

NOTA DE ACEPTACION:

PRESIDENTE DEL JURADO:

JURADO :

JURADO :

Barranquilla, Diciembre 1.983.

" T E S I S D E G R A D O "

D E :

LEON ALBERTO RODRIGUEZ VILLANUEVA

T I T U L O

"LA FAMILIA Y SU REGLAMENTACION LEGAL EN COLOMBIA "

- A) CAPITULO I "INTRODUCCION"
- B) CAPITULO II "EL DERECHO DE FAMILIA"
 - a) Concepto
 - b) Evolución conceptual
 - b.1) La Promiscuidad
 - b.2) La Familia Consanguínea.
 - b.3) La Familia Punulúa
 - b.4) La Familia Matriarcal Sindiásmica.
 - b.5) La Familia Patriarcal Poligámica.
 - b.6) La Familia Monogámica.
 - c) CARACTERISTICAS.
 - d) IMPORTANCIA SOCIAL DE LA FAMILIA.
- C) CAPITULO III "LA FAMILIA Y EL ESTADO "
 - a) Principios Generales.
 - b) Aspectos fundamentales de la Organización Familiar en Colombia.

- b.1) Matrimonio actual Monogámico.
- b.2) Igualdad de derechos.
 - b.2.a.) Dirección compartida
 - b.2.b.) Obligaciones y Derechos de tipo económico.
 - b.2.c.) Los alimentos se clasifican.

- D) CAPITULO IV LEGISLACION VIGENTE SOBRE DERECHO DE FAMILIA"
- a) Clases de Familia.
 - b) Ley 28/32.
 - c) La Ley 83/46.
 - d) Ley 45/36.
 - e) Ley 75/68.
 - f) Decreto 2820/74
 - g) Ley 5a./75 y Decreto 752 de 1.975.(Reglamentario)
 - h) Ley 1a./76
 - i) Ley 5a./77
 - j) Ley 29/82.

- E) CAPITULO V? "BREVE COMENTARIO DE LA LEY QUINTA DE 1977"
- a) Factores que determinan la necesidad de crear la Jurisdicción de Familia
 - a.1) Volúmen de trabajo en los Tribunales y algunos Juzgados de Circuito.
 - a.2.) Circuitos Judiciales muy congestionados de trabajo.
 - a.3.) Falta de investigación y atención en los problemas de familia.
 - a.4.) Creación de abogados expertos y profesores de Derecho Familiar.

F) CAPITULO VI

"BREVE COMENTARIO A LA LEY 29 de 1982."

G) CAPITULO VII

"JURISDICCION DE FAMILIA EN COLOMBIA"

"CONCLUSIONES "

INTRODUCCION

Sin duda para captar el modo de ser de la sociedad es imprescindible la determinación de su actitud frente a la Familia y a los medios de producción.

No es vano ni por obra del azar la organización de la Familia está condicionada por el adelanto técnico y científico de la Comunidad, por la organización y división del trabajo y sus posibilidades de supervivencia y acumulación; al paso que las Instituciones familiares devuelven esa acción con un influjo decisivo sobre el comportamiento del hombre, respecto del uso y la apropiación de los bienes y servicios.

Parejamente la Función social de la Familia y de cada uno de sus miembros, también va cambiando, así los conceptos, definiciones y las Instituciones vayan a la zaga en este proceso.

La Familia Vital se ha reducido en número, la socialización es más temprana e intensa y la comunidad opera en ella en forma más activa, las ocupaciones de los adultos dejan cada vez menos tiempo para el recogimiento del hogar, su eficacia económica es cada vez más débil, y más fuerte su tarea en la pre-

ración de la prole para la vida en sociedad y en el ajuste propio para su realización integral.

Podemos asegurar que el Estado será tan sólido en sus principios e Instituciones en la medida en que sean firmes y sólidas las bases rectoras de la Familia.

La Familia como tal no se debe a ninguna ley civil que la haya dado el Derecho a su existencia ni a la procreación, ella goza de absoluta libertad en el cumplimiento de sus fines naturales, es más bien el Derecho Natural el rector de la vida de una Familia, es preexistente y superior al mismo derecho positivo del Estado.

La Monogamia, la indisolubilidad del matrimonio, la prohibición del adulterio etc, son Instituciones fundamentales en la vida de la Institución primera y primaria a la cual nos estamos refiriendo, que protegerlos debe ser una de las principales metas de todo gobernante, para que como ya lo dijimos en base a ella se de un Estado fuerte y bien organizado.

De ahí también de suma importancia que se reglamente el conjunto de normas que han de regir los destinos de las distintas familias que integran un Estado.

Un Derecho de Familia en el cual se proteja al individuo desde su concepción hasta después de su muerte, o lo que es lo mismo que su objeto principal sea la persona.

Como también se dijo con anterioridad la Familia tiene que ser modificada de acuerdo con los adelantos de la técnica, desarrollo económico y social etc; es el caso de lo que ha ocurrido con el Decreto 2820 de 1974 con base en el cual se le introdujeron reformas sustanciales a la organización Familiar en Colombia.

De suma urgencia pues, que se ponga en práctica la ley 5 de 1977, por la cual se creó la jurisdicción especial de Familia la cual debe ser más humana y social que la legislación ordinaria.

En síntesis la Jurisdicción de Familia tal y como está concebida por la ley 5a, de su contenido se deduce claramente la intención del legislador que es la que a través de ella se llegue a una prontísima solución de los conflictos familiares; ya sea entre los cónyuges, entre éstos y sus hijos etc, puesto que los problemas surgidos en el seno de una Institución no es para dejarlo abandonado a que el transcurso del tiempo lo mejore o lo empeore sino por el contrario exige un rápido pronunciamiento.

CAPITULO II

" EL DERECHO DE FAMILIA "

De ordinario se comete el error de considerar que el derecho de Familia comprende derechos exclusivamente de carácter personal. Pero técnicamente la palabra Familia significa o comprende un sentido amplio y uno estricto y en ambas se encuentran relaciones de orden personal y relaciones de orden patrimonial íntimamente unidas.

a. CONCEPTO

Según BONNECASE : En sentido amplio, " Conjunto de reglas de orden personal y Patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal accesorio o indirecto es presidir, la organización, vida y disolución de la Familia ".(1).

En sentido estricto : " Se refiere a lo relativo al Derecho matrimonial y al parentesco ".(2). Es decir que en ésta parte hace relación al grupo de personas que descienden de un tronco común.

1,2.Elementos de Derecho Civil. T.I. Julian Bonnecase p.479
3.Manual de Derecho de Familia. Enrique Rossel.S.Pg.4

Por otro lado tenemos la definición dada por ROSSEL SAAVEDRA autor Chileno quien nos dice : Por familia " Jurídicamente considerada, es el conjunto de individuos unidos por vínculo de matrimonio o parentesco. Tanto el parentesco de afinidad como el de consaguinidad dan origen a la familia y sirven de fundamento a las relaciones jurídicas ". (3).

Como podemos observar en las definiciones antes mencionadas se habla de un conjunto de personas vinculadas entre sí ya sea como producto del matrimonio que dá origen al parentesco de afinidad; o como resultado de las relaciones sexuales entre los esposos los que origina parentesco de consaguinidad.

b. EVOLUCION CONCEPTUAL :

"La familia, dice MORGAN, es el elemento activo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren una transformación radical, sino cuando se la modifico radicalmente la familia " (4).

b.1. LA PROMISCUIDAD :

Es dijéramos una forma de matrimonio por grupos en que grupos enteros de hombres y grupos enteros de mujeres se pertenecen recíprocamente."

Es decir que había un comercio sexual sin trabas de ninguna clase como las existentes hoy en día; así por ejemplo la idea del incesto solo es conocida en épocas posteriores de desarrollo, antes de él el comercio sexual entre padres e hijos no podía ser más repugnante que entre otros miembros de generaciones diferentes. Por lo tanto en esta época tenemos una forma de relaciones carnales que solo pueden llamarse promiscuidad sexual, en el sentido de no existir las restricciones que hoy en día se han impuesto por la costumbre.

Según el entender de Enges " La promiscuidad supone la supresión de las inclinaciones individuales, de tal suerte, que su forma por excelencia es la prostitución " (3)

b.2. LA FAMILIA CONSANGUINEA

Acá los grupos se clasifican por generaciones " Todos los abuelos y abuelas en los límites de las generaciones son maridos y mujeres entre si; lo mismo sucede con sus hijos

(1) Engles F. "Orígen de la Familia La propiedad privada y el Estado " Pág 27 - 34 - 35

(2) Ob cit, pág 34

(3) Ob cit, pag 35

es decir con los padres y las madres; los hijos de éstos forman, a su vez, el tercer círculo de cónyuges comunes; y sus hijos, es decir los biznietos de los primeros el cuarto. En esta forma de familia los ascendientes y los descendientes los padres y los hijos son los únicos que están excluidos entre sí de los derechos y deberes del matrimonio.

Hermanos y hermanas, primos y primas en primero y segundo y restantes grados son entre sí hermanos y hermanas, y por eso ellos mismos maridos y mujeres unos de otros. El vínculo de hermano y hermana presupone de por sí en ese periodo el comercio carnal recíproco."(4).

Esta clase de familia ha desaparecido ni aún en los pueblos más salvajes se encuentran vestigios de ella.

b. 3. FAMILIA PUNULUA :

Se forma por grupos o clases de distintas tribus .

Se excluyen los hermanos del comercio carnal. Esta clase de organización es un ejemplo de la forma como actúa el principio de la selección natural .

Fué esta clase de familia la que dió origen a la gens que fué la base del orden social de la mayoría de los pueblos antiguos.

(4) 7 Ob cit pág 38 F. ENGELS

El significado de la palabra Punalúa es el de, Compañero íntimo.

Entre hermanos (incluso colaterales más lejanos) por línea materna el grupo antedicho se forma en una gens es decir círculo cerrado de parientes consanguíneos por línea materna, que no pueden casarse unos con otros; gens o círculo que se consolida cada vez más por el establecimiento de Instituciones de orden religioso y social que van distinguiendo a una agrupación de otra.

b.4. FAMILIA MATRIARCAL SINDIASMICA :

Es aquella en la que se establece el orden sucesoral por línea materna. En esta etapa el hombre vive con una mujer pero de tal suerte que la poligamia y al infidelidad ocasional siguen siendo derecho de los hombres aunque se practica poco principalmente por motivos económicos, por el contrario la mujer tiene como fines de conducta una fidelidad estricta, el vínculo conyugal se disuelve fácilmente pues los hijos sólo pertenecen a la madre.

" El matrimonio entre gens no consanguíneas engendra una raza más fuerte, tanto en el aspecto físico como en el mental; mezclándose dos tribus avanzadas, y los nuevos cráneos y cerebros crecían naturalmente hasta que comprendían las capacidades de ambas tribus ". (5).

(5) 8 Ob cit pág 45.

Esta familia se caracteriza por el predominio de la madre existiendo el derecho de tener una madre propia y la imposibilidad de conocer con certidumbre el verdadero padre; debido a que las mujeres tomaban sus maridos de otras gens.

La Familia Sindiásmica aparece como límite entre el salvajismo y la Barbarie, la selección natural ha venido realizando su obra reduciendo cada vez más la comunidad de los matrimonios entrando en juego nuevas fuerzas impulsivas de orden social.

b.5. FAMILIA PATRIARCAL POLIGAMICA :

El marido tenía mujeres, una principal cuyos hijos eran los legítimos.

Con la introducción del concepto de propiedad privada de las familias y el aumento de las riquezas iba ganando posición el hombre dentro del hogar y además como en el estadio anterior el orden sucesoral se estableció por línea materna esto también influyó para que en esta naciera la idea de valerse de ésta ventaja para modificar en provecho de sus hijos el orden de herencia establecido, o sea que se va a establecer de ahora en adelante por línea paterna.

Lo que caracteriza a esta familia no es propiamente la poligamia sino " La organización de cierto número de individuos, libres y no libres, en una familia sometida al poder paterno del jefe de ésta." (6).

b.6. FAMILIA MONOGAMICA :

Con el derrumbamiento del matriarcado y más concretamente de la poliandría y la poligamia, surge ésta última clase de familia.

Como características especiales son la de ser el hombre el jefe, crear hijos cuya paternidad sea indiscutible, paternidad que se exige sea indiscutible porque los hijos en calidad de herederos directos han de entrar un día en la posesión de los bienes de su padre.

La familia monogámica se diferencia de la sindiásmica por la gran solidez de los lazos conyugales pues el vínculo ya no puede ser disuelto tan fácilmente por una de las partes, claro que con mayor opción para el hombre de romperlo y repudiar a su mujer; otra de las características es la infidelidad por el hombre que está ampliamente aceptada.

(6) Ob cit.pág 56.

Tenemos pues que el origen de la monogamia no fué el amor sexual individual sino del triunfo de la propiedad privada sobre la común, la preponderancia del hombre en la familia y la procreación de los hijos que solo pudieran ser de él y destinados a heredarle.

La Monogamia no aparece de ninguna manera como la forma más elevada de matrimonio, sino que entra en escena bajo la forma de esclavizamiento de un sexo por el otro; pero también hay que reconocerlo que fué la forma de matrimonio que dió origen al amor sexual de la pareja o amor mútuo de los cónyuges. Surgiendo de esta forma que contra el amor conyugal el principal de los flagelos es la infidelidad .

La Iglesia Católica ha establecido para favorecer la Institución matrimonial de un sexo por el otro, pero también hay que reconocerle que fué la forma de matrimonio que dió origen al amor sexual de la pareja o amor mútuo de los cónyuges.

La iglesia Católica ha establecido que en contra de la Institución familiar se ha creado el divorcio el cual provoca la disolución de la familia.

Hoy en día se entiende por monogamia el matrimonio celebrado entre un hombre y una mujer.

C - CARACTERISTICAS

A la familia por ser una Institución de orden natural se le han asignado algunas características especiales.

1. Las normas por las cuáles se rige son de orden público, o sea que quedan al margen de la autonomía de voluntad de sus integrantes, es decir es el legislador quien da la Facultad, impone la obligación y determina su alcance y consecuencias.
2. Está establecido en consideración a las personas desde luego no puede cederse ni renunciarse.
3. El cumplimiento de las obligaciones de carácter personal, solamente se le puede proceder por medios indirectos como sería el caso por ejemplo del padre que deshereda al hijo menor que ha contraído matrimonio sin su permiso. Pero tratándose de obligaciones de carácter patrimonial si pueden ejercerse las acciones directamente ejemplo de ello sería un juicio de alimentos que sigue un hijo contra su padre que ha incumplido su obligación.
4. No admiten adquisición en forma derivada como por ejemplo por sucesión o tradición sino que por el contrario se radican originariamente en el titular y desaparecen con él.

5. No se ganan ni se pierden por prescripción, caducan prescriben.

De ahí la imprescriptibilidad de las acciones sobre reclamación del estado civil.

6. Son derechos irrenunciables pués teniendo como correlativo una obligación el titular no puede por su sola voluntad no ejercitarlas o delegarlas en terceros.

7. El Derecho de Familia es de Derecho privado, no obstante lo anteriormente indicado pués las vinculaciones son entre individuos particulares. El Estado no es sujeto de la relación familiar pero es guarda y su tutor ". (4).

D. IMPORTANCIA SOCIAL DE LA FAMILIA

La Familia es la primera sociedad natural, fundada sobre inquebrantable unión del hombre y la mujer para complementarse con los recíprocos y deberes entre los padres e hijos, entre patronos y siervos.

De las palabras pronunciadas por algunos de nuestros Pontífices podemos en algo deducir la importancia que para nosotros representa la familia.

(7) Peña Motta Pedro P. " Familia Religión y Estado" pág 17.

PIO XII " La familia ha sido, es seguirá siendo el manantial y cauce del género humano y del hombre. Obra maestra de la suma sabiduría y bondad del creador, ha recibido de [El la Constitución, las prerrogativas y deberes que le allanan el camino para seguir sus propios fines superiores ". (28 de Octubre de 1955). "La Familia es el elemento vital de la sociedad natural, escuela donde crece y se prepara el hombre del mañana (2 de Junio 1947). (7)

JUAN XXII " Dios ha puesto en el corazón del hombre tres amores principalmente que de suyo se nutren y con el se ennoblecen; el amor de los esposos, el amor de los padres, el amor filial. Querer arrancar o paralizar estos afectos parecería una profanación de algo sacro que llevaría fatalmente a su ruina a la patria y a la humanidad.

La dignidad, los derechos y deberes del hogar, establecidos por Dios mismo como cédula vital de la sociedad, son por ello tan antiguos como el mundo, son el fundamento del bienestar social ". (Mensaje Nacional la familia Española. 10 de febrero de 1959).

PAULO VI : " El hogar es el lugar privilegiado del amor, de la comunidad íntima de las personas, del aprendizaje de una entrega continuada y progresiva entre los esposos ".

"El Hogar es el lugar donde se acoge la vida".

"El Hogar sigue siendo todavía un lugar de apertura a todas las demás comunidades" (3).

Concilio Vaticano II La Familia tiene origen en la voluntad de Dios :

"Esta misión de ser la cédula primaria y vital de la sociedad, la familia la ha recibido directamente de Dios".
(GS 46).

"La Familia es la escuela del más rico Humanismo", Fundamento de la Sociedad " (GS 52)

En la vida jurídica ha sido una colectividad excluida casi hasta nuestros días siendo como es la más antigua e importante.

Dicen los hermanos MAZEAUD "La más antigua porque es una colectividad natural y la única agrupación natural".

"La más importante porque sin ella no se concibe la posibilidad de una vida en sociedad". Se ha repetido con tanta frecuencia que la familia es la CEDULA SOCIAL POR EXCELENICA . No solo constituye la familia para los cónyuges y para los hijos una escuela de abnegación y mútua sino que asegura la protección del individuo ". (17).

