4034569

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
4034569
225
27 FEB. 2008
CANJE DONACION

DR
#1027

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

T
346.013
F632

EL MENOR EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

IVETH FLOREZ PALACIN

Trabajo de Grado Presentado
como requisito parcial para
optar al título de ABOGADO.

Director : AMADO GOMEZ R.

CORPORACION UNIVERSITARIA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Barranquilla, Diciembre de 1985

AMADO GOMEZ RANGEL
ABOGADO

Barranquilla, Noviembre 15 de 1.965.

Doctor
RAFAEL BOLAÑO MOVILLA,
Decano Facultad de Derecho,
Universidad Simón Bolívar,
E. S. D.

Apreciado Doctor:

Por medio de la presente y después de haber analizado en todos sus detalles el trabajo de tesis presentado por la señorita IVETH FLOREZ PALACIN, denominado "[illegible]", me permito darle concepto favorable, pues la [illegible] del trabajo demuestra dominio del tema, [illegible] del mismo para sacar adelante su propósito.

Al mismo tiempo le expreso [illegible] sinceros agradecimiento por la designación como Director de este trabajo.

De Usted, muy respetuosamente,

AMADO GOMEZ RANGEL,
C.C.No.523.156 de Medellín.
T.P.No.29.604 de Minjusticia.-

TABLA DE CONTENIDO

	Página
DEDICATORIA	vii
AGRADECIMIENTOS	viii
PERSONAL DIRECTIVO	ix
HOJA DE ACEPTACION	x
INTRODUCCION	xi
CAPITULO I	
ASPECTO GENERAL DEL MENOR	1
1.1 EL MENOR	1
1.2 GENERALIDADES	1
1.3 CONCEPCION SOBRE EL DERECHO DEL MENOR	3
1.4 NUESTRO CRITERIO	5
1.5 SITUACION DEL MENOR	6
1.6 DERECHOS DEL NIÑO	9
CAPITULO II	
LA FILIACION	16
2.1 GENERALIDADES	16
2.2 FILIACION LEGITIMA	18
2.2.1 Determinación de la Filiación Legí - tima y Presunciones	18
2.2.2 Impugnación de la Filiación Legítima	20

Página

2.3 FILIACION LEGITIMA 22

2.3.1 Impugnación Paternidad Legítima..... 26

2.3.2 Reconocimiento de Hijo Extramatrimonial..... 29

2.3.3 Formas para hacer el reconocimiento voluntario..... 30

2.3.4 Efectos del reconocimiento..... 33

2.3.5 Investigación de Paternidad..... 35

2.4 TEORIAS SOBRE LOS HIJOS NATURALES..... 38

2.4.1 Presunción de Paternidad..... 41

2.4.2 Acción de Reconocimiento..... 44

2.4.3 Evolución..... 45

2.4.4 Demanda..... 46

2.4.5 Procedimiento..... 47

2.4.6 Recursos de Revisión y Trámites..... 49

CAPITULO III

[illegible]..... 53

3.1 [illegible]..... 53

3.2 [illegible]..... 56

3.3 [illegible]..... 57

[illegible]..... 57

[illegible]..... 58

[illegible]..... 69

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Página

3.3.2.1 Capacidad..... 59

3.4 PROCEDIMIENTO..... 59

3.4.1 Entrevista a los adoptantes..... 60

3.4.2 Edad..... 62

3.4.3 Hijos..... 63

3.4.4 Consentimiento..... 65

3.4.5 Bienes..... 66

3.4.6 Quiénes son adoptantes..... 66

3.4.6.1 Aptitud para se adoptables. 68

3.4.6.2 Intervención I.C.B.F..... 69

3.4.7 Demanda..... 70

3.4.7.1 Traslado del menor al ex - terior..... 71

3.4.7.2 Autorización..... 72

3.4.7.3 Vigilancia y Supervisión.. 73

CAPITULO IV

PATRIA POTESTAD..... 74

4.1 CONCEPTO..... 74

4.2 SUSPENCION..... 75

4.3 DERECHOS QUE SE PIERDEN AL SUSPENDER LA PATRIA POTESTAD..... 78

4.4 HABILITACION..... 78

4.5 ATRIBUTO DE LA PATRIA POTESTAD..... 79

Página

4.5.1 Bienes que comprenden la Patria Potestad..... 80

CAPITULO V

CUSTODIA Y CUIDADOS PERSONALES..... 82

5.1 GENERALIDADES..... 82

5.2 PROCEDIMIENTO..... 86

CAPITULO VI

REGULACION DE VISITA..... 89

6.1 GENERALIDADES - CONCEPTO..... 89

6.2 PROCEDIMIENTO..... 92

CAPITULO VII

ALIMENTOS..... 94

7.1 GENERALIDADES..... 94

7.2 CLASES DE ALIMENTOS..... 96

7.3 SUJETOS DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA..... 98

7.4 PROCEDIMIENTO..... 99

7.4.1 Proceso Abreviado ante Juzgados Civiles Municipales..... 100

7.4.2 Proceso Verbal ante Juzgado de Menores..... 101

7.4.3 Efectos de la Sentencia..... 102

7.4.4 Incumplimiento de la obligación..... 103

7.4.5 Recursos..... 104

Página

CAPITULO VIII

TUTELAS Y CURADURIAS..... 106

8.1 CONCEPTO..... 106

8.2 SUJETOS DE LAS GUARDAS..... 106

8.3 GUARDADORES..... 108

8.3.1 Clases..... 109

8.3.2 Requisitos para ejercer el cargo..... 114

8.3.3 Facultades..... 116

8.3.4 Término..... 119

8.3.5 Remuneración..... 120

8.4 GUARDAS LEGALES O DE DERECHO..... 121

8.5 REGLAS GENERALES REFERENTES A LAS GUARDAS... 122

CAPITULO IX

ASPECTO PENAL..... 123

9.1 GENERALIDADES..... 123

9.2 INASISTENCIA ALIMENTARIA..... 124

9.2.1 Circunstancia de Agravación Punitiva. 125

9.2.2 Reiteración..... 125

9.3 MALVERSACION Y DILAPIDACION DE BIENES..... 126

9.4 QUERELLA..... 128

CONCLUSIONES..... 130

BIBLIOGRAFIA..... 134

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

AGRADECIMIENTOS

La autora expresa sus agradecimientos :

AMADO GOMEZ RANGEL, asesor del trabajo, por su valiosa orientación en la elaboración de éstas memorias.

A la doctora MARGARITA CABELLO B., por la colaboración que siempre me prestó en el desarrollo de éste trabajo, con el cual cumplo el requisito para optar al título de Abogado.

A los profesores, por todos los conocimientos que me aportaron en el transcurso de mi carrera.

Al doctor OMAR MEJIA, por su colaboración.

A la Corporación Universitaria Mayor del Desarrollo Simón Bolívar.

A todas aquellas personas que en una u otra forma colaboraron en la realización del presente trabajo.

DEDICATORIA

A MIS PADRES ;

Por sus voces de apoyo y estímulo;
que lo han dado todo sin esperar
nada.

PERSONAL DIRECTIVO

RECTOR : Doctor JOSE CONSUEGRA HIGGINS

DECANO : Doctor RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA

SECRETARIO ACADEMICO : Doctor CARLOS DANIEL LLANOS S.

ASESOR : Doctor AMADO GOMEZ RANGEL

HOJA DE ACEPTACION

Nota de Aceptación

_____

_____

_____

_____

_____

Presidente del Jurado

_____

Jurado

_____

Jurado

BARRANQUILLA, Diciembre de 1.985

INTRODUCCION

Al elaborar mi trabajo de tesis sobre el Menor en la Legislación Colombiana, no he hecho otra cosa que concretizar un sueño aquilatado en mi pensamiento desde que inicié mis estudios jurídicos.