(8.9,10) Ob Cit pág 18

2 - 1 JEAN, HENRY Y LEON MAZEUD " Lecciones de Derecho Civil" Parte I Vol III. Pág 11.

Como quiera que se le considere aparece como una Institución necesaria y sagrada, es la primera Institución no artificial sino natural.

Por otro lado el tratadista VALENCIA ZEA al hablar de la importancia de la familia nos dice : " El derecho de familia es una de las partes más importantes del Derecho Civil, ya que se refiere a Instituciones de tanta trascendencia como el matrimonio, la filiación, la sociedad conyugal, las tutelas, las curatelas, etc . (6).

De lo anteriormente dicho se ve muy claramente la importancia que para todos nosotros representa la familia como el origen de toda sociedad cualquiera que sea su forma de organización.

CAPITULO III

" LA FAMILIA Y EL ESTADO "

a. PRINCIPIOS GENERALES :

Un texto de Pío XII resume la doctrina sobre las relaciones entre la familia y el Estado.

" La Familia es la cédula fundamental, el elemento constitutivo de la comunidad del Estado, porque, para emplear las expresiones mismas de nuestro predecesor Pío XI, de feliz memoria " El Estado es lo que le él hacen las familias y los hombres de los cuales se forma, como el cuerpo se forma de sus miembros". El estado debería por lo tanto, en virtud de la misma, por decirlo así, del Instituto de conservación, cumplir todo aquello que esencialmente, según el plan de Dios, es su deber primordial a saber : Garantizar absolutamente los valores que aseguren a la familia el orden, la dignidad humana, la salud y la felicidad. ESos valores que son propiamente los elementos del bien común, jamás podrán ser sacrificados en aras de lo que pudiera sea aparentemente un bien común " (Audiencia a un grupo de padres de familia, 18 de septiembre de 1951).

Porqué tanto interés de proteger la Familia ?

Por ser ella la vida y la base de toda sociedad, su estabilidad repercute en el orden, en la organización del grupo social, su desintegración significa la Anarquía.

La Familia es una Institución en cuya custodia están interesadas todas las fuerzas de la humanidad.

Es importante ver como todos los pueblos y en todos los tiempos el Estado se ha preocupado por legislar en favor de la institución de la familia. De lo anterior deducimos la conciencia que han tenido los hombres sobre la importancia siempre actual de la Institución familiar como célula primaria de la sociedad y el Estado.

Tanto la familia como el Estado son organismos de los cuales necesita el hombre puesto que la primera como origen de toda sociedad es aquella donde se obtienen los primeros conceptos de la vida, la sociedad etc; y el Estado como proyección de la familia es un elemento del cual no se puede prescindir puesto que en él encontramos organizaciones que prestan diferentes servicios necesarios para desarrollar nuestra personalidad, cumplir nuestras funciones como personas, etc, de ahí que las relaciones entre la familia y el Estado deben ser de tal naturaleza que al legislar sobre una de ellas no se vaya a afectar la otra, antes por el contrario se complemente.

b. Aspectos Fundamentales de la Organización Familiar en Colombia .:

Por muchos años, ya siglos, la familia Colombiana se ha estructurado política y socialmente sobre postulados tales como la unidad de los extremos en la relación matrimonial, la indisolubilidad del vínculo la potestad marital; la dirección del hogar en la cabeza del marido, la autoridad paterna, la primacía del padre en el ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad, el reconocimiento de mayores derechos a los hijos legítimos con relación a los hijos extramatrimoniales y la mayoría de edad a los 21 años ".

En la declaración de los derechos humanos artículo 16 habla de la familia así :

Tiene tres numerales dicho artículo y en el tercero dice :
" La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado ".

-
- 1 - 19 Conferencia Episcopal de Colombia "Pastoral Familiar"
Pág 35.
1 - 20 Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá No.18
"Principales Reformas a la organización de la Familia".
Suárez F.Roberto . pág 31.
5 - 6 Revista C.Co De Bogotá "Los Derechos Humanos y la
Mujer Colombiana ".Eduardo Luna Umaña. Pags 129-130.

" La Familia, en Colombia, como elemento natural y fundamental de la sociedad " No goza de disposición constitucional que así lo disponga.

A la vista está que nuestro constituyente ha dejado de lado Un aspecto tan fundamental como es la familia, en cambio la Conferencia Episcopal Colombiana presentó en 1951 un precepto básico sobre la Familia y dicho contexto decía : " La Familia es el núcleo fundamental de la sociedad; el Estado vigorizará su organización, tutelará sus intereses y garantizará, sus derechos ".

Al incluirse dentro de nuestra Constitución uno o varios artículos relacionados con la familia hará que el Estado tome conciencia de la necesidad de una política integral que redunde en beneficio de las familias menos favorecidas.

b.1. Matrimonio Actual Monogámico :

Ségún la definición de nuestro código Civil Art.113. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fín de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

De lo dicho anteriormente se deduce que en nuestro sistema civil se tiene que el matrimonio es un contrato solemne, con un hombre y una mujer en cada una de los extremos de la relación.

Actualmente el matrimonio en Colombia puede ser civil o Canónico. Uno y otro a la disposición de los súbditos del Estado Colombiano : Los Nacionales y los Extranjeros que habiten en el territorio o estén de paso. A partir del 2 de Julio de 1975, en razón del canje de notas de retificación del concordato del 12 de Julio de 1973, aprobado por la ley 20 de 1974, se admitió el matrimonio Civil de Católicos y se le reconocieron efectos civiles. En tales circunstancias dentro del territorio, en el momento, los católicos Nacionales o extranjeros, pueden optar entre la forma canónica y la civil que conllevan su régimen jurídico respectivo. En tanto que los no católicos están sometidos al solo estatuto civil. Los extranjeros, además, pueden acogerse a su ley Nacional, cualquiera que sea su credo, como lo autoriza la ley 266 de 1938 y en consecuencia contraer matrimonio ante el agente diplomático o cónsul de su país, con arreglo a su estatuto personal.

La forma matrimonial se rige en Colombia por la ley Colombiana Lex Loci actus, que como se anotó se remite en cuanto a constituyentes ambos extranjeros, al fuero Nacional de éstos, para permitirles el empleo de la forma propia. Quiénes aquí se casan según el caso, civil o católicamente se consideran cónyuges entre sí en Colombia, independientemente, respecto de extranjeros católicos, de si la ley nacional de ellos reconoce o no efectos a la forma religiosa.

Ese matrimonio ha de ser inscrito en el correspondiente registro civil (D. 1260 de 1970 Arts 5o. y 67 a 71), por regla general no surtirá efecto, respecto de terceros sino desde la fecha de su registro o inscripción (Art 107: Ley 265 art 1o.). La inscripción se surte con vista en copia fidedigna de la escritura de protocolización de las diligencias judiciales o administrativas respectivamente en caso de matrimonio civil, o de la respectiva acta de la partida parroquial, en cuanto a los matrimonios católicos (D. 1260 art 68). Cabe distinguir entre los efectos civiles propios del que se producen desde su celebración y la posibilidad a terceros que no lo hayan conocido directamente, que sólo operan a partir de la inscripción. (D : 1260 del 70. Cas 31 Julio 1936, XLIV pág 105

Pueden además los Colombianos contraer matrimonio en el exterior entre si o con Nacional de otro estado, sea o no el matrimonio se debe acoger la ley del lugar donde se (Cas 11 de Agosto de) .

De modo que el Colombiano casado en el exterior, según la ley del lugar, ora católicamente es considerado en Colombia, produce sus efectos y debe ser inscrito, ante el cónsul de Colombia o ante el funcionario competente del país donde se haya celebrado, y en todo caso en la primera oficina encargada del registro del Estado Civil en la capital de la República art 67 D : 1260 del 70.

Estando llamado el matrimonio a perdurar y a tener repercusiones de toda índole, se producen unos efectos, personales, patrimoniales, entre los cónyuges y entre estos y su descendencia.

Los efectos personales tanto entre los cónyuges como entre estos y su prole se rigen por la ley del domicilio.

La ley Colombiana es obligatoria tanto para Nacionales como para extranjeros residentes en Colombia, art 18 CC y las leyes obligan a todos los habitantes del país inclusive extranjeros domiciliados o transeuntes.

En cuanto a las consecuencias de carácter patrimonial se rigen por la ley del lugar donde se celebró el matrimonio. Los que hayan casado en el extranjero y se domiciliaren en Colombia, se presumiran separados de bienes, a menos que de conformidad con las leyes bajo cuyo imperio se casaron se hallen sometidos a un régimen patrimonial diferente.

Las características del matrimonio actual son :

Es un contrato tomado en sentido amplio se entiende como un acto nacido de la voluntad de dos personas y reglamentado por la ley civil.

Solemne : Es un contrato que debe someterse a unos requisitos para que tenga validez y produzca efectos jurídicos, por la escritura registrada. Es decir que llene los requisitos legales.

Diferencia de sexos un hombre y una mujer en cada extremo de la relación:

Efectos permanentes y perpetuos. Antes de establecerse el Divorcio para el matrimonio Civil era una unión indisoluble para toda la vida.

Los efectos son actuales y se generan el momento de su celebración.

Su objeto es el de vivir juntos procrear y auxiliarse mutuamente, de consiguiente tienen primordialmente un objetivo de orden moral y secundariamente uno de orden patrimonial.

Al matrimonio se le dan dos características. Unidad e Indisolubilidad.

La unidad traduce singularidad de sexos, según el art 113 de cc " El matrimonio es un contrato solemne entre el hombre y una mujer..Etc ".

Indisoluble : No puede disolverse por la voluntad mútua de los cónyuges Art 152 ccc (Dicho artículo se enucentra derogado por la ley 1a.de 1976 art).

b.2. Igualdad de Derechos :

Tanto en los sistema socialistas como en los Burgueses el postulado básico es la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, igualdad que se revela ante todo en el matrimonio en donde marido y mujer actúan en plano de igualdad y mútua colaboración a fín de permitir el normal desenvolvimiento de la personalidad de los cónyuges y de los hijos.

Por medio del Decreto 2820 de 1974 llamado igualdad jurídica de los sexos; igualdad de Derechos entre el hombre y la mujer introdujo una serie de modificaciones a la organización de la Familia en Colombia.

Trajo modificaciones en la Potestad marital, Patria Potestad, con las cuales se ve a las claras que dicho Decreto se inspiró en el objetivo de demostrar y reconocer a la mujer Colombiana su calidad de persona capaz de cooperar igualitariamente en la dirección del hogar y de los hijos y de reaccionar contra aquellos que sólo ven en ella un objeto de gran utilidad.

Con anterioridad se había observado la necesidad de una legislación al respecto, prueba de ella tenemos entre otras la ley 28 de 1932 quien no realizó en forma integral la igualdad jurídica de hombres y mujeres.

Por ese entonces la mujer no tenía derechos políticos con-
cesión hecha posteriormente por el plebiscito del 1o. de
Diciembre de 1957, por éste ya la mujer podía elegir y ser
elegida (Senadora, representante, Juez, Magistrado, Ministro
etc) no existe función alguna que no pueda ser desempeñada
por una mujer.

Luego vino la ley 75 de 1968 Art 22 que les permitió a las
mujeres ser tutoras, curadoras y se habilitan de edad por el
matrimonio al igual que los hombres.

Pero a pesar de ello se conservaban otras desigualdades a saber:

1. El ejercicio de la Patria Potestad era un derecho exclu-
sivo del hombre.
2. Potestad marital del hombre sobre la persona de la mujer,
ya que por la ley 28 de 1932 se le quitó la administración
de los bienes de ella.
3. Tratamiento diferente en cuanto al incumplimiento de las o-
bligaciones matrimoniales; así por ejemplo el hombre podía
sostener relaciones sexuales con otras mujeres tranquilamen-
te sin que por ello se le dedujera, falta alguna contra la
Fidelidad a que estaba obligado como consecuencia del matri-
monio; en cambio la mujer por el solo hecho de salir o char-
lar con un hombre más de una vez rea un clarísimo indicio
de infidelidad; al hombre solo hasta que se le comprobaba
concubinato o amancebamiento con mujer diferente a la legít-
tima.

Es pues por razones de orden jurídico, económico y psicológico exigen poner fin a la discriminación legal en contra de la mujer.

Los nuevos tiempos exigen el empleo de mano de obra femenina, su participación en la actividad económica es importante e indispensable.

De consiguiente el Decreto 2820 otorga iguales derechos a hombres y mujeres, destruye todo privilegio dado al hombre con prescindencia de la mujer y se establecen para las mujeres las mismas responsabilidades civiles que antes tenía solo el hombre.

" Nuestro moderno orden familiar debe ser un orden vital, práctico y justo, debe interpretar la Nueva época en que deben vivir las nuevas generaciones y no tratar de resucitar épocas definitivamente fenecidas.

En síntesis : Las altas potestades familiares la de mando en el hombre y sobre los hijos deben construirse con un criterio altruista y finalista y no simplemente egoista; deben tener un amplio contenido cultural a fin de que los hogares Colombianos sean células vitales portadoras del progreso y del bienestar "

Valencia Zea Arturo. " Igualdad Jurídica de los sexos " Revista Cámara de Comercio de Bogotá. No. 18 pág 61.

Según el Jurisconsulto Henri Capitant " La verdadera cohesión reside en la cordialidad de los esposos y no en la sumisión del uno al otro ", de modo que en nuestro entender, la supresión de la potestad marital no va afectar en mayor grado las relaciones de la familia; al igual que los otros derechos establecidos por este decreto.

b.2.a. Dirección Compartida :

El antiguo mando o potestad que se otorgaba al marido sobre la persona de la mujer, es reemplazado por un principio de dirección del hogar, el cual se otorga conjuntamente al padre y a la madre; y la absorbente potestad paterna sobre los hijos se ha socializado y limitado, otorgándola a ambos padres.

" La experiencia enseña que en los hogares bien constituidos tanto el padre como la madre ejercen los cuidados de representación legal de los hijos, además, en Muchos casos suele ser la madre la que matricula a los hijos en el colegio, los asiste en todas las diligencias administrativas, policivas, judiciales y extrajudiciales.

Por el Decreto 2829 mencionado con anterioridad como ya se dijo se introdujeron modificaciones en la organización de la familia en Colombia que como también ya se dijo cambió el régimen de la potestad marital, que de acuerdo con el art 177 del C.C.C. se entendía por tal " El conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer ". Por la ley 28 se suprimieron los derechos del marido sobre los bienes de la mujer y subsitió la potestad del marido en cuanto a la persona de aquella.

En la forma como estaba establecida en código por el hecho del matrimonio el hombre asume a la dirección del hogar.

Los derechos derivados de la potestad marital se traducían primordialmente en lo siguiente :

- a. En términos del art 176 el marido debía protección a su esposa y ésta obediencia al marido. Este artículo impondrá al marido la obligación de proteger a su esposa, la filosofía de la norma reposaba en la desigualdad física que la naturaleza ha establecido entre el hombre y la mujer, no se trata de una desigualdad intelectual, simplemente de una desigualdad física que impone al más fuerte la obligación de proteger al más débil de agresiones injustas.

A su vez la norma del artículo 176 establecía para el marido el derecho a exigir obediencia a su mujer, quien debía acatar la voluntad del jefe del hogar.'

- b. Según lo disponía el art 87 del código civil, " La mujer casada seguía el domicilio del marido ", se trataba de uno de los casos de domicilio legal o de dependencia consagrados por el código y que se originaba por la sola prestación del consentimiento matrimonial, bastaba el acuerdo de voluntades entre cónyuges expresado ante el funcionario competente, civil o eclesiástico, y con las formalidades legales para que de inmediato la mujer casada adquiere como domicilio el del marido.
- c. Según disposición del artículo 117 del Código Civil el padre era llamado en primer término, a decidir sobre la procedencia del matrimonio de su hijo menor; a falta del padre, esta facultad pasaba a la madre.
- d. Correspondía al padre legítimo el ejercicio de la patria potestad con respecto a sus hijos legítimos, en caso de suspensión o terminación de la Patria Potestad, su ejercicio correspondía a la madre.
- e. En términos del artículo 250 del código, los hijos, debían respeto y obediencia a su padre y a su madre pero estaban especialmente sometidos a la autoridad del padre. En la vida

de la familia era el padre el encargado de resolver sobre las situaciones de mayor importancia con respecto al hijo, particularmente en cuanto a su crianza, educación y establecimiento del hijo.

- f. El marido tenía derecho a exigir a su esposa a que viviese con él y a que le siguiese donde él trasladase su residencia. La ley consagraba casos de excepción como era aquellos en que la convivencia con su esposo pudiese implicar un peligro para su vida por enfermedad contagiosa o que si el marido se trasladase a climas deletereos y pudiese ellos afectar la vida de su esposa.
- g. Nombre. Hasta la aparición de la reforma, y por costumbre, pues las normas legales que lo reglamentaron fueron derogadas por el Decreto 1260 del 70, el nombre de la mujer casada se formaba con su nombre de pila, su apellido y la partícula " De " seguida del apellido de su esposo ".

La Institución jurídica de la Potestad Marital ha sido derogada y por consiguiente ha sido sustituida por una dirección conjunta del hogar.

Lo dicho anteriormente se halla establecido en el artículo 10 del Decreto que dispone."El marido y la mujer tiene conjuntamente la dirección del hogar. Dicha dirección estará a cargo de uno de los cónyuges cuando el otro no la pueda ejercer o falte".

De manera que según esto se dá por terminada la dirección unitaria del hogar por el hombre para establecer una dirección dual por parte de ambos cónyuges.

En caso de desavenencia de los cónyuges el problema o los problemas serán resueltos por un juez del Estado; pero dicho juez ha de ser un funcionario encargado de resolver únicamente problemas relacionados con la familia como los recientemente creados por la ley 5 de 1977; pues de lo contrario al dárselos a resolver a los jueces civiles no obstante la cantidad de trabajo que tienen, agraríes más serían como para que nunca pudieran ser resueltos.

Como consecuencia de la desaparición de la Potestad Marital, sus consecuencias son :

1. El marido ya no está obligado a proteger a su esposa y ésta no le debe obediencia; pero los cónyuges están obligados a ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.
2. La esposa no sigue el domicilio del marido. Tanto el domicilio del esposo como el de la esposa, para efectos de su determinación, deberán ceñirse a las disposiciones de los artículos 76 y siguientes del código Civil, no se olvide que la simple residencia no implica el domicilio si no va acompañada del ánimo de permanecer en ella.

Esto debe armonizarse con el artículo 12 del decreto que autoriza a los cónyuges para fijar de común acuerdo la residencia del hogar salvo los casos de ausencia, incapacidad de uno de ellos, o privación de la libertad pues en tales oportunidades las fijará el otro cónyuge; que ocurre en caso de desacuerdo que la residencia la fijará el juez, teniendo en cuenta el interés de la familia; y si el juez impone la residencia cual será el domicilio del otro cónyuge que no se halla en el ánimo de permanecer allí; no se diga que se adquiere un domicilio legal o de dependencia pues precisamente lo que el legislador ha querido suprimir. A que se atenderán los terceros de buena fé que quieran demandar a la esposa si esta al casarse no adquiere el domicilio del esposo, al domicilio de soltera o a la simple residencia de casada y presumir que este sea su domicilio.

3. Según el artículo 178. " El marido tenía derecho a obligar a su mujer a vivir con él a seguirle donde quiera que trasladase su residencia. Dos disposiciones se refieren a esta materia en el Decreto; según el artículo 11, los cónyuges tienen, salvo obligación justificada, a vivir juntos, y "Cada uno de ellos tiene derecho a ser recibido en la casa del otro, y el artículo 11 que les faculta escoger de común acuerdo la residencia de hogar, a la cual ya nos referimos.

4. La voluntad de ninguno de los padres prima en la solución de los problemas del hogar; que ocurre si Uno de los hijos desea estudiar en el exterior y en esto se identifica con la voluntad del padre y la madre desea que se eduque en Colombia ? Que el juez lo resuelva .

Por último, en cuanto al nombre de la mujer casada, que según la costumbre se venía formando con el apellido del marido precedido de la partícula " De " nada reglamenta la nueva legislación. Siguiendo una interpretación lógica del decreto hemos de concluir que ya no debe formarse como se venía haciendo. La partícula " De " exteriorizaba la sujeción de la mujer al hombre, consecuencia de la Potestad Marital. Al desaparecer esta institución debe cesar la consecuencia derivada de ella cual es el nombre; Por lo demás el artículo 70 del Decreto, deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, además de las que en él se mencionan; con mayor razón si son obra de la costumbre ".

Ahora en cuanto a la patria potestad tenemos :

El código de Bello diferenciaba y separa lo que se ha venido en denominar autoridad paterna y patria Potestad. Por la primera entendemos derechos y obligaciones entre los padres y los hijos; por la segunda se entiende el poder de representación judicial y extrajudicial y a la Administración y usufructo legales del padre de familia sobre ciertos

bienes del hijo menor no emancipado.

Hoy en día entre nosotros se ha venido generalizando en una sola los dos conceptos.

"Nuestro código Civil concibió la Patria Potestad más que como un deber un poder del padre sobre su hijo no emancipado del cual derivaba un conjunto de Derecho sobre su patrimonio.

Dicha concepción fué modificada por la ley 153 de 1887 artículo 53. " La Patria Potestad es un conjunto de Derechos que la ley reconoce al padre legítimo sobre los hijos no emancipados. Muerto el Padre ejerce los derechos la madre legítima mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias ".

La ley 45 de 1936 Artículo 13 reformó el régimen vigente y dijo: La Patria Potestad es " El conjunto de Derechos que la ley concede a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de sus deberes que su calidad les impone. "

La misma ley consagró que la Patria Potestad de los hijos naturales la ejerce la madre si el padre no ha reconocido al hijo.

27. Suárez Franco Roberto : Ob Cit, pág 42
19. Suárez Franco Roberto, Ob cit. Pág 43

De acuerdo con esta ley " La Patria Potestad no dá, desde entonces ", sino que es un medio que la ley les proporciona a los padres para llenar los fines de la protección moral, intelectual y económica que están obligados a cumplir para con sus hijos " .

La ley 75 de 1968 en sus artículo 14 a 16 y 19 a 20 reguló lo tocante a la atribución de la Patria Potestad, sus alcances y su ejercicio, así :

" Dentro del proceso de determinación de filiación ante el juzgado de menores, el juez debe averiguar la situación completa para disponer a quien atribuye la Patria Potestad, o si pone al hijo bajo guarda y de quién, y decidir al respecto en la sentencia que le ponga término, o en una a propósito, caso en que se produzca un reconocimiento inter mora litis, la mujer no pierde la Patria Potestad por pasar a otras nupcias; tampoco la madre natural por el hecho de contraer matrimonio. En esos casos el juez decidirá si la conserva o si es mejor para el hijo ponerlo bajo guarda. La conducta menguada de la madre no es causal de pérdida automática de la Patria Potestad. Tampoco el matrimonio del padre natural es obstáculo para atribuirle ésta. Al ejercicio de la patria Potestad le son aplicables las disposiciones del título 14. es decir, a más de la representación y la administración, el usufructo legal del padre de familia. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

debe vigilar que quienes ejercen la Patria Potestad y la guarda cumplan sus deberes para con el menor, prestando, en caso necesario su cooperación para la escogencia de las personas o establecimiento a cuyo cuidado inmediato haya de estar el menor, si los padres o guardadores se encuentran en imposibilidad absoluta de darle tal cuidado, o si la medida en cuestión apareciera conveniente para la Salud física o moral y la educación del menor.

Por último vino la reforma contenida en los decretos 2820 de 1974 y 772 de 1975. Las personas incapaces de celebrar negocios serán representadas:

1. Por los padres, quienes ejercerán conjuntamente la Patria Potestad sobre los hijos menores de 21 años; si falta uno de los padres, la representación legal será ejercida por el otro. Cuando se trate de hijos extramatrimoniales no tiene la Patria Potestad ni puede ser guardador, el padre o la madre declarando tal en juicio contrario, igualmente, podrá el juez, con conocimiento de causa ya petición de parte, conferir la Patria Potestad exclusivamente a uno de los padres, o poner bajo guarda al hijo? si lo considera más conveniente a los intereses de este (Art 1°. Subrogatorio de la definición del art. 62 c.c.).

29. Suárez Franco Roberto : Ob Cit pág 44.

En la secuencia modificadora del estatuto, que se acomoda al orden del código viene luego la referencia a la Patria Potestad, corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la Patria Potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. Así las cosas, y teniendo en cuenta la derogación del inciso segundo del art.19 de la ley 75, relativo a la atribución de la patria Potestad sobre los hijos Legítimos, surge la pregunta que desde un principio se formuló acerca de cual es la situación del hijo natural ante el nuevo estatuto. Obvio que si el solamente tiene un progenitor cierto legalmente, será, etc, desde que no haya sido determinado judicialmente, quién por lo General, tenga tal poder, pero en el evento de que a ambos hayan hecho el reconocimiento, que sucederá . Habrá que esperar que alguien solicite una decisión judicial para que se unifique ese poder, porque en caso contrario los dos padres, así no tengan, más en común que ese hijo, ejercerán su representación y administrarán y usufructuarán los bienes de éste conjuntamente ? Juristas muy vinculados a la reforma han expuesto con similar vigor la tésis afirmativa a la que la negativa, con la cual el embrollo se complica aún más.

30. Hineirosa Forero Folleto de Derecho de Familia 1976
Igualdad de los Padres en ejercicio de la Patria Potestad.

En que se traduce la Patria Potestad, antes unipersonal y hoy dual o mejor, que quizo decir el legislador al emplear el término conjuntamente ?

Fué su intención que para hacer efectivo cualquier derecho del hijo de familia se requiere la actuación simultánea y conjunta de sus padres o de uno de ellos pero con previa autorización del otro ? O basta para hacer efectivo un derecho o extinguir una obligación, la gestión de uno de sus padres, haciendose éste responsable por su actuación ?

Todo parece indicar que la actuación conjunta implica la simultaneidad más no la solidaridad, pues ésta no se presume o establece por analogía, sino que debe hallarse perfectamente establecida en la ley.

Son atributos de la Patria Potestad el usufructo o goce legal, la administración de los bienes del hijo y la representación judicial.

El usufructo o goce legal estaba reservado en el código al Padre.

Este derecho de los padres se extendía a los bienes del hijo que forman el peculio adventicio ordinario el cual se constituye por los bienes que recibe el hijo por donación, herencia o legado, que no formen parte del peculio profesional o industrial.

El artículo 26 del Decreto en su inciso primero, establece que el padre y la madre gozan por iguales partes del usufructo de los bienes del hijo, extienden el goce del usufructo hasta la emancipación del hijo.

De consiguiente los padres deben recibir todos los frutos, naturales y civiles que produzcan los bienes del hijo por iguales partes.

En la expedición del Decreto, parece haber influido más en el legislador el deseo de consagrar la igualdad de los padres, para efectos del usufructo y administración de los bienes del hijo que la protección de los intereses de él. La gestión administrativa de los representantes en vez de beneficiar al hijo puede perjudicar sus intereses porque, que ocurrirá ante la diversidad de criterios de los padres ante la ejecución de un contrato, el cumplimiento de una obligación, la percepción de unos frutos, etc. Todo parece indicar que en tal caso la gestión se torna imposible; y cual será la posición del tercero que exige el reconocimiento de sus derechos ante las discrepancias de los padres. Obviamente la respuesta será la de recurrir al juez para que lo resuelva.

Pero es esta una verdadera solución que convenga a los intereses del hijo? No será la administración concebida por el Decreto, origen de futuro juicios de responsabilidad entre los cónyuges. ?

Los padres no son obligados a prestar caución en razón del usufructo legal (Art. 28 del Decreto).

Por último, en cuanto a la representación del hijo de familia el legislador del 74 distingue? como el del código, entre representación judicial y extrajudicial, la primera se la concede a cualquiera de los padres (Art 39), la segunda será ejercida conjuntamente por los padres (Art 40).

Según el artículo 295 del Código Civil el padre de familia administra los bienes del hijo en que la ley concedía el usufructo.

El artículo 29 del Decreto dispone que los padres administran los bienes del hijo sobre los cuales la ley les concede el usufructo, los derechos de administrar los bienes, agrega el artículo 40, serán ejercidos conjuntamente por el Padre y la Madre .

Con respecto a la emancipación, de acuerdo al artículo 312 del Código Civil, es aquella que pone fina a la Patria Potestad, con el decreto se suprimió el artículo sin dar ninguna explicación dando por lo tanto lugar a duda pues en la exposición de motivos no se dijo nada.

El Decreto 2820 " Considera la emancipación voluntaria como la que se efectúa por instrumento público en que " Los padres" declaren emancipar al hijo adulto y este consciente en ello. La novedad estuvo en cambiar " El padre " por los padres lo que ya venía ocurriendo en la realidad dadas las reformas anteriores del Decreto " .

El Decreto suprimió la emancipación legal que en el sistema del código se producía : Por muerte natural de los padres; Por matrimonio del hijo. Por haber cumplido el hijo la edad de 21 años; Por decreto que la posesión de los bienes del desaparecido.

De manera que su derogatoria no tiene la importancia se le ha querido atribuir, pues es bien sabido que las leyes que hablan de la mayoría de edad o sea los mayores de 21 años salen de la patria Potestad y quedan emancipados.

De acuerdo con el Decreto en mención, los padres de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del modo que crean más convenientes para éstos, así como colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento (Arts 263 y 264 c.c. y 22 y 23 del Decreto 2820 de 1974).

A nuestro entender y estando de acuerdo con los interrogantes planteados por comentaristas del Decreto, citados en las páginas anteriores, no es posible que por medio de un Decreto trate de modificarse Instituciones de tanta trascendencia dentro de la sociedad como lo es la familia, y lo que es peor, se establece un término para que entre en vigencia como si en ese lapso fuera posible " Arreglar " situaciones que no han podido ser solucionadas a lo largo de los tiempos con el agravante de que en caso de tomar una decisión han de tomarla juntos, que en algunos casos estarían de acuerdo pero en la inmensa mayoría pueden estar en desacuerdo, correspondiendo entonces la solución a una tercera persona extraña en la familia que a lo mejor carece de experiencia en la solución de los problemas familiares.

De un lado lo anteriormente expuesto y por el otro las modificaciones que se van a originar por el decreto en relación con la dirección del hogar que de unitaria pasó a ser dual con el consiguiente desorden que va a traer consigo y que puede ser el origen de conflictos mayores entre los cónyuges y de éstos para con los hijos.

El más el Decreto introduce modificaciones pero no trae una forma clara como solucionar el problema lo que va a traer consigo diversos criterios para solucionar un mismo problema

Claro es que no todo lo que hizo el Decreto fué negativo, tiene cuestiones saludables pero es necesario un pronunciamiento más concreto para aclarar toda esa serie de confusiones há que ha dado lugar.

b.2.b. Obligaciones y Deberes de tipo Económico :

Toman sus razgos de los de carácter personal por la com-
penetración existente entre los dos.

Estos derechos y obligaciones, no son iguales a otros de carácter patrimonial, pués tratándose de los derechos y deberes de familia patrimonial, pués tratándose de los derechos y deberes de familia patrimoniales no pueden ser renunciables o sujetos a modificaciones.

Dentro de las obligaciones de los padres para con los hijos, está la de crianza, educación etc.

La obligación de crianza engendrá la de convivir con el hijo, lo que dá origen a conflictos y dificultades cuando surgen desaveniencias de los padres y como consecuencia de ello, se separan de cuerpos trayendo de por medio una serie de conflictos a la vez para los hijos.

Dice el artículo 2o. de la ley 28 de 1932. Cuando una obligación haya sido contraída por los cónyuges (Cualquiera que sea) con tal que haya sido contraída para subsistir las necesidades domésticas o educación o establecimiento de los hijos comunes son solidariamente responsables de la deuda.

Gastos de Crianza y Educación : " La ley se encarga de reglamentar la cuestión de los gastos que demande la crianza y educación de los hijos, ya sea legítimos o naturales reconocidos. "Debe distinguirse para éstos efectos las expensas ordinarias y las extraordinarias ".

Durante la vigencia de la sociedad conyugal las expensas ordinarias de crianza educación y establecimiento se imputan a los gananciales de la misma, pues son cargas de la familia que constituyen su pasivo definitivo.

Las expensas extraordinarias hechas a favor de los hijos legítimos son también de cargo de la sociedad conyugal? en las mismas condiciones pero si el hijo tuviere bienes propios dichas expensas extraordinarias se imputarán a estos bienes, siempre que cupieren en ellos y en cuanto le hubieren sido útiles.

En caso de que no exista sociedad conyugal, éstos gastos corresponden al padre, pero la madre debe contribuir a ellos en la proporción que el Juez lo señale.

Pero si en este caso el hijo también tiene bienes, tanto las expensas ordinarias como las extraordinarias se imputarán a dichos bienes en caso de insuficiencia de patrimonio de los padres.

Muerto uno de los padres los gastos de crianza educación y establecimiento corresponde al sobreviviente, en los términos analizados precedentemente, si ambos mueren la obligación pasa a los abuelos de una y otra línea, quiénes la satisfarán conjuntamente.

Los padres y los ascendientes están obligados a reembolsar la mantención del hijo menor que abandona la casa paterna pues se presume autorización de éstos para proporcionar al hijo tales suministros.

Finalmente cuando el hijo es abandonado por sus padres y es alimentado por otras personas, éstos deben reembolsar al que lo crió los gastos invertidos en ello antes de recuperarlo.

Los padres están en la obligación de cuidar de su hijo hasta tanto él no esté en posibilidad de valerse por sí mismo; están comprometidos a darle al hijo un buen ejemplo para crear gente

34. Rosel Saavedra Enrique. " Manual del Derecho de Familia " Pág 305

35. Ob cit, pág 305 y sig. Rosel Saavedra.

sana con buenas ideas, es muy cierto que el ambiente que se respira en un hogar va a ser base fundamental para una persona puesto que el hogar es la primera escuela de la vida; de esta primera educación van a depender muchas relaciones del individuo con los demás, con la sociedad etc.

De ahí también de suma importancia para el niño el Colegio al cual va a ingresar pues debe tenerse en cuenta la orientación que se les imparte a los alumnos pues en gran parte de esas enseñanzas depende que en el día de mañana sean ciudadanos honorables o simplemente unos delincuentes que tanto daño ocasionan a nuestra sociedad.

De acuerdo al artículo 264 del Código, el padre y en su defecto la madre tendrán derecho a elegir el estado o profesión futura de su hijo del modo que lo crean más conveniente para él.

"Para el legislador y teniendo como fundamento el artículo 413 del Código Civil, el mínimo de Educación que los padres deben suministrar al hijo sería la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio todo lo cual persigue que el hijo adquiera la aptitud mínima necesaria para vivir en sociedad.

Los padres de acuerdo con las modificaciones introducidas por el Decreto 2820 de 1974; dirección compartida de los padres en el ejercicio de la Patria Potestad, crianza establecimiento y educación de los hijos, corresponde a ambos padres.

Así es que a ambos les corresponde elegir el estado o Profesión de su hijo, pero no podrán obligarlo a que se case en contra de su voluntad.

Cuando él llegue a la mayoría de edad puede él elegir la profesión o carrera que más le guste.