He tomado este tema pues en los menores o mejor dicho en la niñez, se encuentra el porvenir de nuestro país, ahí están los futuros dirigentes de la sociedad, los gobernantes y en sí todo lo que va a ser nuestra patria.

Es muy cierto qeu en los últimos tiempos mucho es lo que se ha hecho y legislado para establecer una verdadera protección al menor pero con mucha frecuencia nos convencemos que más es lo que nos falta realizar para ver cristalizada esta realidad y que es urgente llevar a cabo su fin.

Desde la concepción hasta la mayor edad, el ser humano debe ser protegido con medios adecuados y proyectados así una normal integración en la sociedad.

UNIVERSIDAD "SIMON BOLIVAR"
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

El niño en pleno y armónico desarrollo de su personalidad necesita amor y comprensión; como vemos el niño tiene derecho al nacimiento, no es miembro de la sociedad antes del nacimiento, pero si sujeto de derecho, nuestro código penal estatuye severas sanciones para la persona que participen en el aborto, pues en él se priva de la vida a un ser indefenso e inocente.

CAPITULO I

ASPECTO GENERAL DEL MENOR

1.1 EL MENOR

El Menor, considerado desde el punto de vista legal, no solamente es la persona que no ha llegado a la mayoría de edad, sino también aquel que se ha comenzado a formar por efecto de la concepción.

El menor entendido en la forma antes señalada es el objeto de estudio del derecho del menor, derecho que tiene como finalidad, precisamente, la protección del menor.

1.2 GENERALIDADES

Habíamos dicho, que el menor es la materia prima del derecho de menor, ese derecho tiene como finalidad la protección del menor, comprende un conjunto de normas sustantivas y procesales mediante las cuales logra, su objetivo primordial. El surgimiento de éste derecho se remonta a finales del siglo pasado cuando en 1,899 en Chicago se crea el primer Tribunal de Menores del Mundo, éste Tribunal fué fuertemente combatido, pero permitió que se forma

ra el derecho de menores y se extendiera por todo el mundo, hoy son muchos los países que tiene Código de Menores o Legislación especial para menores, lo mismo que Tribunales de Menores.

Comienza en Colombia la evolución de ese derecho con la expedición de la Ley 83 de 1.946, luego tenemos la Ley 75 de 1.968 y en el Código de Procedimiento Penal, comprendiendo normas sustantivas y procesales.
Este derecho regula actividad jurídica del menor desde su concepción hasta la mayoría de edad.

El tratadista RAFAEL SAJON, lo define así : "Como conjunto sistematizado de normas jurídicas que tiene por objeto formar, preparar al niño, al adolescente, al joven, y a la familia en función del menor. Para integrar a aquél a la sociedad en la plenitud de sus posibilidades físicas, mentales y espirituales"(1).

---

(1) RAFAEL SAJON, Introducción al Derecho de Menores, Instituto Interamericano del Niño, Num 6 Montevideo(Uruguay), 1.970, P. 11.

1.3 CONCEPCION SOBRE EL DERECHO DEL MENOR

El derecho del menor, es una Rama nueva del Derecho que ha logrado autonomía é independencia de las otras ramas del derecho.

El derecho en general se clasifica en derecho privado y público; para hacer estas clasificaciones se tienén en cuenta diferentes aspectos, citemos la igualdad o desigualdad de las partes.

El Profesor JELLINEK, Dice : "Que una norma es de derecho privado cuando rige relaciones entre sujetos que se encuentran o actúan en un plano de igualdad y de derecho público cuando rige relaciones de sujetos colocados en planos de desigualdad, es decir, cuando la relación, se presenta entre un particular y el estado".(2). El derecho de menores puede considerarse como derecho público, porque el interés superior del menor es prevalentemente público y porque la gran mayoría de las materias que trata son de

---

(2) JELLINEK, Teoría General del Estado, Buenos Aires, Edit. Albatros, 1970.

acentuado orden público. La naturaleza del derecho del menor es predominantemente público, aunque algunas de las materias que trata pertenezca al derecho privado la protección del menor, su rehabilitación y reeducación en caso de que sea un infractor constituyen finalidades primordiales del estado en que no prevalece el interés de los particulares ni aún de la familia exclusivamente, sino de que tienden a salvar al niño e integrarla la Sociedad.

El contenido del derecho del menor según el Profesor MONROY CABRA, "Es menor en situación irregular, menores deficientes físicos y mentales, se reeducación de menores, medidas reductivas para el menor en situación irregular, proceso de menores, protección laboral del menor, los derechos del niño, asistencia tentativa, correccional de menores, la adopción y los organismos de protección de menores" (3).

---

(3) MONROY CABRA MARCO GERARDO, Derecho de Menores, Bogotá, Edit. Jurídicas Wilches, 1.983, P. 13.

1.4 NUESTRO CRITERIO

El derecho de menores tiende a desligarse e independizarse del derecho privado. La Doctrina emplea diferentes puntos de vista para dividir el derecho en público y privado, quedando expresado el Criterio del Profesor MONROY CABRA, en este campo, ahora digamos que para nosotros el drecho de menores pertenece al derecho público, porque muy a pesar que las normas se encuentran en el Código Civil y en otras leyes especiales que modifican al Código Civil. Ellas tienen el carácter de imperativas y de orden público. El objeto del derecho de menores no es otro que proteger al menor y defender sus derechos, se trata de un derecho tutelar, que busca la medida de reeducación que convenga más a la personalidad del menor, se ha cometido una infracción a la ley penal y de protegerlo en todo caso en bien de sus intereses.

Porque el niño representa el futuro de una nación, y por lo tanto, debe ser protegido, lo que se gaste en proteger al menor es una inversión para el futuro del país.

Igualmente no hay mejor Instituto de protección del menor

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

que la familia porque ésta es la célula primaria de la Sociedad, y el niño es una máquina fotográfica que copia en su mente cuanto ve y oye, los conflictos familiares, las escenas de la calle buenas o malas se quedan fijas y luego las imita.

El niño debe crecer y desarrollarse normalmente para llegar a la amyoría de edad, en la plenitud de sus posibilidades físicas y mentales y espirituales.

1.5 SITUACION DEL MENOR

Los especialistas en derecho de menores, RAFAEL SAJON, JOSE PEDRO ACHARD y UBALDINO CALVENTO, manifiestan que la doctrina ha utilizado la expresión "menores en situación irregular" en distintas formas. La doctrina no ha definido lo que se entiende por menores en situación irregular, y las distintas legislaciones se refieren a los diversos supuestos, aunque en algunas se acepta el sentido amplio y en otras, el sentido restringido.

El Instituto Interamericano del Niño, entidad especializada de la Organización de Estados Americanos (OEA), lo define como "aquella en que se encuentra un menor tanto cuan

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

do ha incurrido en hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moral, padece de un déficit físico o mental", y, en una segunda acepción, agrega que también comprende "a los menores que no reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que corresponden a sus individualidades" (4).

De la anterior definición se desprende que la situación irregular abarca los siguientes eventos :

1 - El menor que ha incurrido en un hecho antisocial
2 - El menor abandonado física o moralmente
3 - El menor en estado de peligro.

Es claro que cuando los citados menores "reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que le corresponden a sus individualidades", la situación de irregularidad cesa por haberse encausado debidamente.

Las distintas legislaciones preveen normas sobre la adopción de medidas de protección y reeduación, frente al hecho

---

(4) Ibid. Pp. 14 - 15

antisocial o estado de peligro o abandono material o moral, así por ejemplo: En Chile la ley 16.618 de 1967, no define la situación irregular, pero los Artículos 2o. y 3o. al referirse a la creación del Consejo Nacional de Menores, dice que su función es planificar y vigilar los relativo a entidades "que presten asistencia y protección a los menores en situación irregular, y que estará especialmente encargado de proporcionar :

a) Acciones preventivas de las situaciones irregulares de los menores;
b) Medidas de asistencia y protección para atender las diversas formas de irregularidad que puedan sufrir los menores.

En Colombia, el Artículo 41 de la Ley 83 de 1946, definía al estado de abandono físico "cuando carece de las personas que según la ley deban suministrarle alimento o cuando existiendo ésta, no tenga capacidad para suministrárselo".

El Artículo 42 agregó que un menor se encuentra en estado de abandono moral "cuando sus padres o las personas de quienes el menor depende, lo incitan a la ejecución de acto perjudiciales para su salud física o moral; cuando se

UNIVERSIDAD ... BARRANQUILLA

dedica a la mendicidad o a la vagancia, o frecuenta el trato con gente viciosa o de mal vivir, o vive en casa destinada al vicio, y cuando ejerce algún vicio que lo mantiene permanentemente en la calle o en lugares públicos, o que pone en peligro su salud física o moral".

Y según el Artículo 43, "un menor se halla en estado de peligro físico o moral cuando las personas con quines vive padecen de graves enfermedades contagiosa, o cuando le brindan de manera habitual malos ejemplos".

1.6 DERECHOS DEL NIÑO

Declaración de los Derechos del Niño. La proclamación de los Derechos del Niño, efectuada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1.959, tuvo como finalidad adaptar para el niño la declaración Universal de los Derechos Humanos; conviene advertir que la Asociación Internacional de Protección de la Infancia aprobó la primera declaración sistemática de los derechos del niño y fue redactada por la pedagoga suiza ENGLATINE JEBB y aceptada por la Sociedad de Naciones Unidas, el 26 de Diciembre de 1.924, con el nombre de la Declaración o Carta de Ginebra. Posteriormente fué revisada en 1946. Consta de

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

siete (7) puntos que se refieren a la protección integral del menor, sin distinciones de raza, nacionalidad o crren cias religiosas.

Finalmente el VIII Congreso Panamericano del Niño, reunido en Mayo de 1942 en Washington, aprobó la creación de las oportunidades del niño.
Este documento contempla la vida de familia, salud, educación, responsabilidad, trabajo, horas libres, ciudadanía y oportunidades para todos los niños.

Entre los principios: El principio I dice : El niño disfrutará de todos los derechos, serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción alguna o descriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religió, opiniones políticas. Se enucnia la igualdad y no la discriminación entre los niños.

El principio II expresa : "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicio, dispensado todo ello por la ley y por otros medios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual, y socialmente en forma saludable y normal, así como en con-

diciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental que se atenderá será el interés superior del niño. "Este principio indica que las leyes deben la protección civil, penal, laboral, familiar y de todo orden al menor, en procura de su interés y su pleno desarrollo físico y mental.

El Principio III, dice : "El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad". Antes del nacimiento el niño no es miembro de la Sociedad, pero si sujeto de derecho. (Infans conceptus pro nato habetur, quoties de conmodis eyus agtur), por carecer de vida so - cialmente independiente.

El Principio IV, establece :"El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social.
Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buensa salud; el niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vi - vienda, recreo y servicios médicos adecuados". La seguri - dad social ha de estar al servicio de la vida y la salud del niño; pero el interés de éste es la consideración fun damental que ha de prescindir su organización.

El Principio V, dice : "El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especial que requiere su caso particular". "Las Naciones Unidas aprobaron la Declaración de Derechos del retrasado mental el 20 de Diciembre de 1.971 a que nos referimos más adelante.

El Principio VI, regula : "El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, y en todo caso en un ambiente de afecto y seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole".

Los padres al engendrar a los hijos, tienen el deber de recibirlos, criarlos y educarlos. A los padres corresponde el derecho y el deber de criar y educar a los hijos; sólo subsidiaria y supletoriamente debe darse la acción

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

social y estatal.

El principio VII, dice : El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en la etapa elemental.

El artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice : Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concer - niente a la Institución elemental y fundamental. La Ins - titución elementa será obligatoria. La institución técni - ca y profesional habrá de ser generalizada; el ascenso a los estudios superiores será para todos, en función de los méritos respectivos.

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favore - cerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre to - das las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de la NACIO - NES UNIDAS para el mantenimiento de la paz.

Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de

UNIVERSIDAD [illegible] BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

educación que habrá que darle a sus hijos. Debe advertirse que el derecho del niño a la educación responde una exigencia de la dignidad humana, y por eso el gobierno debe hacer los esfuerzos indispensables para atender la educación a los niños.

El Principio VIII, dice : "El niño debe en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro". Esta regla deriva de la relación que existe entre adultos y niños. Los adultos deben protección al niño, como persona que está en necesidad de amparo, siendo además, deber primordial de la humanidad cuidar de su continuidad y propagación.

El Principio IX, dice :"El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud, o su educación, o impedir su desarrollo físico,mental o moral".

Se excluye cualquier trata, como la prostitución o la es clavitud o venta o prácticas similares con fines de adop ción.

El Príncipio X, dice : "El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la descriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena concien cia de que debe consagrar sus energías y actitudes al ser vicio de sus semejantes".

La base de la vida social es la solidaridad y el amor fraternal entre los hombres. Por eso hay que educar al hijo en el servicio de los demás y en la comprensión.

CAPITULO II

LA FILIACION

2.1 GENERALIDADES

La palabra Filiación remonta sus orígenes a la acepción latina filiu fili, que quiere decir hijo. Significa la línea descendente que existe entre dos personas, donde una es el padre o la madre de la otra.

La Filiación en su sentido general, se refiere a todo género humano.
Toda persona, sin excepción tiene necesariamente un padre y una madre, la Filiación considerada por el lado del padre, toma el nombre de paternida y el lado de la madre maternidad.

ANTECEDENTES HISTORICOS

En Roma, el advenimiento de prole se consideró como un beneficio de los dioses y su falta como un castigo, lo cual se explicaba porque, con la perpetuación de la prole, se procuraba la existencia de seres que rindiesen

culto a sus antepasados.

"El calificativo de natural se asignó a la prole de la concubina, distinguiéndose del bastardo proveniente del adulterio, prostitución o incesto a quien con cierta re - pugnancia JUSTINIANO concedió alimentos.

"Los hijos naturales gozaban del derecho de suceder a sus padres en proporción inferior a los legítimos (5).

"En Francia, a partir de la Revolución Francesa advino un cambio fundamental respecto a la situación de los hijos, pues se estableció la igualdad entre los legítimos y na - turales. Sólo persistió la diferencia para los hijos adul terinos y los incestuosos.

"En España, las leyes de la siete Partidas no obligaban al padre de hijo incestuoso, adulterinos o sacrílegos, ni siquiera a darle alimentos; era la madre quien debía cum- plir todas las obligaciones para con los hijos, no podían ser instituídos herederos por testamento y si el padre

---

(5) SUAREZ FRANCO, ROBERTO, Derecho de Familia, Tomo I, Edit. Temis, P. 221 - 223.

contravenía esta norma, o si les hacía legados o donaciones, todo ello podía ser invalidado por los hijos legítimos o por representantes de la corona; sólo heredaban los bienes de la madre". (6)

2.2 FILIACION LEGITIMA

GENERALIDADES

En la práctica muchas veces se presentan dificultades para determinar si un hijo tiene calidad de legítimo de manera que para que exista la Filiación no interesa que los hijos hayan sido concebido antes o fuera del matrimonio, lo indispensable es que en la fecha de su nacimiento, el matrimonio se halle vigente conforme a la ley, o que habiendo nacido antes de contraer el vínculo aquello haya sido legitimado por el matrimonio subsiguiente de sus padres, por una de las formas previstas en la ley.