Los gastos que ocasione la crianza del hijo como ya se dijo corren solidariamente por cuenta de ambos y hoy más que nunca por la igualdad de derechos establecida por el decreto 2820 de 1974; claro que de acuerdo a las condiciones económicas de cada cual demostradas ante el juez.

Dentro de la crianza del hijo comprenden naturalmente los alimentos a que están obligados los padres a suministrar al hijo.

De acuerdo al artículo 411 del Código Civil se deben alimentos :

Al cónyuge, a los descendientes legítimos, a los ascendientes legítimos, a la mujer divorciada sin culpa suya, etc. Entre Otros como bien podemos observar entre los enumerados se hallan los hijos (Legítimos o naturales, adoptados).

b.2.c. Los Alimentos se clasifican :

Congruos : Los necesarios para su subsistencia de acuerdo a su posición social.

Necesarios : Aquellos necesarios o suficientes para vivir.

Ambos comprenden enseñanza primaria, profesión u oficio para menores de 18 años.

Se deben alimentos congruos a todos los enumerados incluyendo a la mujer raptada excluyendose de ellos adoptante y adoptivo y hermanos.

El derecho a los alimentos se pierde por varios motivos entre ellos cuando el hijo tiene los medios suficientes con que sostenerse, por injuria atroz o lo que es lo mismo delitos graves contra la persona de sus benefactores.

Los alimentos se entienden concedidos de por vida, pero puede llegar a suspenderse ese derecho por llegar a la mayoría de edad entre otras cosas, o puede prolongarse más allá de ellos en el caso del inválido.

Es un derecho con características especiales pues no se puede transmitir ni ceder ni renunciar.

37. C.C. Edición Brevis art. 411 Editorial Temis.

La obligación alimentaria tiene un origen moral pero en nuestro derecho es de carácter civil, con lo cual se está admitiendo que quien tiene derecho puede exigir aún coersitivamente el cumplimiento.

En el Código Civil no hay una definición pero por tal puede entenderse una obligación de carácter civil que pesa sobre ciertas personas determinadas en la ley, económicamente solventes; obligación que conlleva suministrar periódicamente una suma de dinero, a ciertas personas con el fin de atender las necesidades corrientes de su subsistencia.

El derecho a la pensión alimentaria tiene unos elementos para poderse reclamar judicialmente :

1. Vínculo jurídico entre el alimentante y el alimentado: Dicho vínculo puede provenir del matrimonio o del parentesco.
2. Estado de necesidad del alimentario o lo que es lo mismo que se encuentre en una situación económica difícil.
3. Situación económica del alimentario que a simple vista debe ser una situación económica buena o más o menos buena para podersele exigir el cumplimiento de dicha obligación.

Al respecto de las obligaciones de tipo económico el Decreto 2820 al respecto no dijo nada pero desde un punto de vista lógico y de justicia si introdujo modificaciones tan radicales dentro de la organización y dirección del hogar, tam-

bien creo yo se entiende que este aspecto hay que mirar las modificaciones y ponerlas en práctica.

Así por ejemplo en cuanto a la dirección compartida del hogar? si ambos padres tienen Facultad para tomar una decisión que afecta a un hijo cree que en la misma forma estarán ambos capacitados a resolver por ejemplo un asunto de carácter económico como sería el caso de una deuda contraída por el hijo claro está que siempre y cuando se encuentre demostrada por el hijo claro está que siempre y cuando se encuentre demostrada la capacidad económica del otro cónyuge.

De acuerdo al artículo 423 modificado por la ley 1a. de 1976, artículo 24 . El Juez reglamentará la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, y podrá disponer que se conviertan en intereses de Un capital que se consigne a afecto en una caja de ahorros o en otro establecimiento análogo, y se restituya al alimentarse o a sus herederos luego que cese la obligación.

Igualmente, el Juez podrá ordenar que el cónyuge obligado a suministrar alimentos a otro, en razón de divorcio o separación de cuerpos, preste garantía personal o real para asegurar su cumplimiento en el futuro.

Son válidos los pactos de los cónyuges en los cuales, conforme a la ley, se determine por mutuo acuerdo la cuantía de las obligaciones económicas; pero a solicitud de parte puede ser modificada por el Juez, si cambiaren las circunstancias que la motivaron previos los trámites establecidos en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil.

En el mismo evento y por el mismo procedimiento podrá cualquiera de los cónyuges solicitar la revisión Judicial de la cuantía de las obligaciones fijadas en la sentencia.

Es más de acuerdo al artículo 69 de la ley 83 de 1946 " Todo niño tiene derecho por Ministerio de la ley, a disfrutar de las condiciones necesarias para alcanzar su desarrollo corporal, su educación moral o intelectual y su bienestar social.

En consecuencia, los padres están obligados al sostenimiento de los hijos.

En caso de incumplimiento de estas obligaciones será comprendidos de acuerdo con las disposiciones de esta ley : (Ley 75 de 1968 artículo 31).

El proceso a seguir para la ejecución judicial por alimentos de acuerdo al artículo 414 del Código de procedimiento civil "Asuntos sujetos a su trámite.

Se tramitarán y decidirán por el proceso abreviado los siguientes asuntos cualquiera que sea su cuantía.

Alimentos debidos por disposición de la ley, aumento disminución o exoneración de ellos cuando hayan variado o cesado las circunstancias que los determinaron y restitución de las pensiones alimenticias, salvo las que correspondan a los jueces de menores .

De manera que la anterior legislación es la actualmente vigente en nuestro sistema Colombiano, puesto que como lo dijimos anteriormente el Decreto al respecto nada dijo.

CAPITULO IV

LEGISLACION VIGENTE SOBRE DERECHO DE FAMILIA

El hombre como ser social que es, ha buscado siempre la unión con sus semejantes para satisfacer necesidades que solo no podría satisfacer, estas necesidades son de diversas clases, entre ellas, está la de procrear y perpetuar la especie.

Esta necesidad de procrear, la efectúa el hombre por medio de la relación sexual, que se puede llevar a cabo dentro del matrimonio o por fuera de él.

En el primer caso se estará en presencia de esa relación sexual legítima que el derecho y la moral la conocen como tal. En tanto que en el segundo caso, estas relaciones son ilícitas, el derecho no las reconoce pero tampoco las prohíbe, en tanto que la moral si las prohíbe, sin embargo ambas uniones dan lugar a la familia legítima o a la natural.

De la familia se ha dicho que es un grupo social interpuesto entre el individuo y el Estado, formada de padres e hijos y se extiende por tal el grupo social de padres e hijos que forman la comunidad doméstica.

Entre nosotros como ya se dijo con anterioridad predomina la familia monógama.

La familia legítima tiene su única fuente en el matrimonio. Este crea entre el hombre y la mujer una sociedad de naturaleza particular, que proyecta sus efectos no solo sobre las personas de los contrayentes, sino también con sus patrimonios y en relación con sus hijos.

a. CLASES DE FAMILIA

Legítima :

Cuyo origen es el matrimonio y en la que se produce por tal hecho parentesco de consanguinidad legítimo.

Natural :

Surge de las relaciones extramatrimoniales y produce parentesco de consanguinidad ilegítimo.

Adoptiva :

Cuya fuente es una sentencia judicial y produce parentesco civil.

La legislación existente sobre la familia ha sido el producto de la evolución que ha sufrido nuestra sociedad en los últimos tiempos.

b. En primer término tenemos la ley 28 de 1932 que se le ha llamado " Orgánica de la Defensa del Niño ".

- c. Luego viene la ley 45 del 1936 que habla de la filiación natural.
- d. Viene luego la ley 75 de 1968 que se refiere a la Paternidad Responsable.
- e. Posterior a esa ley encontramos el DECRETO 2820 de 1974 en el que se introdujeron una serie de modificaciones a la Organización familiar con el establecimiento de la igualdad Jurídica de los sexos.
- f. Tenemos la ley 5 de 1975 sobre la adopción y la reglamentación del Decreto 752 de 1975.
- g. Viene la ley 5 de 1977 por medio de la cual se crea la jurisdicción especial de familia.
- h. Y por último tenemos la ley 29 de 1982 " Por el cual se otorga igualdad de derechos Herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios ".

Si observamos con atención vemos que es más o menos abundante la legislación que habla de la familia y las modificaciones que ha sufrido teniendo en cuenta las circunstancias sociales de cada uno de los momentos en que ha salido una Nueva ley.

Siguiendo el orden anterior :

La legislación para menores en Colombia se inicia con la ley 21 de 1850 acogida por el artículo 1o. de la ley 57 de 1887.

Luego pasó a ser parte integrante de la legislación civil vigente el artículo 34 que es la base de la incapacidad de los menores.

Se seleccionó los menores así :

El niño que no ha cumplido siete años es un infante; el varón menor de catorce años y la mujer menor de doce son impúberes; el que ha dejado de ser impúber es adulto y el que no ha cumplido 21 años es menor.

El artículo 2346 del Código Civil dice : " Los menores de diez años no son capaces de cometer delito o culpa ", con ella se busca protección para los menores.

Otra medida de protección es la de las tutelas en el cual tiene vivo interés la sociedad. Fuera de ellas encontramos normas concernientes a alimentos, manera de obtener la filiación estableciéndose en los códigos la forma como debe actuar un menor para lograr ese objetivo.

Tanto el derecho Civil como el penal tiene medidas de protección para el menor las cuales han variado ha medida que las circunstancias las han hecho exigibles.

En un principio de los problemas surgidos con menores estaba encargada la Justicia ordinaria pero a partir de la ley 98 de 1920 por la cual se crean los juzgados y casas de reforma y corrección para menores, el primero fué establecido en Bogotá para juzgar a los menores de diez y siete años y mayores de siete.

El personal del juzgado estaba conformado asi :

Juez, Secretario, Dos escribientes, portero y un médico, procedimiento verbal, cuyo testimonio se registraba en grandes libros destinados al efecto.

Además de ser el procedimiento verbal era privado y abreviado y comprendía asuntos relacionados con abandono físico, moral, vagancia, prostitución, mendicidad, a los hijos de los detenidos en las cárceles que estuvieran desprovistos de medios de educación o subsistencia.

Acá en Bogotá se creó una casa de reforma y corrección en la cual se internaba a los jóvenes enviados por el juzgado; a algunos se les prohibía la entrada a cantinas, casas de juego, de prostitución y otros actos perjudiciales para la vida física moral y todo ellos con la finalidad de obtener el mejoramiento del menor.

Ya a partir de 1922 por la ley 105 las normas tiene una orientación de protección más que de educación, en dicha ley se indica quienes deben ser relegados a colonias agrícolas penales o como vagos.

Posteriormente se faculta a las asambleas Departamentales para crear y sostener casas de corrección y protección para menores varones y dirigidas por pedagogos; estas casas se denominan "Casas de Menores y Escuelas de Trabajo ", a ellas se enviaban a los que habián sido juzgados y condenados a presidio o reclusión, los reclusos por infracciones policivas, los abandonados sin persona capaz para su custodia o educación.

Posteriormente se crean los juzgados de Medellín, Bucaramanga, Manizales, cada uno tiene un juez, médico, secretario, portero, escribiente, Comisario, Vigilante, además de personal interno de las cárceles como las hermanas de la caridad, prácticamente, capellanes y sirvientes.

Por la ley 79 de 1926 los juzgados de menores comienzan a tener competencia en el ramo civil. Los varones o mujeres menores de quince años estarán bajo el cuidado de la asistencia pública; cuando no se hallen bajo tutela, curaduría o bajo potestad.

Por la ley 56 de 1927 consagra la obligación de los padres o guardadores de proporcionar a los niños un mínimo de educación, moral, cívica, física hasta los trece años con la prohibición de contratarlos en cualquier clase de trabajos.

Viene luego la ley 45 de 1936 con importantes modificaciones para los menores sobre la filiación natural, en ella además de concedérseles el derecho para que se les reconozca la paternidad, los incluye dentro de las personas que tiene derecho a los alimentos congruos, comprendidos sus ascendientes naturales y su posteridad legítima.

En 1938 se dicta la ley 95 en la cual se tiene en cuenta la actividad psicofísica como fundamento de la imputabilidad penal; sus medidas de seguridad aplicables a los menores así como el código de Procedimiento penal quedaron derogadas por el artículo 131 de la ley 83 de 1946.

Con la expedición de dicha ley que se le ha denominado " Orgánica de la defensa del niño, fué un gran avance logrado para la defensa de los menores y rige en todo el territorio Nacional para los menores de diez y ocho años, para reclamar alimentos cuando les son negados por sus padres, suspensión de la patria Potestad o de la guarda, cuando se pide su rehabilitación, investigación de la paternidad del naturus que puede hacerse desde el quinto mes de embarazo, como vemos es ante todo una ley de asistencia y protección.

Algunas de sus disposiciones han sido derôgadas como por ejemplo los artículos 48 a 63 derogados por el decreto 1818 de 1964 artículo 22, pero la mayoría subsisten y tratan de la jurisdicción de menores, del procedimiento en caso de infraccio-

nes penales, de las medidas adoptadas por el juez, de la guarda de menores, de los alimentos, de la investigación de la paternidad, del trabajo de los menores, de la protección moral y física de los mismos y de varias disposiciones que conceden facultades y crean obligaciones para la nación.

Por el Decreto 0014 de 1955 sobre prevención social, limitó a quince años la edad de los menores en quienes concurren circunstancias de especial peligrosidad, éste fué derogado por el Decreto 1.699 de 1954 por el cual se dictan disposiciones sobre conductas antisociales y se dá la competencia a los jueces de menores para conocer, en única instancia, de las conductas contempladas si el procesado fuere menor de diez y ocho años y mayor de diez y seis.

Por el decreto 1716 de 1960 dictado con base en las facultades extraordinarias dadas al Presidente de la República por medio del cual reorganiza el Ministerio de Justicia y principalmente lo relacionado con la protección y corrección de los menores, se señaló a la división de Asistencia Legal para asistir a los menores en caso de infracciones penales, actuando como protector ante los jueces de Menores.

La ley 140 de 1960 se sustituyó el título trece " De la Adopción " Y en el artículo 284 del Código Civil se habla de la adopción provisional que puede ser concedida por el juez de menores cuando lo considere conveniente y las circunstancias así lo exijan, puede ser por un tiempo o definitiva.

Posteriormente por medio de la ley quinta de 1975 se estableció la adopción simple y la plena; quedando asimilado en caso de adopción simple a un hijo natural con los derechos y prerrogativas que tal condición le confiere, y en caso de ser adopción plena a la condición de un hijo legítimo.

Las reformas introducidas en el año 1964 se estableció la nueva división territorial del país por el aspecto judicial, elevaron el número de juzgados de menores que cubrieron todo el territorio Nacional.

Las Instituciones que conocen de las causas del menor con efectos penales y civiles sin separación de ramos por así requerirlo que trata de cumplir un juzgado de menores que es más educaciones que represiva, más de adaptación que punitiva y como además por ser un deber conocer profundamente la personalidad del menor que comparece ante los tribunales de menores. Los funcionarios encargados de atenderlo y juzgarlo deben reunir determinadas condiciones pues no sólo se tocan asuntos jurídicos sino también tocan con la Psicología y la sociología, entre otras ciencias.

En Colombia pertenecen estos funcionarios a la rama Jurisdiccional del poder Público, hacen parte de la administración de justicia y son elegidos en sala plena por los tribunales superiores del Distrito.

Para ser juez de menores además de las condiciones que se exigen para todo Juez (Abogado titulado, reunir los requisitos para ser Juez Superior, ser padre o madre de familia de legítimo matrimonio, versado en ciencias educativas y de ejemplar conducta moral , en cada distrito conocen los jueces de menores y en una sola instancia privativamente de las infracciones penales cometidas por menores de diez y ocho años

De las conductas antisociales de los menores de diez y ocho años y mayores de diez y seis, de los alimentos a que tiene derecho los menores de diez y ocho años, de la investigación de la paternidad iniciada por la madre etc, son inapelables pues no hay superior que las modifique, las resoluciones tomadas por éstos jueces lo hacen tanto en derecho como en conciencia.

Por el Decreto 1818 de 1964 se creó el Consejo Colombiano de protección social y de la Familia del cual depende la división de menores del Ministerio de Justicia y que sustituye en todo al Consejo Nacional de Defensa y Rehabilitación del menor; Institución esta última sustituida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; en realidad, estas Instituciones tienen como función, normas y programas de supervisión técnica, servicios sociales, asistencia y asesoría legal, tiene relaciones con Instituciones de observación reducción y con los juzgados de menores.

Por el proyecto de ley 187 de 1967 se dictó la ley 75 de 1968, por la cual se modifican y adicionan las leyes 45 de 1936; 83 de 1946 y otras disposiciones legales sobre filiación; se crea el Instituto de Bienestar Familiar, se organiza la campaña de protección a la madre y el niño, y se dictan otras disposiciones.

El artículo 6o. de la ley 75 dice :

" Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla Judicialmente ".

1o. En el caso de raptó o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción, Etc.

El artículo 11 de la misma dice : El artículo 86 de la ley 83 de 1946 quedará así :

" Del juicio sobre filiación natural de un menor conoce el juez de menores. Empero, muertos el presunto padre o el hijo, la acción solo podrá intentarse ante el juez Civil competente y por la vía ordinaria ".

El artículo 24 : Adicionase el artículo 65 de la ley 83 de 1946 así :

" El juez deberá celebrar audiencias para establecer la situación del menor desde el punto de vista del cuidado físico que esté recibiendo, etc, casos en los cuales vemos como por medio de leyes posteriores se van modificando las situaciones para acomodarlas a la realidad.

Posteriormente a esta ley 75 tenemos el Decreto 2820 de 1974 sobre igualdad jurídica de los sexos, igualdad de los derechos para marido y mujer con la consiguiente obligación de atender en común las necesidades del hogar y de la familia.