2.2.1 Determinación de la Filiación Legítima y Presunciones

---

(6) AMEZQUITA DE ALMEIDA, JOSEFINA, Lecciones de Derecho de Familia. Temis, Bogotá, 183. P. 14.

Ante las innumerables dificultades para determinar la verdadera calidad que tiene el hijo referente a su estado de legítimo o natural, nuestra legislación estatuye las presunciones.

La primera Presunción : Se encuentra en el Artículo 213 del Código civil que dice : "El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es legítimo". La legitimidad del hijo se determina por el matrimonio de sus padres, o dicho de otra manera el hijo es legítimo siempre que la madre que lo concebió haya contraído matrimonio con el padre que lo engendró antes de su nacimiento.

La segunda Presunción : Artículo 214 que dice : "El hijo que nace despues de expirado los (180) días subsiguiente al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido". De esta manera para saber si el hijo fué concebido durante el matrimonio de sus padres, debe contarse hacía atrás desde la media noche del parto no menos de 180 días.

Tercera Presunción : Artículo 92 que dice :"De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la

regla siguiente :

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menós que ciento ochenta días (180) caba - les y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento".

La filiación legítima con respecto a la madre, en nuestra legislación se determina fácilmente, ya que basta establecer el hecho del nacimiento y la existencia del matrimo - nio en la época del nacimiento.

2.2.2 Impugnación de la Filiación Legítima

La filiación legítima se impugna en los siguientes casos:

1) Cuando en la presunción de paternidad legítima hay con currencia de dos maridos.... El Artículo 173 del Código Cil dice : "Cuando un matrimonio ha sido disuelto o declarado nulo, la mujer que está embarazada no podrá pasar a otras nupcias antes del parto, o (no habiendo señales de preñez, antes de cumplirse los 270 días subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Pero se podrán rebajar de éste plazo todos los días que hayan precedido inmediatamente a dicha disolución o declaración y en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer.

Tanto el marido anterior como el actual, están cobijados por la presunción de la paternidad legítima. El primero, por haberse efectuado el parto dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, y el segundo por haberse ocurrido aquél hecho después de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio.

El Artículo 235 del Código Civil establece : Que tanto "la mujer como el nuevo marido están obligados solidariamente a indemnizar a los terceros por los perjuicios y costos que hayan ocasionado por la incertidumbre de la paternidad".

2) Cuando la legitimación se ha producido IPSO JURE y hay pruebas de que el legitimado no puede tener por padre al legitimante. En este caso, la acción puede establecerla cualquiera personas que demuestre tener inte-

réu actual en ello dentro el término previsto por la ley.

3) Cuando la legitimación voluntaria se ha omitido la notificación o la aceptación de que tratan los Artículos 240, 241 y 242 del Código Civil, el legitimado puede aceptar o repudiar libremente la legitimación si es capaz;pero si no lo es, este acto solo podrá efectuarse por medio del curador correspondiente.

2.3 FILIACION ILEGITIMA

De acuerdo al origen de la familia ésto puede ser : Natural que consiste conjugación de los sexos y Legítima, que además de estar formada por la conjugación de los sexos y un elemento legal que es el matrimonio, en cualquiera forma de la que establece la ley.

Esta circunstancia influye de manera notoria en la denominación que se le da a la prole que ella desciende, lo cual puede ser : Filiación legítima e Ilegítima.

LOS HIJOS ILEGITIMOS EN EL CODIGO CIVIL : "Este conside-

ró como ilegítimos todos los hijos extramatrimoniales. El artículo disponía :

"Los hijos ilegítimos son naturales o de dañado y punible ayuntamiento, o simplemente ilegítimos".

"Se consideran como naturales, según el mismo Artículo 52, los hijos habidos fuera del matrimonio de personas que podrían casarse entre sí al tiempo de la concepción, y que habían obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o de ambos, otorgado por escritura pública o por testamento.

El reconocimiento del hijo natural consistía en un hecho espontáneo del padre o de la madre o de ambos (Artículo 326), que podría ser aceptado o no por el hijo; el solo nacimiento no era por sí mismo un hecho configurativo de la filiación natural.

En el sistema del Código se le permitió al hijo natural no reconocido voluntariamente, pedir que su padre o madre lo reconociera (Art. 319).

Con respecto al padre los procedimientos idóneos para el

reconocimiento fueron : a) El juramento decisorio; b) El concubinato, a menos que se demostrase que en la época de la concepción no había podido tener acceso a su con - cubina; c) el rapto, por el hecho de ocurrir la concep - ción en poder del raptor. Con respecto a la madre, la maternidad podía establecerse por juramento decisorio, demostrándose el hecho del parto mediante testimonios fe- hacientes, así como su identidad y en los casos de concu- binato y rapto, de manera semejante al padre. La parti - da de nacimiento no constituía prueba idónea de la mater- nidad (Código Civil, Título 16)". (7)

De acuerdo con lo que disponía el Código Civil, los hijos extramatrimoniales, eran de dos clases de dañado y puni - ble ayuntamiento y simplemente ilegítimo. Los primeros llamados también espureos hasta ante vigencia Ley 45 de 1.936, comprendía a los hijos cuyos padres en el momento de la concepción no podían contraer matrimonio por exis - t... entre ellos un impedimento, tal como la existencia de ... matrimonio anterior o de un vínculo familiar de aque -

---

(7) SUAREZ FRANCO, ROBERTO, Derecho de Familia, Tomo I, Temis, Bogotá, Pags. 261, 1.981.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

llos que impiden el matrimonio.

Los hijos simplemente ilegítimos eran aquellos " Cuya situación jurídica no estaba definida ante el derecho. Podían conocer realmente quienes eran sus padres, pero por razones diversas no lo podían establecer jurídicamente"(8)

La regulación del Código Civil en relación con los hijos ilegítimos, ha sido objeto de diferentes reformas entre las cuales podemos mencionar la de la ley 45 de 1936; ésta ley introduce en el derecho colombiano una nueva concepción del hijo extramatrimonial, permitiéndole al hijo nacido por fuera del matrimonio investigar quién es su padre y obtener una declaración en tal sentido del Juez; por ley 45 de 1936, es hijo natural toda persona nacida fuera del matrimonio.

También establece esta ley, que todo hijo tendrá calidad natural respecto a la madre por el solo hecho del nacimiento.

---

(8) SUAREZ FRANCO, ROBERTO, Ob. cit. pp. 263.

Así mismo, el régimen de la 45 de 1.936, crea la tesis de legítimo contradictor en los juicios de filiación natural,discusión que estuvo vigente en los estrados judiciales hasta la vigencia de la ley 75 de 1.968; modifica el régimen de la patria potestad, amplía los derechos sucesales del hijo natural y cambia el régimen alimentario.

En este orden de importancia, podemos señalar ley 75 de 1968, es el actual régimen de la filiación extramatrimonial.

2.3.1 Impugnación Paternidad Legítima

Tiene por objeto destruir la presunción de la legitimidad que ampara al hijo de mujer casada para la cual debe probarse en primer lugar que durante el tiempo que según el Artículo 92 del Código Civil se presume la concepción, el marido no tuvo relaciones sexuales con la mujer legítima y en segundo término que dicha mujer tuvo relaciones sexuales con otro u otros hombres durante el tiempo que concibió un hijo.