La educación de los hijos tiene una importancia fundamental, no basta que los padres desarrollen las cualidades prácticas, morales y sociales de los hijos para integrarse a la sociedad en condiciones óptimas, la educación debe ir más allá su objetivo debe ser el de formar personalidades de un nivel intelectual y moral elevado, de buena salud física, para tomar parte concientemente en la organización social.

Este derecho produjo un vuelco total en la organización tradicional de la familia Colombiana pues: como ya se dijo con anterioridad modificó lo relacionado con la potestad marital, la patria potestad, reformas en cuanto a los efectos del matrimonio, etc.

Viene luego la ley 5 de 1975 sobre la adopción; que como también lo dijimos en su oportunidad estableció la adopción simple en donde se equipara al adoptado a un Hijo natural; y la adopción plena en la que el adoptado se equipara a un hijo legítimo con todos los derechos y las obligaciones que tal calidad le imprime.

Un paralelo hecho entre la legislación anterior a la ley 5 del 75 y la posterior a ella nos dá una idea más clara de los efectos de la nueva ley :

En cuanto a la capacidad para adoptar se siguen los lineamientos tradicionales pero ahora se exige que el adoptante se encuentre en condiciones físicas, mentales y sociales aptas para adoptar.

En cuanto al consentimiento del cónyuge, en términos generales sigue igual.

En cuanto a la edad para optar la nueva ley exige que solo hasta los diez y ocho años puede ser adoptada una persona.

En lo relacionado con la adopción de un hijo natural hoy en día puede ser adoptado separadamente por su padre o por su madre; conjuntamente por ambos o puede llegar a ser adoptado por un tercero.

Respecto al consentimiento para la adopción se suprimió el del adoptado y lo deben en cambio prestar, los padres a falta de ellos el guardador, en su defecto el defensor de menores y en subsidio el representante legal de la Institución donde se encuentre el menor.

La ley 5 suprimió el requisito de la escritura para la adopción y estableció que la sentencia debe inscribirse en el registro Civil.

Como lo dijimos anteriormente consagró la adopción simple y la plena.

En la simple el adoptado continua formando parte de la familia de sangre y en la sucesión hereda como hijo natural. Por la adopción plena el adoptivo rompe todo vínculo con la familia de origen y establece parentesco entre el adoptivo, el adoptante y los parientes de sangre de este y en la sucesión hereda como hijo legítimo.

En cuanto a sus efectos la nueva disposición dice que si las sentencias fuere favorable los efectos de la adopción se producirán la admisión de la demanda.

Otra de las innovaciones fué la de establecer que pueden adoptar tanto los hombres como las mujeres.

Se facultó al defensor de menores para que en los casos expresamente señalados declare el estado de abandono y se pueda tramitar después la adopción, medida que tiene por objeto dar firmeza a las decisiones tomadas, pues ocurría el caso de que los padres abandonan a sus hijos o los entregaban a Instituciones de adopción, cambiando luego de parecer y creando toda clase de dificultades que en nada benefician al menor.

Por último tenemos la ley 1a de 1976 que habla sobre el divorcio al matrimonio Civil, se regula la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico, y se modifican

algunas disposiciones en el matrimonio civil y en el de procedimiento Civil, en materia de Derecho de Familia. Y la ley 5 de 1977 por medio de la cual se crearon los juzgados de familia y se reglamenta lo relacionado a su competencia y funcionamiento.

Por lo anteriormente visto observamos que la legislación relacionada con la familia ha sido objeto de un sinnúmero de variaciones todas ellas con el objeto de defender cada día más la estructura, organización y en general velar por la buena marcha de la familia.

Tratando de hacer un paralelo en las modificaciones hechas últimamente observaremos :

En cuanto a las relaciones entre los cónyuges . En la legislación antigua existía la potestad marital, la cual se hallaba definida en el artículo 177 del CCC; hoy ha desaparecido éste conjunto de derechos exclusivos del marido sobre la persona de la mujer , por lo cual ésta ya no se encuentra sometida a él sino que los dos ejercen sus derechos y cumplen sus obligaciones Art. 10 Decreto 2820 de 1946:

En lo relacionado con el Domicilio en la legislación antigua la mujer está obligada a seguir el domicilio que el marido escogiera Art 87 CCC

Hoy la mujer no está obligada a seguir el domicilio del marido sino que ambos lo fijan de común acuerdo, en caso de desacuerdo, el domicilio lo señala el Juez Art 12 Decreto 2820

Protección y Obediencia :

El marido debía proteger a la mujer en razón de que esta carecía de derechos para valerse por sí mismo, circunstancia que la obligaba a obedecerle Art. 176 CCC. Hoy la ley ordena que ambos cónyuges están obligados a ayudarse socorrerse y guardarse fé Art 9 Decreto 2820.

En cuanto a la fidelidad el Código Civil establecía que el adulterio de la esposa o el almacenamiento del marido son causas de Divorcio.

Art. 154 CCC Hoy las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los dos es causa de Divorcio Art 4o. Decreto 2820.

La mujer menor para poder pedir separación de bienes tenía que obtener una autorización de un curador especial Arts 197 a 212 de CCC. Hoy cualquiera de los cónyuges si es menor de edad necesita la autorización de un curador especial Art 15 Decreto 2820.

Información sobre estado de embarazo en caso de separación de cuerpos la ley autorizaba al marido para someter a la mujer a un tratamiento denigrante, para establecer el embarazo durante los trámites de separación de cuerpos. Los exámenes y el par-

to no eran atendidos por personal médico. Art 226 CCC. Hoy la ley faculta a la mujer para informar sobre su estado de embarazo al marido, a los consanguíneos más próximos que sean mayores de edad (Padres, abuelos, hermanos, primos). A falta de ellos, podrá informar al juez de la vecindad. Los exámenes para verificar el embarazo deben ser practicados por un médico. Art. 17 Decreto 2820.

Por lo que respecta a las causales que impiden heredar la ley imponía al varón mayor de edad, la obligación de denunciar el homicidio cometido contra la persona de quien pretendían heredar. Si el varón no cumplía con esta obligación, no podía heredar. Si el varón no cumplía con esta obligación, no podía heredar por considerarlo la ley indigno Ar 1026 CCC. Hoy la ley impone sin distinción de sexo, la obligación de denunciar el homicidio cometido contra la persona de quien pretendían heredar. El varón o la mujer mayor de edad que no haga la denuncia no tiene derecho a heredar por considerarlos la ley indignos. Art. 57 Decreto 2820.

En cuanto a la responsabilidad por los daños que causen los hijos, la ley hacía responder al padre y a falta de éste la madre por los daños causados por sus hijos menores a personas o cosas ajenas Art 2347 inciso 2o. CCC. Hoy la ley establece que los dos padres son responsables de los daños causados por sus hijos menores Art 65 Decreto 2820.

Relaciones entre padres e hijos :

En cuanto a la Patria Potestad, la ley reconocía al padre el ejercicio de los derechos de Patria Potestad sobre sus hijos legítimos menores de edad. A falta del padre estos derechos los podía ejercer la madre.

Por ser menores los hijos no pueden por sí solos hacer valer sus derechos, entonces la ley facultaba al padre para representarlos Art 288 CCC, inciso 2o. Subrogado por el art. 13 de la ley 75 de 1968.

Hoy los derechos de Patria Potestad se ejercen sobre los hijos legítimos, conjuntamente por el padre y la madre. Por ser menores los hijos no pueden hacer valer sus derechos por si solos. Entonces la ley los faculta a los dos para representarlos. Art 24 Decreto 2820.

El Derecho que la ley concede a los padres sobre los hijos extramatrimoniales, por regla general este derecho lo ejercía la madre Art 20 ley 75 de 1968. Hoy en día lo ejercen ambos padres naturales si viven juntos. En caso contrario ejercerá el padre que tenga bajo su cuidado el hijo Art 50 Decreto 2820.

La legislación antigua al varón mayor de 21 años y la mujer mayor de 18 podía contraer nupcias libremente Art. 116 CCC.

Solamente el padre gozaba del usufructo legal de los bienes del hijo de familia, es decir, el percibía el producido de tales bienes Art 291.CCC. Hoy tanto el varón como la mujer mayor de 18 años pueden contraer matrimonio libremente, esto es sin autorización de los padres.

Art 2 Decreto 2820. Hoy la ley concede al padre y a la madre conjuntamente el derecho del usufructo sobre los bienes de los hijos menores de que los dos perciben el producido de tales bienes Art 26 Decreto 2820.

En lo relacionado con el inventario para contraer nuevas nupcias, el varón viudo que quisiera volver a casarse estaba obligado a presentar inventario solemne de los bienes que correspondía a sus hijos del anterior matrimonio. El viudo que no cumpliera con ésta obligación perdía el derecho de herencia sobre los bienes de sus hijos menores que había administrado Art 171 CCC. Hoy tanto la viuda como el viudo que quisiera volver a casarse está obligado a hacer inventario solemne de los bienes que corresponden a sus hijos menores del anterior matrimonio.

El inventario debe hacerse ante notario público.

Las personas que hubiere administrado los bienes de los menores con culpa grave o con intención, perderá el usufructo y el derecho de herencia sobre tales bienes Art 7 Decreto 2820.

Por lo que respecta a los deberes de los hijos frente a los padres,

La ley establecía que los legítimos estaban especialmente sometidos a su padre. No obstante debían respeto y obediencia al padre y a la madre.

Art 250 CCC. Hoy la ley llena este vacío y establece que tanto los hijos legítimos como los naturales deben respeto y obediencia a sus padres Art 18 Decreto 2820.

Los gastos de crianza y educación durante la separación de bienes, en la legislación antigua corrían a cargo del padre Art 257 CCC. Hoy en el sentido de proteger más a los hijos durante la separación de los bienes o de los cuerpos de los padres, obliga tanto al padre como a la madre a contribuir en dichos gastos en la medida de sus capacidades. Art 19.

Los gastos que ocasiona el menor ausente de la casa la ley obligaba solamente al padre Art 261 CCC. Hoy la obliga ambos padres a pagar los gastos que ocasione el menor ausente de la casa con la finalidad de prevenir el abandono de los deberes para con los hijos. Art 20 Decreto 2820.

La ley autorizaba al padre para vigilar la conducta de sus hijos menores, corregirlos y reprenderlos moderadamente Art 261 CCC. Hoy la ley faculta a los padres o a la persona que los tenga bajo su cuidado, para vigilarlos, corregirlos y reprenderlos.

derlos moderadamente art 21 Decreto 2820.

La legislación antigua facultaba al padre y a falta de este la madre podía escoger el estado y la profesión u oficio del hijo Art 264 CCC.

Hoy los padres de común acuerdo los padres dirigirán la educación de sus hijos y les estará prohibido imponerles estado, profesión u oficio Art. 23 Decreto 2820.

En cuanto al cuidado del hijo demente la ley atribuía el cuidado de la persona y bienes del hijo demente y el derecho de provocar el juicio de interdicción por esta causa exclusivamente al padre Art 546 CCC.

Hoy la ley determina que tanto el esposo como la esposa pueden promover el juicio de interdicción y además, a llegar el demente a la pubertad deben seguir cuidando de su persona y bienes hasta su mayor edad. Art 53 Decreto 2820.

En lo tocante con la emancipación voluntaria en la antigua legislación solo tenía esta facultad el padre, por medio de escritura pública y autorización del Juez Art 313 CCC. Hoy el padre y la madre declaran la emancipación del hijo adulto, conjuntamente si esté consciente en ello.

Esta emancipación requiere instrumento público y autorización del juez Art. 43 Decreto 2820.

Finalmente en lo relacionado con la administración de los bienes del hijo la ley sólo facultaba al padre. Art.307 CCC. Hoy la administración de los bienes del hijo la ejercen conjuntamente padre y madre. Art 40 del Decreto 2820.

Por todo lo anteriormente visto observamos que en Colombia no existe una compilación completa (Es decir en un sólo texto) de lo relacionado con el derecho de familia, antes por el contrario se encuentran dispersas en el código Civil y en el de procedimiento en lo que a materia civil respecta.

A pesar de haberse convertido en realidad la jurisdicción de familia, al menos teóricamente, se hace necesaria la existencia de un código de menores, porque si con los jueces de familia se pretende acelerar y hacer práctico cada proceso, el código del menor sería un instrumento fundamental para coadyuvar a tales propósitos benéficos del gobierno.

CAPITULO V

BREVE COMENTARIO A LA LEY QUINTA DE 1977

Fueron varios los proyectos de ley tendientes todos ellos a crear la jurisdicción especial de Familia que atienda su problemática en la forma integral que esta lo exige, dentro de un ordenamiento legal adecuado que redunde en la solución acertada de los problemas, con la necesaria celeridad en los trámites y atendida por los profesionales expertos, que especialmente tengan un criterio unificado en cuanto a la interpretación y aplicación de las leyes.

El proyecto de ley que dió origen a la ley quinta de 1977 que sólo se hará efectiva al expedirse el decreto ejecutivo correspondiente, en desarrollo de las Facultades extraordinarias que le concedió el Congreso al Señor Presidente de la república, en base a la ley anteriormente mencionada.

El artículo 3° de ésta ley facultó al Señor Presidente de la República por el término de dos años, para crear los juzgados que conocerán de los asuntos de carácter familiar.

Estos juzgados tendrán la misma categoría personal subalterno y régimen de asignaciones que los de circuito.

Una vez que el gobierno expida el decreto creando los juzgados de Familia, se establecerá en el país el Régimen de Jurisdicción de Familia, dándose de esta forma solución al grave problema de la congestión de trabajo y la consiguiente demora en el trámite de muchos de los negocios de Familia, en algunos de los circuitos judiciales.

Además desaparecerán los juzgados de menores para darse atención integrada a todos los problemas familiares y el procedimiento aplicable será el señalado en el Estatuto Procesal Civil.

Habría dos instancias en los Juicios, y no una como ocurre actualmente en los juzgados de Menores y sólo, tendrán competencia para conocer de los asuntos arriba enumerados los juzgados civiles y promiscuos de Circuito, en aquellos lugares donde no sean creados juzgados de Familia.

FACTORES QUE DETERMINAN LA NECESIDAD DE CREAR LA JURISDICCION DE FAMILIA

a.1. Volúmen de trabajo en los tribunales y algunos Juzgados de circuito :

Según datos estadísticos, en algunos Tribunales ha habido aumentos hasta del 70% del volúmen de trabajo por ra-

zón de la competencia para conocer de los negocios que antes de entrar a regir la ley 1a de 1976, se tramitaban ante los Tribunales Eclesiásticos.

- a.2. Circuitos Judiciales muy Congestionados de trabajo en tanto que otros abarcan muy pocos Municipios por lo cual no se genera un volúmen muy considerable de negocios.

Esta situación exige que, consultando factores de orden económico, geográfico y social, y teniendo en cuenta sobre todo la atención especial que requieren los problemas de carácter familiar, se haga un reajuste de la organización judicial a la vez que sean creadas en la Corte Suprema de Justicia y en los Tribunales Superiores de Distrito, salas que conozcan exclusivamente asuntos atinentes al régimen Familiar y Juzgados de Familia con la categoría de los de Circuito, cuyos negocios se tramiten de acuerdo con las disposiciones del Código de procedimiento Civil y las especiales referentes al régimen de Familia.

- a.3. Falta de investigación y atención adecuada a los problemas de Familia. No existe en el país un mecanismo para investigar y tratar en forma técnica y adecuada los problemas que afectan la Familia como institución. Por este motivo se hace necesario promover investigaciones y constituir centros de información y estadística que permitan utilizar oportunamente los datos que se requieran para elaborar proyectos y programas referentes a la Familia.

a.4. Carencia de abogados expertos y profesores de derecho de Familia.

Uno de los problemas que se ha visto abocado el país, con relación a la atención de la familia, es el reducido número de profesionales que reúnen las condiciones necesarias para atender con verdadero sentido de defensa y de responsabilidad los problemas de Familia.

Para atender las exigencias que contempla el proyecto y la demanda de profesores de Derecho de Familia, se debe promover en las Universidades el establecimiento de cursos de especialización y " Magister ", para que los abogados, además de su especialización, aprendan a enseñar esta materia hasta ahora casi desconocida en los diferentes medios del Derecho.

El cargo de Abogados Defensores de Familia, que contempla el proyecto sólo lo pueden asumir profesionales que por sus óptimas calidades morales, humanas y académicas garanticen a la sociedad la defensa plena de la familia, como Institución y célula básica de nuestra sociedad.

Las causas anteriormente enumeradas son más que suficientes para que pronto llegue a ser una realidad la jurisdicción especial de la Familia.

Por el artículo 3° mencionado anteriormente indica la competencia de los juzgados de familia a saber tenemos :

1. Suspensión, rehabilitación y privación de la Patria Potestad en los casos previstos en la ley.
2. Controversias relativas a la custodia o cuidado personal de los menores y el ejercicio del Derecho de visitas.
3. Discernimiento, remoción y rendición de cuentas de tutores y curadores.
4. Controversias que se susciten entre los guardadores y sus pupilos o sus parientes, relativas al ejercicio de la tutela o curatela, y las que se presenten entre las personas que ejerzan en forma adjunta o conjunta una guarda, con ocasión de la administración de sus cargos.
5. Alimentos debidos por disposición de la ley, aumento, disminución o exoneración de ellos; ejecución y restitución de pensiones alimenticias.
6. Adopciones
7. Celebración de Matrimonio Civil
8. Nulidad y Divorcio del matrimonio civil
9. Separación de cuerpos en los casos en que sea procedente
10. Nulidad de capitulaciones matrimoniales.
11. Separación de bienes y liquidación de la sociedad Conyugal
12. Controversias entre cónyuges o entre éstos y sus hijos por causa o con ocasión del ejercicio de la Patria Potestad o

de la dirección del hogar en los casos que, según la ley, es procedente la intervención del juez.

13. Acciones referentes al Estado Civil de las personas, y especialmente, las relativas a la investigación de la paternidad o de la maternidad y a la paternidad o maternidad disputadas; las diligencias para establecer la prueba supletoria de Estado Civil, de conformidad con la ley.
14. Sucesión por causa de muerte y procesos que se promuevan en ejercicio de las acciones de herederos. Apertura, publicación y reducción a escrito de testamentos.
15. Intendencia del disipador y su rehabilitación
16. Procesos de Jurisdicción voluntaria

De llegar a hacerse realidad dicho proyecto será un gran avance en materia de derecho de familia ya que ésta ha sido reflejo de los tiempos ya reconociendo en la Roma antigua un poder Omnimodo del Pater Familias sobre la vida y bienes de las personas sometidas a su potestad o ya estableciendo en el Estado Moderno la igualdad de Derecho de los varones Y las mujeres, pasando por una variada gama de sistemas intermedios.

La legislación Colombiana en esta materia, creada a imagen de los países que la antecedieron y sirvieron de modelo, no han sido ajenas a las constantes transformacio-

nes ideológicas, culturales, sociales y económicas.

Económicas del mundo actual, ya que de un régimen jurídico de inferioridad para la persona y los bienes de la mujer, se llegó a la igualdad con el hombre.

El espíritu con que fué hecha la ley trae un gran contenido social y de llegar a tener una buena organización en cuanto a su estructura y funcionamiento va a contribuir a solucionar uno de los más graves problemas que aquejan a nuestra Sociedad Colombiana.

CAPITULO VI

BREVE COMENTARIO A LA LEY 29 DE 1982

El hijo extramatrimonial entra a formar parte de la familia de su padre y madre. El problema capital de la igualdad de los hijos extramatrimoniales frente a los legítimos consiste en dar a los primeros la misma posición Jurídica que en relación con sus padres han ocupado siempre los legítimos. Bien el hijo legítimo forma parte de la familia de sangre de sus padres; por motivo establece una relación de parentesco con los parientes de sus padres. Así, para a ser nieto de los abuelos (o sea los padres de sus padres); ocupa la posición jurídica de sobrino de los hermanos de los padres, etc.

En el sistema de Código Civil el hijo extramatrimonial no entraba a formar parte de la familia de sus padres. Según este sistema el hijo extramatrimonial establecía parentesco únicamente con su padre y madre, pero no con sus parientes consanguíneos. Era exactamente el mismo sistema del código Civil Francés antes de la expedición de la ley de filiación del 3 de Enero de 1972. Para Baudry - Lacantinerie Précis de Droit Civil, t.1, París, 1972, num 898). " El parentesco extramatrimonial

no crea vínculos sino entre el hijo y su padre y madre; no lo crea entre el hijo y los parientes de sus actores. De ahí resulta que la familia del hijo extramatrimonial es demasiado restringida; solo puede comprender sus descendientes legítimos y sus hijos extramatrimoniales y en línea ascendente solo a su padre y madre ". En el mismo sentido Josserand, Ob. cit, t.l. num 1176

Por ésta razón se enseñaba que una persona podía tener descendientes legítimos (Hijos, nietos, bisnietos, etc) pero, fuera de sus hijos extramatrimoniales, no podía tener descendientes extramatrimoniales (Los nietos o bisnietos extramatrimoniales no existían); tenían ascendientes (Padres, abuelos, etc); y padres extramatrimoniales pero no ascendientes extramatrimoniales (Abuelos, etc); igualmente tenía colaterales legítimos (tíos, sobrinos, primos, hermanos, etc), pero no colaterales extramatrimoniales.

La justificación de este sistema se le hacia consistir en la necesidad de defender la pureza de la familia legítima, en su buen orden y marcha; introducir al hijo extramatrimonial dentro de la familia de sus actores equivalía a destruir la moral social que debe reinar en las familias legítimas construidas. Con éstas y otras razones en Colombet, Foyer, etc.ob. cit, núm 16.

Nuestro Código Civil recogió la tradición Europea y tuvo sumo cuidado en excluir a los hijos extramatrimoniales de la familia de sus autores.

a. El art. 411 establecía la obligación de alimentos a favor de los descendientes legítimos (num 2.) y los hijos extramatrimoniales (num 5) incluyéndose a los nietos, bisnietos, etc. extramatrimoniales. Existía la obligación de suministrar alimentos a los ascendientes legítimos (num 3) y a los padres extramatrimoniales (num 6), con lo que se excluía toda relación de parentesco con los demás ascendientes extramatrimoniales (Abuelos, bisabuelos).

En relación con los colaterales existía la obligación para los hermanos legítimos (num9), no para los hermanos extramatrimoniales. Con sumo cuidado se abstenía el art. 411 del C.C. de emplear la expresión de descendientes extramatrimoniales o las de ascendientes o colaterales extramatrimoniales.

b. El art. 1040 del C.C. llamada a heredar en la sucesión intestada del causante a los descendientes legítimos (Hijos, nietos, etc) a los hijos extramatrimoniales (no heredan los nietos, bisnietos extramatrimoniales) y los ascendientes legítimos (Padres, abuelos, etc), a los padres extramatrimoniales (No heredaban los abuelos, extramatrimoniales

les) los colaterales legítimos (Hermanos, tíos, primos hermanos, etc), con lo que se excluía de una herencia a los sobrinos, primos hermanos extramatrimoniales.

Está la razón por la cual el art. 1043 organizaba la Representación hereditaria sólo para la descendencia legítima del difunto y la descendencia legítima de sus hermanos legítimos o naturales. El Derecho de representar (o sea el derecho de recoger la herencia que no podía recoger un hijo o unos hermanos por haber fallecido u otra causa) no se daba para la descendencia extramatrimonial, lo que indicaba que en ningún caso la herencia podía corresponder a un nieto o sobrino extramatrimonial.

- c. En desarrollo de la idea cardinal de los textos legales citados, el art. 1240 otorgaba las legítimas (Asignaciones forzosas) sólo a los hijos legítimos personalmente o representados por su descendencia legítima, a los ascendientes legítimos, a los hijos extramatrimoniales personalmente o representador por su descendencia legítima y a los padres extramatrimoniales. Conforme a dicho texto legal una Legítima no podía ser reclamada por los hijos extramatrimoniales de los hijos legítimos o extramatrimoniales (nietos extramatrimoniales), ni por los abuelos extramatrimoniales.

La derogación del sistema del Código Civil . En derecho actual el hijo extramatrimonial entra a formar parte de la familia de su padre y madre exactamente en las mismas condiciones que el hijo legítimo. Una nueva moral social se ha abierto campo en nuestros días y ha dejado sin efecto, las antiguas consideraciones de que la paz de los hogares y la debida protección de la familia legítima solo podía realizarse excluyendo de la familia a los hijos extramatrimoniales. Bien se ha dicho que no son los hijos extramatrimoniales los que colocan el matrimonio en peligro, sino la unión extramatrimonial de sus padres. Cons H.P.Steinauer. En Mariage et famille en question (Suisse, Autriche, Pays - Bas, ed. cit. p. 36).

Por ese motivo ha sido borradas todas las discriminaciones por razón de la filiación.

- a. Sin duda el primer paso dado a este respecto está representado por la ley 75 de 1968. Introdujo por primera vez la expresión de nietos naturales (Extramatrimoniales) para indicar que podían pedir alimentos a sus abuelos (Art. 411, num 5, Nueva red. de la ley 75 de 1968). También empleó la expresión de ascendientes naturales (Extramatrimoniales para estatuir que tenía el derecho de ser alimentados por sus descendientes extramatrimoniales, C.C. Art. 411 num.6 Nueva Red de la ley 75 de 1968).

- b. La labor iniciada por la ley 75 de 1968 fué continuada y terminada por la reciente ley 29 de 1982 al hacer entrar en forma total al hijo extramatrimonial dentro de la familia de su padre y madre.

En primer término, la primitiva redacción del art. 1040 del C.C., es cambiada por esta; " Son llamados a la sucesión intestada: los descendientes; los hijos adoptivos; los ascendientes ; los padres adoptantes; los hermanos. los hijos de éstos, el cónyuge supérstite; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ". Debe repararse que la palabra descendientes comprende tanto a los legítimos como a los extramatrimoniales; lo propio debe decirse de la palabra ascendientes, hermanos, hijos de los hermanos (Sobrinos).

En segundo término en la Nueva redacción del art. 1045 establece que los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal.

En tercer término, en la redacción dada al art 1043 " Hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de los hermanos " se da entrada a los hijos extramatrimoniales.

En quinto lugar, se llama a heredar a los hermanos, tanto a los legítimos como a los extramatrimoniales (Nuevo art. 1047). A falta de hermanos se llama a heredar a sus hijos o sea los sobrinos del difunto, tanto los legítimos como los extramatrimoniales (Art 1051 Nueva red). Lo que nos enseñan que hoy heredan los sobrinos extramatrimoniales, los que se encontraban excluidos de toda herencia dentro del sistema derogado.

De esta manera los órdenes hereditarios en la sucesión intestada son :

1. Hijos (Legítimos, extramatrimoniales y adoptivos), sin perjuicio de la porción conyugal. (C.C. art. 1045).
2. Los ascendientes de grado más próximo (Legítimos o extramatrimoniales, los padres adoptantes y el cónyuge). La herencia se reparte por cabezas (C.C.Art. 1046).
3. Los hermanos (Legítimos o extramatrimoniales) y su cónyuge. La mitad para los hermanos y la otra mitad para el cónyuge. A falta de cónyuge la herencia corresponde a los hermanos, y a falta de estos corresponde al cónyuge (C.C.Art.1047).
4. Los sobrinos (C.C. Art. 1051).
5. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (C.C.Art.1051). Finalmente el antiguo art. 1240 del C.C. recibe esta nueva redacción " Son legitimarios ".

1. Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial.
2. Los ascendientes.
3. Los padres adoptantes
4. Los padres de sangre del hijo adoptivo en forma simple.

Anotaciones complementarias. Todas las discriminaciones de los seres humanos en razón de su filiación han sido totalmente borradas de nuestro sistema legal. Al entrar los hijos extramatrimoniales dentro de la familia de sus padres de la misma manera que los legítimos se destruye la principal diferencia entre la legitimidad y la extramatrimonialidad.

Al expedir la ley 29 de 1982 Colombia se ha limitado a cumplir compromisos internacionales contenidos en la Declaración de Derechos humanos. El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la convención Americana de Derechos Humanos, según tuvimos ocasión de advertir.

El orden jurídico que rige la vida de los Colombianos no constituye una ínsula aislada, sino que es parte integrante de un orden jurídico universal. Día a día se acentúa la existencia de una comunidad de naciones con propósitos comunes y normas jurídicas que tienen el carácter de suprana-

cionales. Entre esas normas se encuentra la que prescribe la igualdad de los seres humanos, frente al derecho, estando prohibida toda discriminación por razón de sexo, la filiación el color, etc. Y de la misma manera que otras naciones han venido cumpliendo dichas normas internacionales (Alemania, Francia, Italia, España, países Nórdicos de Europa, Austria Holanda, México, Costa Rica, Bolivia), Colombia ha terminado por hacer honor a semejantes normas igualando en un todo los derechos de hijos extramatrimoniales.

En Colombia se había venido entendiendo que la principal discriminación entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial consistía en que el hijo extramatrimonial recibía por herencia solo la mitad de la cuota que corresponde a un hijo legítimo. Y por cierto que muchos creen ante la Nueva ley que en eso consistió la reforma, pero la reforma tiene un contenido y alcance muy superior; es una reforma total y lógica, pues se dá al hijo extramatrimonial la misma posición jurídica que tradicionalmente venía ocupando el hijo legítimo. Al entrar dentro de la familia de sus padres se extienden en forma considerable los vínculos de parentesco extramatrimonial, dándose efectos jurídicos al parentesco en segundo y tercer grado en línea directa (Nietos, bisnietos, abuelos, bisabuelos) en la línea lateral (Tíos, sobrinos), solo allí donde se produce efectos el parentesco legítimo tampoco los produce el extramatrimonial (Por ej. Se privó de vocación hereditaria a los primos hermanos).

Hasta aquí la igualdad de derechos para hijos legítimos y extramatrimoniales. Una diferencia acentuada existirá entre unos y otros en lo tocante con la determinación de la paternidad extramatrimonial frente a la legítima.

C A P I T U L O VI

BREVE COMENTARIO A LA LEY 29 DE 1982.

El hijo extramatrimonial entra a formar parte de la familia de su Padre y Madre. El problema capital de la igualdad de los hijos extramatrimoniales frente a los legítimos consiste en dar a los primeros la misma posición jurídica que en relación con sus padres han ocupado siempre los legítimos. Bien, el hijo legítimo forma parte de la familia de sangre de de sus padres; por ese motivo establece una relación de parentesco con los parientes de sus padres. Así, para ser nieto de los abuelos (o sea los padres de sus padres); ocupa la posición jurídica de sobrino de los hermanos de los padres, etc.

En el sistema de Código Civil el hijo extramatrimonial no entraba a formar parte de la familia de sus padres. Según este sistema el hijo extramatrimonial establecía parentesco únicamente con su padre y madre, pero no con sus parientes consanguíneos. Era exactamente el mismo sistema del código Civil Francés antes de la expedición de la Ley de filiación del 3 de Enero de 1.972 para - Baudry -Lacantinery Précis de Droit Civil, t 1, París. 1.912, num. 898) "El Parentesco extramatrimonial no crea vinculo sino entre el hijo y su padre y madre; no lo crea entre el hijo y los parientes de sus actores. De ahí resulta que la familia del hijo extramatrimonial es demasiado restringida: solo puede comprender sus descendientes legítimos y sus hijos extramatrimoniales y en línea ascendente solo a su padre y madre" . En el mismo sentido Josserand, ob. cit. t. I. num. 1176.

Por esta razón se enseñaba que una persona podía tener descendientes legítimos (hijos, nietos, bisnietos, etc.), pero fuera de sus hijos extramatrimoniales , no podía tener descendientes extramatrimoniales (los nietos o bisnietos extramatrimoniales no existían); tenían ascendientes (padres, abuelos, etc.); y padres extramatrimoniales pero no ascendientes extramatrimoniales (abuelos, etc.);

igualmente tenía colaterales legítimos (tíos, sobrinos, primos, hermanos, etc.), pero no colaterales extramatrimoniales.

La sustificación de este sistema se le hacía consistir en la necesidad de defender la pureza de la familia legítima, en su buen orden y marcha; introducir el hijo extramatrimonial dentro de la familia de sus actores equivalía a destruir la moral social que debe reinar en las familias legítimas constituidas. Con estas y otras razones en Colombet, Foyer, Etc. ob. cit. núm. 16 .

Nuestro Código Civil recogió la tradición europea y tuvo sumo cuidado en excluir a los hijos extramatrimoniales de la familia de sus autores.

a) El art. 411 establecía la obligación de alimentos a favor de los descendientes legítimos (núm. 2) y los hijos extramatrimoniales (num. 5) incluyendo a los nietos, bisnietos, etc, extramatrimoniales. Existía la obligación de suministrar alimentos a los ascendientes legítimos (núm 3) y a los padres extramatrimoniales (num. 6), con lo que se excluía toda relación de parentesco con los demás ascendientes extramatrimoniales (abuelos, bisabuelos).

En relación con los colaterales existía la obligación para los hermanos legítimos (núm.9), no para los hermanos extramatrimoniales. Con sumo cuidado se abstenía el art. 411 del C.C. de emplear la expresión de descendientes extramatrimoniales o los de ascendientes o colaterales extramatrimoniales.

b) El art. 1040 del C.C. llamaba a heredar en la sucesión intestada del causante a los descendientes legítimos (hijos, nietos, etc.) a los hijos extramatrimoniales (no heredaban los nietos, bisnietos extramatrimoniales) a los ascendientes legítimos (padres, abuelos, etc.), a los padres extramatrimoniales (no heredaban los abuelos, extramatrimoniales), los colaterales legítimos (hermanos, tíos, primos hermanos etc.) con lo que se excluía de una herencia a los sobrinos, primos hermanos extramatrimoniales.

Esta la razón por la cual el Art. 1043 organizaba la representación hereditaria

sólo para la descendencia legítima del difunto y la descendencia legítima de sus hermanos legítimos o naturales. El derecho de representar (o sea el derecho de recoger la herencia que no podía recoger un hijo o unos hermanos por haber fallecido u otra causa) no se daba para la descendencia extramatrimonial, lo que indicaba que en ningún caso la herencia podía corresponder a un nieto o sobrino extramatrimonial.

c) En desarrollo de la idea cardinal de los textos legales citados, el Art. 1240 otorgaba las legítimas (asignaciones forzosas) solo a los hijos legítimos personalmente o representados por su descendencia legítima, a los ascendientes legítimos, a los hijos extramatrimoniales personalmente o representados por su descendencia legítima y a los padres extramatrimoniales. Conforme a dicho texto legal una legítima no podía ser reclamada por los hijos extramatrimoniales de los hijos legítimos o extramatrimoniales (nietos extramatrimoniales), ni por los abuelos extramatrimoniales.

La derogación del sistema del Código Civil. En derecho actual el hijo Extramatrimonial entra a formar parte de la familia de su padre y madre exactamente en las mismas condiciones que el hijo legítimo. Una nueva moral social se ha abierto campo en nuestros días y ha dejado sin efecto las antiguas consideraciones de que la paz de los hogares y la debida protección de la Familia legítima solo podía realizarse excluyendo de la familia a los hijos extramatrimoniales. Bien se ha dicho que no son los hijos extramatrimoniales los que colocan el matrimonio en peligro, sino la unión extramatrimonial de sus padres. Cons. H.P. Steinauer, En Mariage et famille en guestion (Suisse, Autriche, Pays-Bas, ed. cit. p. 36).