El Artículo 214 del Código Civil en su texto exige una

prueba absoluta de imposibilidad física de tener acceso carnal por parte del marido a su esposa. Una imposibilidad absoluta, es lo mismo que imposibilidad física, lo cual implica una prueba de tal naturaleza, que lleve a la convicción del juzgador una certidumbre de no cohabitación, y no simplemente una mayor o menor probabilidad de su relación. Imposibilidad que puede haberse causado por estar ausente del lugar donde reside la mujer, o imposibilidad del marido de tener acceso carnal a la mujer, por estar privado de la libertad, o por impotencia ya sea temporal o definitiva.

No obstante lo anterior, la ley prevee que en cualquier tiempo el marido puede entablar ésta acción en los siguientes casos :

1) Cuando el nacimiento del hijo haya ocurrido después del décimo mes siguiente al día, en que la mujer abandonó definitivamente el hogar conyugal siempre que no haya prueba de una reconciliación privada.

2) En caso de divorcio declarado por relaciones sexuales extramatrimoniales, siempre que pruebe que durante la

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

época en que pudo ser concebido el hijo el marido no hacia vida conyugal con la mujer legítima.

3) En caso de que la mujer de a luz un hijo después de los trescientos días posteriores a la fecha en que quedó en firme la sentencia de divorcio o de disolución de matrimonio. (Aunque haya pruebas de reconciliación privada).

4) Si el marido ha estado en imposibilidad física de tener a la mujer, antes de la disolución del matrimonio caso en el cual se contarán los trescientos días después de la fecha en que empezó ésta imposibilidad.

5) Si el marido muere antes del término que las leyes le conceden para declarar que no reconoce al hijo como suyo, pueden ejercer la acción los herederos y en general toda persona a quien la pretendida legitimidad le ocasione perjuicios pero dentro de los 60 días siguientes a aquel en que supieron de la muerte del padre o nacimiento del hijo.

Este derecho cesa si el padre ha reconocido como suyo

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

al hijo en testamento o en cualquier otro documento público.

2.3.2 Reconocimiento de Hijo Extramatrimonial

El reconocimiento de la paternidad natural es un acto voluntario de quien lo hace, sea cual fuere el modo empleado, dentro de los que la ley establece al efecto; es además, un acto solemne cuya forma externa garantiza su propia autenticidad. El contenido del reconocimiento puede revestir dos modalidades : 1) El reconocimiento por confesión y 2) reconocimiento admisión.

"El reconocimiento por confesión, implica una confesión de la paternidad, una fijación de la filiación, una declaración de creencia de acuerdo con el autor español Royo, podemos afirmar lo siguiente : "Quien confiesa, refiere un hecho o convicción respectiva de un querer pasado, la confesión no es un negocio jurídico, porque no es una manifestación de voluntad profusamente obligado, tiene por fin crear o promover determinada consecuencia jurídica futura. Quien acepta prevée las consecuencias de su decisión y precisamente porque previéndolas las apetece,

las provoca mediante una declaración de voluntad de sig - no positivo y creador proyectado hacia el futuro",(9)

Reconocimiento Admisión. "Exige una voluntad de reconocer, es decir, no basta la exteriorización de la afirmación de paternidad o de la convicción de la misma, no basta la publicación de un hecho anterior, sino que se precisa, la manifestación de la voluntad de tener al reconocido como hijo. Se precisa pues, que se expresa la voluntad de atribuir al hijo un estado, la voluntad de constituir una nueva relación jurídica y no solamente la de fijar un hecho o una relación natural preexistente". (10).

2.3.3 Formas Para Hacer el Reconocimiento Voluntario

El reconocimiento voluntario según el artículo 1o. de la Ley 75 de 1.968, que modificó al artículo 2 de la ley 45 de 1.936, es irrevocable y puede hacerse :

---

(9) Ibid,pp. 269 - 270

(10) Ibid,pp. 269

1) En el acta de registro civil de nacimiento, el padre, al sentarse el acta de nacimiento, efectuar el reconoci - miento del inscrito como hijo, con el solo hecho de fir - mar el acta; así lo establece el artículo 1o. de la ley 75 de 1.968. El funcionario del estado civil que extien- da la partida de nacimiento de un hijo natural, indagará por el nombre, apellido, identidad y residencia del pa - dre y de la madre, e inscribirá como tales a los que el declarante indique, con expresión de algún hecho probato- rio y protesta de no faltar a la verdad. La inscripción del nombre del padre se hará en libro especial destinado a tal efecto y de ella solo se expedirán copias a las personas indicadas en el ordinal 4, inciso 2 de éste artículo y a las autoridades judiciales y de policía que las solicitaren.

Dentro de los treinta días siguientes a la inscripción, el funcionario que haya autorizado la notificará personal- mente al presunto padre, si este no hubiere firmado el acta de nacimiento. El notificado deberá expresar, en la misma notificación, al pie del acta respectiva, si acepta o rechaza el carácter de padre que en ella se le asigna, y si negare ser suyo el hijo, el funcionario procederá a

comunicar el hecho al defensor de menores para que este inicie la investigación de la paternidad.

Igual procedimiento se seguirá en el caso de que la notificación no pueda llevarse a cabo en el término indicado o de que el declarante no indique el nombre del padre o de la madre.

Mientras no sea aceptada la atribución por el notificado o la partida de nacimiento no se haya corregido en obediencia a fallo de la autoridad competente, no se expresará el nombre del padre en las copias que de ella llegaren a expedirse.

2) Por escritura pública. Aun cuando no sea hecha específicamente con el objeto de efectuar el reconocimiento el padre que desee realizar el reconocimiento concurrirá ante el Notario respectivo con el fin de que se extienda la escritura pública la cual deberá contener : Fecha, nombre de los otorgantes, nombre del hijo reconocido, edad de éste, lugar del nacimiento y la manifestación de reconocer.

"El Notario ante quien se ha sentado el acta de nacimiento está en la obligación de insertar al margen la identi-

ficación del instrumento público por el cual se produjo el reconocimiento cuando este se ha hecho en la misma notaría; cuando éste ha ocurrido en otra notaria, el otorgamiento de la escritura pública deberá comunicarlo al funcionario donde se ha sentado la anotación respectiva". (11).

3) Por medio de testamento: Es la forma más usual para reconocer a los hijos naturales o extramatrimoniales, y al respecto debe recordarse lo dicho anteriormente, sobre que la nulidad, la revocabilidad o la caducidad del testamento no implica nulidad, revocabilidad o caducidad del reconocimiento del hijo natural.

4) Por manifestación expresa y directa hecha ante un Juez, aunque el reconocimiento no haya sido objeto único y principal del acto que lo contiene.

2.3.4 Efectos de Reconocimiento

---

(11) Ibid,pp. 274- 275

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

Entre los padres y el hijo natural surge un conjunto de derechos y obligaciones relativos a la representación. En un principio, la autoridad sobre los hijos naturales la ejercía la madre, sin embargo, con el decreto 2820 de 1974, modificó el concepto tradicional de patria potestad, transformándola en el sistema de autoridad compartida y la extendió al padre y a la madre naturales que viven juntos, con los mismos alcances de los derechos concedidos a los padres legítimos, actualmente los padres naturales ejercen la autoridad sobre sus hijos sin ninguna de las limitaciones que para ello estableció antiguamente la ley.

Los hijos naturales deben obediencia y respeto a sus padres y deben socorrerlos en todas las circunstancias de la vida. El incumplimiento de estas obligaciones da lugar al delito de : Inasistencia familiar (ley 75 de 1968 Art. 40 y 41). Anteriormente el hijo natural heredaba en concurrencia con los hijos legítimos en proporción a la mitad de lo que correspondía a cada uno de ellos, a falta de legítimo, el natural heredaba en concurrencia con los padres del causante y la cuota será igual a cada uno de ellos. Hoy hay igualdad entre los hijos.

UNIVERSIDAD [illegible] BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

2.3.5 Investigación de Paternidad

Aparte del reconocimiento voluntario la ley prevee que cuando no exista el reconocimiento por parte del padre, el hijo puede demandar este reconocimiento mediante la acción denominada de investigación de la paternidad, fué implantada por la ley 75 de 1.968 comunmente denominada Ley de la Paternidad Responsable".(12).

Casos que da lugar a Declarar la Paternidad. Según el Art. 1o de la Ley 75 de 1.968 el funcionario que haya autorizado la inscripción deberá notificarla personalmente al presunto padre, si éste no hubiere firmado el acta de nacimiento, allí mismo el notificado deberá expresar si acepta o rechaza el carácter de padre y si niega ser suyo el hijo, de inmediato el funcionario procede a comunicar este hecho al defensor de menores para que este inicie la investigación de la paternidad.

También se establece en este artículo que el hijo, sus pa-

---

(12) AMEZQUITA DE ALMEIDA, JOSEFINA

rientes hasta el cuarto grado de consaguinidad y cualquie ra persona que haya cuidado de la crianza del menor o e - jerza su guarda legal, el defensor de menores y el Minis terio Público, podrán solicitar que el supuesto padre sea citado ante el Juez a declarar bajo juramento su posible paternidad o maternidad; si el notificado no comparece después de la segunda citación, se mira como reconocido, previo los tramites establecidos". (13).

La prueba de los grupos sanguíneos tiene en la actualidad un carácter negativo, se presenta en un momento dado, ex- cluir la paternidad no para demostrar su procedencia, lo cual quiere decir que si a quien imputa la paternidad o maternidad de un hijo efectuado el examen de sangre resul ta que la criatura tiene el mismo grupo sanguíneo, ello equivale a un inicio favorable al hijo pero de veracidad ineludible si por el contrario el examen de sangre del pa dre y del hijo da un resultado negativo el Juez debe des- cartar la paternidad o materindad.

---

(13) Ibid, PP. 157.

UNIVERSIDAD [illegible]

Respecto del hijo natural concebido por mujer casada el art. 3 de la ley 75 de 1.968 que modifica al Art. 3o.Ley 45 de 1.938, dipuso : El hijo concebido por una mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo : 1)Cuando fué concebido durante el divorcio o separación legal de los conyuges a menos de probarse que el marido por actos positivos lo reconocie como suyo, o que durante ese tiempo hubo reconciliación privada entre los conyuges.

2o.) Cuando el marido desconoce al hijo en oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad, la mujer acepta el desconocimiento y el Juez lo aprueba, con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del defensor de menores si fuere menor.

3o.) Cuando por sentencia ejecutoria se declara que el hijo no lo es del marido.

El Art. 7 de ley 75 de 1.968, establece que el Juez a solicitud de partes o, cuando el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de tercero que aparezca indispensable para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre

y ordenará peritación antropo-heredo-biológica con aná - lisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracte - res patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectua- les transmisibles que valorar según su fundamentación y pertinencia la renuencia de los interesados a la práctica de tales examentes, será apreciado por el Juez como un indicio según las circunstancias.

2.4 TEORIAS SOBRE LOS HIJOS NATURALES

1) Solo se deben reconocer efectos jurídicos a los "esta- dos de derecho" y no a los estados de hecho, por estar al margen de la ley, quienes sostienen esta teoría niegan derecho alguno a la filiación natural.

Esta primera teoría estuvo vigente en Colombia hasta el año de 1.936, pues antes de la expedición de la ley 45 nuestra legislación, a fin de proteger debidamente al ma trimonio y la filiación legítima, consideró que era nece- sario no reconocer efectos jurídicos a la condición del hijo natural. De allí que éste no pudiera heredar a sus padres en concurrencia con los hijos legítimos, ni inves- tigar la paternidad natural, ni pedir judicialmente ali - mento, salvo casos excepcionales.

Este criterio fue modificado con la expedición de la Ley 45 de 1.936, que reglamentó lo tocante a la filiación natural con un criterio diferente. En efecto, el legislador de ese año juzgó conveniente y lógico no negar efectos jurídicos a la condición de hijo natural, y ello por las siguientes razones : en primer término, porque con la tesis contraria no se le da protección al matrimonio, ya que los estados de hecho siguen aumentando. Sin embargo, la ley 45 de 1.936, no equiparó en un todo el hijo natural al legítimo, pues si bien es cierto que les impone a los padres naturales las mismas obligaciones que tienen con los legítimos, en cuanto a los derechos hereditarios solo le permiten al hijo natural la mitad de cuota que le corresponden al legítimo en la sucesión del padre común.

2) Todos los hijos son iguales ante la ley, se les dan al estado de hecho igual valor que al de derecho. Sobre ésta teoría consideran algunos autores que los derechos de los hijos naturales deben ser iguales a los de los hijos legítimos pero, por lógica consecuencia se ven obligados a suprimir en lo posible las notables diferencias que existen entre las fuentes o estados de donde provienen unos y otros hijos. De esta suerte, matrimonio y concubinato, en

lugar de oponerse, vendrían a complementarse, pues actuarían en un plano de igualdad en cuanto a sus efectos jurídicos.

3) Está basada en el criterio mixto, se da un valor relativo al estado de hecho, y así mismo, la filiación natural tiene una relativa protección de la ley, pero no igual a la que tiene la legítima.

Sin duda alguna, los problemas jurídicos que plantean los hijos naturales son muy difíciles de resolver, y por ello los legisladores modernos han encontrado graves tropiezos en la regulación de la filiación natural.

Quiere el orden jurídico, en armonia con los postulados de la moral que el hombre satisfaga sus relaciones de índole sexual en forma ordenada, es decir, dentro del matrimonio; pero ésta aspiración no la siguen todos los hombre,pues así desaparecerían el concubinato, todos los hijos serían legítimos y no habrían hijos naturales.

Como esta desiderátum no ha tenido correspondencia en los hechos, al lado de los hijos legítimos existen siempre hijos naturales, lo cual quiere decir que los hechos se

imponen a los ideales. De allí que al hijo nacido de con cubinato o de simple unión libre se le considere como proveniente de un estado de hecho frente al hijo nacido dentro del matrimonio que es un estado de derecho.

2.4.1 Presunción de Paternidad

El Art. 6o. de la ley 75 de 1.968, que modificó el art. 4o. de lay 45 de 1.936, estableció : "Se presume la paternidad natural y hay lugar a declarla judicialmente".

1o.) En caso de rapto o violación, cuando el tiempo del hecho coinciden con el de la concepción. Aqui es necesario probar que el hecho del rapto o de la violación coincide con la época que tuvo lugar la concepción y como resultado de aquel hecho nació el hijo cuya paternidad se investiga; puede ocurrir que el presunto padre presente pruebas de que estuvo en imposibilidad física para engendrar durante la época en que se presume la concepción, O la mujer madre del presunto hijo tuvo relaciones sexuales con otro u otros hombres en esta misma época, casos en los cuales se extingue de plano la acción de investigación de paternidad; no pueden prosperar porque no hay

fundamento para ello.