Por ese motivo ha sido borrada todas las discriminaciones por razón de la filiación.

- a) Sin duda el primer paso dado a este respecto está representado por la Ley 75 de 1968 . Introdujo por primera vez la expresión de nietos naturales (extramatrimoniales) para indicar que podían pedir alimentos a sus abuelos (art. 411, núm. 5, nueva red. de la Ley 75 de 1968). También empleo la expresión de ascendientes naturales (extramatrimoniales) para estatuir que tenía el derecho de ser alimentados por sus descendientes extramatrimoniales (C.C. Art. 411 num. 6 nueva red de la Ley 75 de 1968).
- b) La labor iniciada por la Ley 75 de 1968 fué continuada y terminada por la reciente Ley 29 de 1982 al hacer entrar en forma total al hijo extramatrimonial dentro de la familia de su padre y madre.
- En primer término, la primitiva redacción del art. 1040 del C.C., es cambiada por esta : "Son llamados a la sucesión intestada; los descendientes; los hijos adoptivos, los ascendientes, los padres adoptantes; los hermanos, los hijos de éstos, el cónyuge supérstite; El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar". Debe repararse que la palabra descendientes comprende tanto a los legítimos como a los extramatrimoniales; lo propio debe decirse de la palabra ascendientes, hermanos, hijos de los hermanos (sobrinos).
- En segundo término en la nueva redacción del art. 1045 establece que los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal.
- En tercer término, en la redacción dada al art. 1043 "hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de los hermanos" se da entrada a los hijos extramatrimoniales.
- En cuarto lugar, se llama a heredar a los ascendientes (art.1046,nueva red.) o sea tanto a los legítimos como a los extramatrimoniales. Dentro

del antiguo sistema heredaban solo los padres naturales, no los abuelos extramatrimoniales.

En quinto lugar, se llama a heredar a los hermanos, tanto a los legítimos como a los extramatrimoniales (nuevo art. 1047). A falta de hermanos se llama a heredar a sus hijos o sea a los sobrinos del difunto, tanto los legítimos como los extramatrimoniales (art.1051 nueva red.). Lo que nos enseñan que hoy heredan los sobrinos extramatrimoniales, los que se encontraban excluidos de toda herencia dentro del sistema derogado.

De esta manera los órdenes hereditarios en la sucesión intestada son:

- 1- Hijos (Legítimos, extramatrimoniales y adoptivos), sin perjuicio de la porción conyugal, (C.C. art. 1045.);
- 2- Los ascendientes de grado más próximo (legítimos o extramatrimoniales, los padres adoptantes y el cónyuge). La herencia se reparte por cabezas (C.C. art. 1046) ;
- 3- Los Hermanos (legítimos o extramatrimoniales) y su cónyuge. La mitad para los hermanos y la otra mitad para el cónyuge . A falta de Cónyuge la herencia corresponde a los hermanos , y a falta de estos corresponde al cónyuge (C.C.art. 1047);
- 4- Los sobrinos (C.C. art. 1051);
- 5- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (C.C.art.1051). Finalmente el antiguo art. 1240 del C.C. recibe esta nueva redacción "Son Legítimos:
 - 1- Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial.
 - 2- Los ascendientes.
 - 3- Los padres adoptantes.
 - 4- Los padres de sangre del hijo adoptivo en forma simple".

Anotaciones Complementarias. Todas las discriminaciones de los seres humanos en razón de su filiación han sido totalmente borradas de nuestro sistema legal. Al entrar los hijos extramatrimoniales dentro de la Familia de sus padres de la misma manera que los legítimos se destruye la principal diferencia entre la legitimidad y la extramatrimonialidad.

Al expedir la Ley 29 de 1982 Colombia se ha limitado a cumplir compromisos internacionales contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, según tuvimos ocasión de advertir.

El orden jurídico que rige la vida de los Colombianos no constituye una Isla aislada, sino que es parte integrante de un orden jurídico Universal. Día a día se acentúa la existencia de una comunicac de naciones con propósitos comunes y normas jurídicas que tienen el carácter de supranacionales. Entre esas normas se encuentra la que prescribe la igualdad de los seres humanos, frente al derecho, estando prohibida toda discriminación por razón de sexo, la filiación, el color, etc. Y de la misma manera que otras naciones han venido cumpliendo dichas normas internacionales (Alemania, Francia, Italia, España, Países Nórdicos de Europa, Austria, Holanda, México, Costa Rica, Bolivia), Colombia ha terminado por hacer honor a semejantes normas igualando en un todo los derechos de hijos extramatrimoniales.

En Colombia se había venido entendido que la Principal discriminación entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial consistía en que el hijo extramatrimonial recibía por herencia solo la mitad de la cuota que corresponde a un hijo legítimo. Y por cierto que muchos creen ante la nueva Ley que en eso consistió la reforma, pero la reforma tiene un contenido y alcance muy superior; es una reforma total y lógica, pues se dá al hijo extramatrimonial la misma posición jurídica que tradicionalmente venía ocupando el hijo legítimo. Al entrar dentro de la familia de sus padres se extienden en forma considerable los vínculos de parentesco extramatrimonial, dándose efectos jurídicos al parentesco en segundo y tercer grado en línea directa (nietos, bisnietos, abuelos, bisabuelos) en la línea colateral (tíos, sobrinos). Sólo allí donde se produce efectos el parentesco legítimo tampoco los produce el

extramatrimonial (por ejemplo. se privó de vocación hereditaria a los primos hermanos).

Hasta aquí la igualdad de derechos para hijos legítimos y extramatrimoniales. Una diferencia acentuada existirá entre unos y otros en lo tocante con la determinación de la paternidad, siendo más compleja la determinación de la paternidad extramatrimonial frente a la legítima.

C A P I T U L O VII

JURISDICCION DE FAMILIA.

7.1 JUSTIFICACION.

El derecho de familia regula el conjunto de normas que rigen la fundación, estructura, vida y disolución de la familia. Actualmente el derecho de familia es una rama autónoma e independiente del derecho civil, y si bien se discute si forma parte del derecho privado o del derecho público o del denominado Derecho Social, es indudable que tiene características especiales, dado el carácter moral, natural y social de la familia.^{1"}

Ahora bien, actualmente las materias relativas al derecho de familia -parentesco, filiación, matrimonio, tutelas y curadurías- están siendo conocidas por la jurisdicción civil y por la jurisdicción de menores. Este hecho ha creado la necesidad de atender unificadamente dentro de una jurisdicción especial todos los asuntos familiares.

^{1"} MARCO GERARDO MONROY CABRA, Derecho de Familia. Librería Jurídicas.

Wilches, Bogotá, 1982, ps. 12 y ss.

La jurisdicción civil que atiende hoy la gran mayoría de asuntos familiares adolece de lentitud, gran concentración de procesos, falta de especialización en derechos de familia de sus funcionarios, lo que ha originado la necesidad inaplazable de crear una nueva jurisdicción de familia que en forma técnica y especializada atienda los procesos de familia, descongestionando a la vez a la jurisdicción civil.

Las normas aplicables a los conflictos familiares tienen señalado interés social y la filosofía con que se deben aplicar difiere de la estructura de la jurisdicción civil, que si bien debe buscar un fin primario que no es otro que la paz y la armonía social, sin embargo, el fin secundario es la composición del litigio entre particulares.

La demanda de los servicios familiares es progresiva, la demora de los actuales procesos de familia es excesiva, la compleja problemática de la familia Colombiana exige un tratamiento especializado y el carácter interdisciplinario del derecho de familia hacen imperiosa la creación de la jurisdicción de familia.

7.2 LEY 5a. DE 1977.

La Ley 5a. de Enero 21 de 1977, "por la cual se confieren unas facultades y se dictan otras disposiciones", en su artículo 3º dispone: "Revístese el Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de dos (2) años, contados desde la vigencia de esta Ley, para crear los Juzgados que se consideren necesarios para conocer asuntos propios del régimen de familia. Estos Juzgados serán de la misma categoría, personal subalterno y régimen de asignaciones que los de circuito "

El párrafo del mismo artículo preceptúa: "El gobierno, en desarrollo de las facultades que se le otorgan por la presente ley, fijará la competencia territorial de los Juzgados que se ocupen de los asuntos indicados en este artículo".

Debe observarse que el gobierno no pudo dictar los decretos necesarios para el funcionamiento de la jurisdicción de familia porque, infortunadamente, la Ley 5a. no previó la situación en que quedarían los juzgados de menores ante los nuevos juzgados de familia, ni tampoco dilucidó la actuación de los defensores de menores al lado de los agentes del ministerio público. En otros términos, no quedó claro el reparto de competencias entre la jurisdicción de familia y la jurisdicción de menores debido a que ésta no se suprimió, con lo cual quedaron dos categorías de Juzgados conociendo de algunas materias comunes.

En algunos estados existen como jurisdicciones especiales separadas la jurisdicción de familia y la jurisdicción de menores, e inclusive se han promulgado Códigos de Familia y Códigos del Menor. En otras Legislaciones existe sólo la jurisdicción de menores que conoce algunos asuntos de familia y los demás están adscritos a la jurisdicción Ordinaria. Esto significa que en una nueva reforma el derecho de familia hay que delimitar de manera precisa los asuntos que van a ser conocidos por los jueces de familia y los asuntos que sean de competencia de los Juzgados de menores tanto en el aspecto civil como en el penal.

Asimismo es indispensable reestructurar las funciones del defensor de menores originalmente creados por la Ley 83 de 1946 bajo la denominación de Promotor-curador de menores, e indagar si es posible crear el defensor de la familia para que actúe ante los jueces de familia.

Como se ha dicho, la Ley 5a. de 1977 no hizo referencia a los procedimientos que se seguirían en los procesos de menores ante los Juzgados de familia, ni dispuso nada sobre los jueces civiles de menores que al parecer desaparecerían al crearse los de familia, pues su competencia se trasladó a éstos. Tampoco se refirió a los juzgados promiscuos de menores, los cuales, al no continuar conociendo de los procesos civiles, dejarían de ser tales para convertirse en jueces penales de menores.

En cuanto a los asuntos que iban a ser del conocimiento de la Jurisdicción de familia y que se enumeran en el artículo 3º de la Ley 5a. de 1977, se observa que la enumeración dejó por fuera algunos asuntos de familia y previó la celebración del matrimonio civil por los jueces de familia en forma que dificulta el matrimonio, debido a que no en todos los municipios del país se iban a crear juzgados de familia.

Asimismo, en cuanto a los procesos de sucesión no es muy claro que deban ser conocidos por los jueces de familia, debido a su notable carácter patrimonial, y en este aspecto sería preferible la propuesta del Instituto de Derecho Procesal de asignar los procesos sucesorios, cuando no hay controversia entre los herederos, a los notarios, como existe en algunas legislaciones, y cuando existan conflictos que sean de competencia de la Justicia Civil ordinaria.

Por todo lo anterior, se puede concluir que el sistema propuesto por la Ley 5a. de 1977 es inconveniente y que nada justifica la supresión de los Juzgados de menores, si bien es indudable que deben ser reorganizados tanto en la competencia como en el procedimiento.

7.3 UNA VERDADERA JURISDICCION DE FAMILIA.

Consideramos que se puede crear la jurisdicción de familia sin reformar la Constitución Nacional, como fué posible crear la Justicia del trabajo sin que exista norma expresa en la Carta fundamental. Ahora bien, el ideal sería crear una jurisdicción de familia autónoma y separada de la jurisdicción civil. Esto implicaría crear Juzgados de familia, tribunales de familia y un tribunal supremo de familia.

El artículo IX del Concordato aprobado por la Ley 20 de 1974 y canjeadas las ratificaciones entre Colombia y la Santa Sede, dispone que: "Las altas partes contratantes convienen en que las causas de separación de cuerpos de los matrimonios canónicos sean tramitadas por los Jueces del Estado, en primera instancia ante el Tribunal Superior respectivo y en Segunda Instancia ante la Corte Suprema

de Justicia". En el Protocolo final y en relación con el citado artículo IX, la Santa Sede y Colombia interpretaron el mencionado artículo así: "La determinación que hace este artículo de que las causas de separación del matrimonio canónico serían dirimidas ante el Tribunal Superior y la Corte Suprema de Justicia de Colombia, no impedirá que, en el futuro, el Estado colombiano pueda establecer una instancia especial para examinar y juzgar las causas relativas al derecho de familia y que tengan un nivel equivalente al de aquéllas Entidades".

Esto significa que bien puede el gobierno colombiano, al tenor del Concordato, crear una "Instancia especial" para el conocimiento de los procesos de separación de cuerpos de matrimonios católicos, siempre y cuando que "tengan un nivel equivalente" al de los tribunales superiores y Corte Suprema de Justicia. Por esta razón, es viable crear tribunales de familia no solo para conocer la segunda instancia de los asuntos que sean conocidos en primera instancia por los Juzgados de Familia, sino para tramitar y decidir los procesos de separación de cuerpos de matrimonios católicos en primera instancia. Y en segunda instancia, los procesos de separación de matrimonios católicos serían conocidos por el Tribunal Supremo de Familia, que tendría igual nivel o categoría que la Corte Suprema de Justicia, con lo cual se cumpliría lo prescrito en el Protocolo Final del Concordato.

7.4. DISTINTOS PROYECTOS SOBRE JURISDICCION DE FAMILIA.

Existen diversos proyectos sobre jurisdicción de familia. Sin embargo, consideramos que el que fué estudiado mejor fué el presentado por el Exministro de Justicia Doctor Felio Andrade Manrique a consideración del Congreso. El artículo 1 dice: "Con el objeto de proteger y defender los intereses de la familia, promover su integridad y atender de manera especial los asuntos relacionados con ella, establécese la jurisdicción de familia como parte integrante de la rama jurisdiccional del poder Público".

El artículo segundo determina que la Jurisdicción será ejercida por:

- a) La sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia;
- b) Las salas de familia de los tribunales superiores de distrito judicial;
- c) Por jueces de circuito de familia; y
- d) Por los jueces de protección del menor.

Creemos que no se puede seguir dejando la segunda instancia de los procesos de separación de cuerpos del matrimonio católico a la sala de casación civil de la Corte, por cuanto está congestionada, debido al gran número de apelaciones o consultas que allegan a dicha superioridad. Esto significa que sería aconsejable crear una nueva sala de familia en la Corte Suprema de Justicia, con lo cual se descongestionaría la sala de casación civil y se daría un tratamiento especializado a los asuntos de familia, unificando la jurisprudencia en esta materia.

Por otra parte, tenemos duda acerca de la bondad de la integración de los Juzgados de menores a la jurisdicción de familia. Bien se puede repartir la competencia entre los juzgados (civiles y penales) de menores y los juzgados de familia, por cuanto corresponden a dos ramas que hoy han adquirido autonomía, como son el derecho de menores y el derecho de familia. Involucrar los asuntos de que hoy conocen los Juzgados penales de menores, los Juzgados promiscuos de menores y los Juzgados civiles de menores en la jurisdicción de familia, implica crear en el fondo juzgados promiscuos con una competencia amplísima y mezclar los principios del derecho de menores con las normas que regulan el derecho de familia.

Por este motivo, los asuntos de que conoce la jurisdicción de familia enumerados en el artículo 2, debieron ser modificados para delimitar las competencias de los juzgados de menores de la competencia de los juzgados de familia.

El proyecto comentado contiene algunas propuestas importantes, como la creación de los consejos seccionales de familia para la conciliación prejudicial, el establecimiento de los defensores de la familia y autorizaciones para la expedición del

Código del Menor que "tendrá como finalidad esencial la protección integral del menor en todos los campos de la legislación, en especial en lo civil, penal, laboral, administrativo y de protección". Asimismo, se advierte que "en materia penal el menor de edad infractor de la ley será objeto de un tratamiento especial, orientado a obtener su protección y readaptación social. Se conservará el principio de la inmediación y la prohibición de que en esta materia intervengan los abogados en las actuaciones que adelanta el juez de protección de menores".

Igualmente es importante la norma contenida en el artículo 7 del proyecto, que dice: "Elévase a los 18 años la minoría de edad penal consagrada en los artículos 664 del decreto 409 de 1971, artículo 48 de la ley 75 de 1968 y el 34 del decreto 100 de 1980". Estamos en un todo de acuerdo en la elevación de la edad penal que hoy es de 16 años, por cuanto no se justifica que a tan corta edad dichos menores puedan ser llevados a las cárceles comunes que no los rehabilitan sino que en muchas ocasiones conducen a que definitivamente se conviertan en delinquentes.

7.5 CONCLUSIONES :

"SOBRE LA JURISDICCION DE FAMILIA EN COLOMBIA "

De la breve exposición anterior se pueden deducir las siguientes conclusiones:

1. Actualmente se justifica la creación de la jurisdicción de familia para un tratamiento especializado de los asuntos familiares y una descongestión de la jurisdicción civil que ahora los tramita y decide.
2. Creemos que el ideal sería crear una jurisdicción autónoma de familia compuesta por jueces de familia, tribunales de familia y un tribunal supremo de familia, para lo cual no se requiere una reforma constitucional.
3. Si lo anterior no es posible, bien se puede establecer una jurisdicción de familia como parte integrante de la jurisdicción civil y compuesta por jueces civiles

del Circuito de familia, salas de familia en los tribunales superiores de distrito judicial y sala de familia en la Corte Suprema de Justicia.