2o.) En caso de seducción realizada mediante hecho doloso, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.
En cuanto a esta presunción podemos decir que solo tienen efectos si se trata de seducción hecha a una mujer honesta o inexperta o cuando el hombre haya empleado maniobras engañosas o dolosas, abuso de autoridad o logrado su propósito mediante promesa de matrimonio.

3o.) Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad. Referente a esta presunción de declaración cuando existe carta, escrito o cualquier documento que contenga manifestación inequívoca de ser el padre.

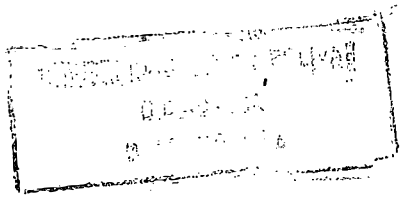
Aqui hay que tener en cuenta la firma que aparece en los documentos que se aducen como prueba, con la del presunto padre, si el resultado del cotejo de firmas no es positivo, se acepta como prueba esta presunción.

4o.) En caso de que entre el presunto padre y la madre, hayan existido relaciones sexuales en la época en que se

gún el art. 92 del Código Civil, pudo tener lugar la concepción.

Dicha relación podría inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si se prueba, en los términos indicados en el inciso anterior en que en la misma época la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquel por acto positivo acogió al hijo como suyo.

5o.) Si el trato personal y social dado por el presunto padre o la madre durante el embarazo y parto, demostrando con hechos fidedignos fuere, por sus características, ciertamente indicativo de paternidad. Esta presunción, se refiere al trato personal y social dado por el presunto padre a la madre y es muy acertada porque si hay algo inequívoco en la vida es el trato entre los amantes.



fundamento para ello.

2o.) En caso de seducción realizada mediante hecho dolo - so, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.
En cuanto a esta presunción podemos decir que solo tienen efectos si se trata de seducción hecha a una mujer honesta o inexperta o cuando el hombre haya empleado maniobras engañosas o dolosas, abuso de autoridad o logrado su propósito mediante promesa de matrimonio.

3o.) Si existe carta u otro escritc cualquiera del pre - tendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad. Referente a esta presunción de declaración cuando existe carta, escrito o cualquier documento que contenga manifestación inequívoca de ser el padre.

Aqui hay que tener en cuenta la firma que aparece en los documentos que se aducen como prueba, con la del presunto padre, si el resultado del cotejo de firmas no es positivo, se acepta como prueba esta presunción.

4o.) En caso de que entre el presunto padre y la madre, hayan existido relaciones sexuales en la época en que se -

gún el art. 92 del Código Civil, pudo tener lugar la concepción.

Dicha relación podría inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si se prueba, en los términos indicados en el inciso anterior en que en la misma época la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquel por acto positivo acogió al hijo como suyo.

5o.) Si el trato personal y social dado por el presunto padre o la madre durante el embarazo y parto, demostrando con hechos fidedignos fuere, por sus características, ciertamente indicativo de paternidad. Esta presunción, se refiere al trato personal y social dado por el presunto padre a la madre y es muy acertada porque si hay algo inequívoco en la vida es el trato entre los amantes.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

2.4.2 Acción de Reconocimiento

El artículo 10 de la ley 75 de 1.968, que modificó el artículo 7o. de la ley 45 de 1.936, autorizó la aplicación de los artículos; 395, 398, 399, 401, 402, 403, 404, del Código Civil a los casos de fialiación natural, y reglamentó que muerto el presunto padre la acción de investigación de la paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge; fallecido el hijo la acción de investigación de filiación natural corresponde ejercerla a sus legítimos descendientes y sus ascendientes.

También estableció que la sentencia que declare la paternidad en los dos casos anteriores no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a su muerte.

El artículo 11 de la citada ley estableció la competencia de este juicio al modificar el artículo 86 de la ley 83 de 1.946, cuando dice : "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 vía ordinaria".

2.4.3 Evolución

Debido a la dificultad que se presentó en el siglo pasado, para demostrar la paternidad, ha ocurrido con respeto a ella una evolución que es interesante conocer.

Los sociologos están ciertos acerca de que el hombre primitivo, durante largo tiempo no relacionó el acto sexual con el nacimiento e ignoraba el papel del padre en la fecundación, pues le atribuyó ésto a otras circunstancias tales como el espíritu de los antepasados, obra de los dioses o consecuencias de fenómenos astrológicos o atmosféricos. Ello condujo a que el matriarcado y la filiación materna adquieresen gran preponderancia, por haber sido la maternidad un hecho de fácil comprobación.

Con el transcurso del tiempo la evolución de la sociedad hacía agrupaciones más desarrolladas determinó, que el hombre tomara conciencia de la importancia que le correspondía al fenómeno de la paternidad en la figuración de la familia.

Los primeros informes que hoy se conocen sobre una concepción jurídica de la relación paterno-filiar, se encuentran

en estatutos del oriente, tales como el Código de Lipit-Ishtar, donde se impone al padre la obligación de mantener a sus hijos y éstos a sus padres, y se le alude a los hijos de la esposa y a los de la esclava; el código de Hammurabi distingue, igual que el anterior, entre los hijos de la esposa y los nacidos de otro hombre, pero sin que todavía existan normas sobre una presunción de paternidad. En las leyes de Manú donde establece o esboza la primera norma para establecer jurídicamente la paternidad, porque en efecto allí se expresa que el hijo pertenece a quien ejerce su poder sobre la madre.

2.4.4 Demanda

El elemento real histórico de toda acción lo forman los hechos que deben referirse a la demanda como idóneos para generar la situación jurídica que se investiga. Según el Art. 75 C.P.C. toda demanda debe reunir los siguientes requisitos:

a) Designación del Juez ante quien se dirige
b) Nombre, edad y domicilio del demandante y su domicilio si es el caso.
c) Los hechos que dan base a la petición.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

d) Las pretensiones

e) Los fundamentos de derecho que se han invocado

f) La petición de las pruebas

g) La decisión del demandante o su apoderado, y la del demandado.

Además a la demanda debe anexarse las respectivas actas de registro civil de nacimiento y demás comuentos que de antemano sirva para esclarecer los hechos.

2.4.5 Procedimiento

Según los articulos 14 a 16 de la Ley 75 de 1968, tenemos los siguientes :

ARTICULO 14. Una vez formulada la demanda por el defensor de menores o cualquiera otra persona que tenga derecho a hacerlo, se le notificará personalmente al demandado, quien dispone de 8 días para contestarla.

En caso de oposición o de abstención del demandado, el negocio se abrirá a prueba por el término de veinte (20) días, durante el cual se ordenarán y practicarán las que sean solicitadas por las partes o que el Juez decrete de

oficio. Si el Juez lo considera indispensable, podrá ampliar hasta por diez días más el término probatorio aquí señalado, para practicar las que estén pendientes.

En todo caso, el Juez exigirá juramento al demandado conforme al artículo 1o. ordinal 4o., de esta ley, para lo cual bastará una sola citación personal de aquel, y celebrará durante el término de prueba audiencias con intervención de las partes y de los testigos, a fin de esclarecer no solo lo tocante a la filiación del menor, sino los demás asuntos por decidir en la providencia que ponga fin a la actuación, y podrá decretar de oficio las pruebas que estime conducentes a los mismos fines.

ARTICULO 15. En cualquier momento del proceso en que se produzca el reconocimiento conforme al artículo 1o. de esta ley, el Juez dará aviso del hecho al correspondiente funcionario del estado civil para que se extienda, complemente o corrija la partida de nacimiento, tomará las providencias del caso sobre la patria potestad o guarda del menor, alimentos y, cuando fuere el caso, sobre asistencia a la madre.