4. Es conveniente no suprimir los juzgados civiles, penales y promiscuos de menores, pero es deseable repartir la competencia en forma clara y precisa entre los juzgados de menores y los nuevos juzgados de familia.
5. Es urgente la expedición del Código del Menor y la revisión de las Normas del Derecho de familia, tanto en el aspecto sustancial como en el ámbito procedimental. Debe hacerse saber que el actual gobierno ha integrado una comisión para la reforma del derecho de familia y del derecho de menores que está trabajando con el objeto de actualizar las normas familiares y de crear la jurisdicción de familia. Esto significa que es posible que en poco tiempo se haya logrado el viejo anhelo de ver instaurada en Colombia la jurisdicción de familia y el establecimiento de normas que atiendan en forma adecuada a la protección del menor y de la familia para el beneficio de toda la Sociedad.^{2"}

^{2"} MENDIZABAL OSES, Luis. Introducción al derecho correccional de Menores. Madrid. Instituto de la Juventud, 1974. MONROY CABRA.

Marco Gerardo, Nuevo derecho de menores, separata de la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, números 221. 222. 223, Bogotá, Editorial Kelly. 1978. Recientemente se presentó por el senador Humberto Criales de la Rosa un Proyecto sobre Jurisdicción de Familia. Este proyecto incluye dentro de la Jurisdicción de Familia a la jurisdicción de Menores, lo cual desconoce la separación entre derecho de menores y derecho de familia y acaba prácticamente con los avances de la legislación de menores. Además, la problemática del menor infractor o abandonado es diferente de la problemática de la familia, y por tanto es indispensable un tratamiento especializado. Este proyecto se incluye al final del libro, junto con el presentado por el exministro de Justicia Felio Andrade Manrique.

7.6 DELITOS CONTRA LA FAMILIA EN EL NUEVO CODIGO PENAL. DECRETO 100 de 1980

7.6.1 Capítulo Primero. Del Incesto.

ARTICULO 259. Incesto. El que realice acceso carnal u otro acto erótico sexual con un descendiente o ascendiente , adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana , incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años.

7.6.2 Capítulo Segundo. De la Bigamia y de los Matrimonios Ilegales.

Artículo 260. Bigamia. El que ligado por matrimonio válido contraiga otro, o el que siendo libre contraiga matrimonio con persona válidamente casada, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

ARTICULO 261. Matrimonio Ilegal. El que con impedimento dirimente para contraer matrimonio lo contraiga, o el que se case con persona impedida, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

7.6.3 Capítulo Tercero. De la Supresión , alteración o suposición del Estado civil.

ARTICULO 262. Supresión, alteración o suposición del estado civil.

El que suprima o altere el estado civil de una persona , o haga inscribir en el registro civil a una persona que no existe, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

7.6.4 Capítulo Cuarto. De los Delitos contra la asistencia alimentaria..

ARTICULO 263. Insistencia alimentaria. El que sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en arresto de seis (6) meses a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos.

Cuando se trate de un parentesco natural de consanguinidad, la acción penal se limitará a padres e hijos.

ARTICULO 264. Circunstancias de agravación punitiva. La pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte si el obligado, con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, fraudulentamente, disminuye o grava su renta o patrimonio.

ARTICULO 265. Modificado Decreto 141 de 1980. Art. 1º Reiteración. La sentencia condenatoria ejecutoriada no impide la iniciación de otro proceso si el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria.

(El artículo modificado decía: "Reiteración. La sentencia condenatoria ejecutoriada no impide la iniciación de un nuevo proceso si el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria".

ARTICULO 266. Malversación y dilapidación de bienes. El que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa de un mil a cien mil pesos, siempre que el hecho no constituya otro delito.

ARTICULO 267. Querrela. En los casos previstos en este capítulo se procederá -- mediante querrela.

C O N C L U S I O N E S

Del análisis efectuado en este estudio , se pueden deducir algunas conclusiones y recomendaciones:

- 1) La necesidad de estudiar en forma sistemática la problemática del menor ha hecho nacer una nueva rama del derecho que se denomina Derecho de Menores y que trata de la protección integral del Menor desde la concepción hasta la mayoría de edad. Este derecho se ubica dentro del nuevo derecho social y se refiere a la situación irregular de los menores, o sea las infracciones cometidas por los menores, el menor abandonado material o moralmente y el menor en peligro físico o moral. Igualmente se indaga la situación de los menores deficientes físicos y mentales , y en algunos estados , dentro del contenido del derecho de menores, se ubican algunas materias de derecho de familia como alimentos, investigación de la paternidad natural , adopción , guardas de menores, etc.

Este nuevo derecho es interdisciplinario, por cuanto utiliza ciencias auxiliares como la pedagogía correctiva, la sicología, la siquiatria, el trabajo social y la sociología. El metodo que utilizan es empírico-dialéctico, y se le da importancia tanto a la inducción como a la deducción y, desde luego , teniendo en cuenta las estructuras sociales, políticas, religiosas, culturales y económicas de cada Estado.

Este Derecho está contenido en Códigos de Menores de distintos Estados, en las resoluciones y recomendaciones de los congresos panamericanos del niño, en la doctrina de los especialistas y del Instituto Interamericano del Niño, en las Declaraciones de las Naciones Unidas sobre derechos del niño y en la Jurisprudencia de los Juzgados y tribunales de menores de los distintos Estados.

- 2) El procedimiento de menores tiene especiales características, ya que se trata

de un proceso sin partes o de jurisdicción voluntaria, que permite la reformabilidad de las decisiones en interés del menor, y cuando han variado las circunstancias, utiliza la oralidad, la intermediación, la libre valorización de la prueba, la gratuidad, la audiencia permanente del menor, apelaciones restringidas y otorgadas en el efecto devolutivo o diferido, según el caso, ausencia de formalismo y de cosa juzgada material, breve y sumario y con intervención de un defensor de menores, un médico psiquiatra, un psicólogo, un educador y un trabajador social, con el objeto de estudiar la personalidad del menor y aplicar la medida reeducativa que más convenga a los intereses del menor.

- 3) Desde el punto de vista internacional, el derecho de menores está contenido en los siguientes instrumentos y documentos internacionales:
 - a) Declaración de Ginebra, aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de Septiembre de 1924; antes había sido adoptada por la Unión Internacional de Socorro a los niños, el 23 de Febrero de 1923.
 - b) Con fundamento en la Tabla de los Derechos del niño, elaborada por el Profesor Enrique Rodríguez Fabregat, el 9 de Junio de 1927 se fundó el Instituto Internacional de Protección a la Infancia, en Uruguay, que posteriormente se convirtió en el Instituto Interamericano del Niño, que hoy es un Organismo especializado de la Organización de Estados Americanos (OEA).
 - c) En Diciembre de 1.927, Lucila Godoy, distinguida poetisa conocida con el nombre de Gabriela Mistral, publicó Los Derechos del Niño.
 - d) En 1930 se produce la Conferencia de la Casa Blanca y en Washington se pronuncia la Carta Constitucional sobre la niñez, Children's Charter.
 - e) En el Octavo Congreso Panamericano de Washintón (Mayo de 1942) se aprueba la Declaración de Oportunidades para el niño.
 - f) En el Noveno Congreso Panamericano del Niño, en 1948, se aprobó la Declaración de Caracas sobre la salud del niño.

- g) La Unión Internacional de Protección de Infancia revisó en 1948, la Declaración de Ginebra y expidió la Carta de la Unión Internacional sobre Derechos del Niño.
 - h) El 20 de Noviembre de 1959 , la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño.
 - i) En el Congreso Mundial de la Federación Internacional de Mujeres de Carreras Jurídicas que tuvo lugar en Dakar (Senegal) del 10 al 16 de Julio de 1.978, se aprobó la Carta del Menor Infractor; y
 - j) Los Estados Americanos empiezan, desde 1924, a promulgar códigos de menores, por lo cual existen hoy en Bolivia, Brasil, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Perú, Uruguay, Venezuela,; además, legislación especial sobre menores en Honduras, Costa Rica, Chile, Colombia, Nicaragua y Panamá , y códigos de familia en Bolivia, Costa Rica y Cuba.
- 4) En Colombia debe expedirse el Código del Menor para regular la situación de los menores infractores, abandonados y en peligro, dándoles competencia a los Juzgados de menores sobre delitos o infracciones cometidas por menores de 0 a 16 años, y asimismo, para quitarle competencia al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sobre el conocimiento de las infracciones cometidas por menores de 12 años y adscribirles esta función a los jueces.
- 5) La minoridad penal debe elevarse de 16 a 18 años, siguiendo la tendencia de las legislaciones latinoamericanas , que se fundan en la falta de madurez entre los 16 y los 18 años, edad que exige reeducación y no represión en cárceles comunes que posiblemente no se rehabilitarán .
- 6) Las Instituciones que se dedican a la reeducación y rehabilitación de menores deben ser reglamentadas en forma técnica , conforme a las orientaciones de la moderna pedagogía correctiva y con asesoría de un equipo multidisciplinario compuesto de médicos, siquiátras, de sicólogos, de educadores , de trabajadores sociales y de pedagogos.

- 7) A la legislación y a la práctica sobre menores se deben incorporar las recomendaciones formuladas sobre menores abandonados y menores de conducta antisocial por los XI y XII Congresos Panamericanos del Niño, respectivamente, puesto que constituyen bases mínimas para una legislación uniforme americana sobre abandono y conducta antisocial.
- 8) Conforme lo ha expuesto el Instituto Interamericano del Niño, se requiere prestar especial atención a los menores discapacitados, deficientes físicos y mentales, emotivos, mejorando la legislación americana y ajustando la normalidad jurídica a las necesidades y conveniencias de cada país, ya que se puede tener como base el documento jurídico elaborado por el Instituto Interamericano del Niño sobre deficiencias físicas y mentales que se comentó en esta monografía.
- 9) Promover el mejoramiento de la legislación sobre registro civil, para facilitar la integración de todas las personas y grupos marginados en la actividad social y como fuente primordial de los datos estadísticos para una mejor planificación del desarrollo económico-social.
- 10) Se debe reiterar y ratificar la recomendación adoptada en las Quintas Jornadas Iberoamericanas de Derecho de Menores, realizadas en Madrid y Valladolid en agosto de 1974, en el sentido de "Propiciar la creación de un anteproyecto que unifique en el ámbito iberoamericano la Legislación de menores".
- 11) Es indispensable reformar la Constitución colombiana para que se establezcan normas básicas imperativas sobre protección del menor y de la familia, siguiendo la tendencia de muchas constituciones modernas.
- 12) Las facultades de derecho debieran crear la cátedra de derecho de menores, ya fuere como seminario o materia optativa, a fin de que se conozcan las normas y principios que deben aplicarse en esta nueva rama del derecho.

- 13) Debe crearse la jurisdicción de familia en forma autónoma: jueces de familia, tribunales de familia y Corte de Familia para el conocimiento de los asuntos de separación de cuerpos de matrimonios católicos. Asimismo, se deben modificar las normas sobre derecho de familia contenidas en el Código Civil, para lo cual puede servir como material de estudio el Anteproyecto presentado por la Comisión Revisora del Derecho de Familia.
- 14) El procedimiento ante los jueces de familia y ante los jueces de menores debe modificarse, agilizándolo y adoptando los principios de oralidad, - inmediatez, libre valoración de la prueba, reformabilidad de las decisiones, ausencia de cosa juzgada, tramitación breve y expedita, impulso oficioso, decreto oficioso de pruebas en el proceso, intervención del defensor de menores, del trabajador social, del psicólogo, del médico psiquiatra y del Pedagogo, para hacer un análisis completo de la personalidad del menor y de la medida más adecuada, en orden a lograr su reeducación y rehabilitación.
- 15) Se deben establecer ciertas reformas, como oír en ciertos casos al menor, autorizar la prevalencia de la justicia en caso de desacuerdo de los padres en cuanto al tratamiento médico que haya de efectuarse al menor o cuando éste se encuentre en peligro, regular normativamente las consecuencias del maltrato físico o moral al menor, permitir la entrega de los hijos a cualquiera de los cónyuges en casos de divorcio y separación de cuerpos, atendiendo el interés del niño únicamente, crear servicios de asesoría familiar, establecer una cláusula automática de reajuste de las pensiones alimentarias según la devaluación de la moneda, aprobar normas especiales sobre indisciplinados o incorregibles y, en ciertos casos, permitir la asesoría de abogado.
- 16) Suprimir la distinción entre adopción plena y simple y en su lugar aceptar únicamente la legitimación adoptiva que equipara el hijo legítimo al adoptivo. Reformar la adopción según los principios aprobados por la Convención - suscrita en el Consejo de Europa y por el Seminario de Leysin, a los cuales se ha hecho amplia referencia en este trabajo.

- 17) Establecer una Ley especial sobre maltrato físico y moral a menores, regulando las sanciones a que haya lugar y el procedimiento que se deba seguir en estos casos. Puede servir como guía la reciente ley de Puerto Rico sobre Maltrato a menores (Ley 75 de 1980).
- 18) Crear la Policía de Menores y hacer efectivas las normas internacionales de la Organización Internacional de la Organización Internacional del Trabajo y las normas del Código Sustantivo del Trabajo, en orden a proteger el trabajo de menores de edad. La Policía de menores debe ser creada como cuerpo especializado de prevención, conforme a las pautas y criterios que existen en otros Estados y que permiten vigilar y controlar al menor, en procura de su protección y sin criterio represivo sancionador.
- 19) Debe existir una política relativa a la protección del menor y de la familia, y un plan ambicioso como un presupuesto suficiente dentro del Plan General de Desarrollo del país. No debe olvidarse que el dinero utilizado en la protección de la niñez y de la familia constituye una inversión útil a la sociedad y le evita a ésta posteriores problemas de delincuencia, prostitución, desadaptación social, farmacodependencia, abandono y todos los problemas que se presentan en la niñez desposeída o marginada.
- 20) Colombia debe ratificar la Convención de Nueva York sobre alimentos, para evitar que sea necesario el exequatur respecto de sentencias que decretan alimentos y sea posible ejecutar una sentencia de alimentos proferida en el exterior, sin acudir ni a la reciprocidad diplomática ni legislativa, ni al trámite largo y dispendioso del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras previsto en el actual Código de Procedimiento Civil.
- 21) En el cuarto Congreso Académico Nacional, que tuvo lugar entre los días 21 a 25 de Septiembre de 1981, presentamos una ponencia sobre derechos de menores; en este Congreso se aprobaron las siguientes conclusiones que propusimos y

las que presentó sobre régimen de bienes en el matrimonio el académico Carlos Holguín Holguín:

CONCLUSIONES APROBADAS EN LA SESION DE CLAUSURA DEL CUARTO CONGRESO ACADEMICO NACIONAL DE JURISPRUDENCIA.

- 1) Debe expedirse el Código del Menor para regular los aspectos sustanciales y procesales relativos a los menores infractores, abandonados, en peligro y deficientes físicos y mentales. Igualmente, dicho Código debe regular la protección jurídica del menor, la policía de menores y las Instituciones - protectoras del menor.
- 2) Las normas sobre protección de la familia y del menor deben estar contenidas en la Constitución Nacional.
- 3) Se deben crear jueces de familia, salas de familia en los tribunales y un Tribunal Supremo para el conocimiento de los asuntos previstos en el Concordato.
- 4) Colombia debe ratificar la Convención de Nueva York sobre alimentos y modificar la Legislación de familia teniendo en cuenta la Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, así como las normas internacionales sobre derechos humanos.
- 5) Se debe devolver a los jueces de menores la función de protección que les asignó la ley 83 de 1946, adscribiéndoles la competencia respecto a menores infractores hasta la edad de 18 años.
- 6) Debe adoptarse legalmente el consentimiento de ambos cónyuges para la -

énajenación de bienes raíces y muebles que tengan título.

- 7) Debe mantenerse como régimen general el de sociedad conyugal, con la alternativa de que pueda pactarse en el acta de matrimonio el de separación de bienes.
- 8) Deben eliminarse como causales de separación de bienes las de separación de cuerpos, por lo cual quedarán sólo las de orden patrimonial.
- 9) Debe darse efecto retroactivo a la fecha de la demanda a la sentencia de separación de bienes o de cuerpos, divorcio o nulidad de matrimonio.
- 10) Se sugirió la posibilidad de que la jurisprudencia establezca el valor constante en materia de recompensa; igualmente sobre los efectos de la enajenación de bienes después de disuelta la sociedad .
- 11) Debe regularse más claramente por la ley, el registro de vehículos, a fin de darle efecto semejante al de registro de la propiedad de inmuebles..

" B I B L I O G R A F I A "

- 1º) "ORIGEN DE LA FAMILIA LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL ESTADO"
FEDERICO ENGELS.

- 2º) TOMO V. DERECHO DE FAMILIA VI EDICION 1.983.
ARTURO VALENCIA ZEA.

- 3º) PRINCIPALES REFORMAS DE LA ORGANIZACION DE LA FAMILIA.
TOMO I Y II EDITORIAL TEMIS 1.981. ROBERTO SUAREZ.FRANCO.

- 4º) DERECHO DE FAMILIA IX EDICION, LIBRERIA PUBLICITARIA
BOGOTA-COLOMBIA.

- 5º) DERECHOS DE MENORES., PRIMERA EDICION. LIBRERIA JURIDICAS
WILCHES, BOGOTA -COLOMBIA 1.983- MARCO GERARDO MONROY CABRA.

- 6º) COMPILACION DE DERECHO DE FAMILIA Y DE MENORES, INSTITUTO
COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. BOGOTA-COLOMBIA- 1.980

- 7º) REVISTA MENSUAL "EL DERECHO DEL DERECHO". AÑO No. 1 JULIO 1983.

- 8º) CRIMINALIDAD Y JUSTICIA 1.971 -1.980 ,DEPARTAMENTO ADMINISTRA-
TIVO NACIONAL DE ESTADISTICA. BOLETIN MENSUAL DE ESTADISTICA -
No. 380, Marzo 1.983.

- 9º) CONSTITUCION NACIONAL.