ARTICULO 16. Vencido el término probatorio se surtirá

nueva audiencia dentro de los ocho días siguientes, en la cual las partes podrán hacer el resumen de sus pre - tensiones y argumentos. El Juez pronunciará sentencia, dentro de los ocho días siguientes.

En la sentencia se decidirá, si antes no se hubiera producido el reconocimiento, sobre la filiación demandada y a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad, habida cuenta de todos los factores que pueden influír sobre la información de aquel, o si se le pone bajo guarda, y a quién se le atribuye. También se fijará allí mismo la cuantía en que el padre, la madre o ambos, habrán de contribuír para la crianza y educación del menor, según las necesidades de este y la condición y recursos de los padres.

2.4.6 Recursos de Revisión y Trámites

El artículo 18 de la referida ley 75 de 1,968, estableció que la sentencia dictada por el Juez de menores en cuanto se refiere al estado civil de las personas, es revisable por la vía ordinaria ante el Juez Civil competente y estableció los términos para solicitarla cuando dice : Que

la acción de revisión no podrá intentarse por el demandado sino dentro de dos años siguientes a la fecha de publicación del fallo y por parte demandante dentro de cinco años, contados a partir de la misma fecha. Además, los herederos de las partes, y el conyuge en su caso, podrán proponer el juicio dentro de los mismo términos que el difunto.

El artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, establece como causales de revisión las siguientes :

1.) Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habría variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

2.) Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueren decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

3.) Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenados por falso testimonio en razón de ellas.

4.) Haberse dictado sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.

5.) Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

6.) Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó sentencia, aun que no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente.

7.) Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el artículo 152, siempre que no haya sanneado la nulidad.

8.) Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.

9.) Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que

aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiere podido alegar la excepción en el segundo proceso por haberse le designado curador ad litem y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo, no habrá lugar a la revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada. (14)

---

(14) SUAREZ FRANCO, ROBERTO, Ob Cit, P. 292.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

CAPITULO III

ADOPCION

3.1 CONCEPTO - ANTECEDENTES

El Art. 269 del Código Civil la definía como "el prohijamiento de una persona o la admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza".

En términos generales la adopción "es un acto eminentemente humano con profundo sentido ético, emocional y social que desborda los aspectos estrictamente legales"(15). La adopción se hizo primordialmente en beneficio del niño y secundariamente del adulto, "se trata de encontrar padres para el menor abandonado antes que hijos para los adultos que carecen de ellos.

Por consiguiente no basta con exigir que se cumplan los requisitos jurídicos para poder adoptar, es necesario ejercer un cuidado extremado en la selección de los padres adoptantes, de manera que garanticen las condiciones

---

(15) I.C.B.F. Circular sin número, Grupo Nacional de Adopción . Pp. 1.

óptimas de crianza del niño. La selección debe estar a cargo del equipo interdisciplinario del programa de adopción teniendo en cuenta las cualidades de la pareja y las condiciones particulares del menor. La mayoría de las personas que desean adoptar son parejas sin hijos. Con frecuencia expresan sus razones, después de explicar la imposibilidad de procrear, como el deseo de "tener una verdadera familia", "sentirse realizados como padres, darle continuidad a su amor conyugal", "tener la alegría de niños en el hogar", etc (16).

Antecedentes en Roma :"La adopción consistía en un acto por el cual un extraño a una familia ingresaba en ella, sometiéndose a la potestad del Pater-Familias como si se tratase de un simple Fillius Familias" (17). El fundamento jurídico de la adopción residía en el interés que tenían los padres en la continuación de la estirpe "absolutamente necesaria para el culto de sus antepasados"(18).

---

(16) Ibid. Pp. 2

(17) SUAREZ FRANCO, ROBERTO, Pp. 320

(18) Ibid, Pp. 320.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

En el derecho moderno la adopción "persigue como fines primordiales suplir la falta de prole legítima, y procurarle a seres abandonados moral o económicamente, crianza educación y establecimiento en un hogar honesto, con el objeto de convertirlos en seres útiles a la sociedad"(19)

En los pueblos primitivos, fue establecida la adopción para aquellos casos en que los jefes y patriarcas no tenían descendencia; el hijo adoptivo le sucedía en la función religiosa de rendir cultos a los antepasados e invocar la protección.... Más tarde se acudió a ella como una forma de socorrer a los necesitados, y aún en algunos casos la han utilizado para dar consuelo o arreglar matrimonios desavenidos o con irreparables conflictos; con el correr del tiempo,se le concedió como un medio de prolongar la estirpe y conservar las riquezas de una familia"(20)

En los países desarrollados se está presentando una gran apertura hacia la adopción. Muchas personas piensan que una buena forma de acrecentar la familia a la vez que dá

---

(19) Ibid,Pp. 320

(20) AMEZQUITA DE ALMEIDA, JOSEFINA. Ob. cit. Pp. 179.

oportunidad a un niño del tercer mundo para mejorar su situación.

Expresan que " tiénen tantas cosas para compartir", "Desean ayudar a crecer y educar un niño". Tampoco es raro el temor a la sobreproducción por lo cual limita la familia propia, pero "están dispuestos a acoger a un niño ya nacido". (21).

3.2 EXPLICACIONES PREVIAS

La finalidad de la adopción no puede ser otra que integrar una familia, dándole el privilegio de tener un hijo, al hijo darle el privilegio de tener una familia. Generalmente, llevan años tratando sin éxito de corregir una esterilidad y les ha tomado tiempo aceptar ésta condición; por último deciden la adopción como un método válido de formar familia. Estas motivaciones se consideran positivas y se resumen en el deseo de tener un hijo.

---

(21) I.C.B.F. Ob. cit. 3

"Se puede decir que la motivación es el elemento esencial para una buena adopción y el más difícil de explotar. Es posible que las razones que se expresan abiertamente no coinciden con los deseos inconscientes. Lo importante es tratar de descubrir las motivaciones neuróticas o pato - lógicas y las personas que ven la adopción como un modo de "poseer legalmente" al niño para utilizarlo en su pro- vecho". (22). La adopción debe ofrecer todas las garantías para que los niños que van a ser dados en adopción disfru- ten de la plenitud de sus derechos.

3.3 CLASES

La innovación más importante introducida mediante :"art. 5o. de la ley 5a. de 1975. es la de haber contemplado dos clases de adopción : Simple y plena.

3.3.1 Plena

Establece relación de parentesco entre el adoptivo, el

---

(22) Ibid, Pp. 3

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

adoptante y los parientes de sangre de éste, rompe el vínculo con la familia de origen, el adoptado toma el apellido de sus padres adoptantes y hereda como hijo legítimo. Como puede verse, la adopción plena iguala en todo al hijo adoptivo con el legítimo.

3.3.1.1 Adopción Plena y Capacidad

"En la nueva legislación se exige, además de capacidad legal, que los adoptantes tengan por lo menos 25 años y reunan las condiciones físicas, mentales y sociales necesarias para hacer la adopción, (Ley 5a. de 1.975, art.1). (23).

"En ningún caso deben seleccionarse personas cuyos ingresos no permitan la adecuada satisfacción de las necesidades básicas del niño ni sus posibilidades de educarse o cuyo frágil presupuesto se vea afectado con la llegada de un nuevo miembro". (24).

---

(23) AMEZQUITA DE ALMEIDA, JOSEFINA, Pp. 180 - 181.

(24) I.C.B.F. Ob, cit. Pp. 4.

3.3.2 Simple

Solo se establece parentesco ente el adoptante y el adoptivo y los hijos de éste; no se rompe el vínculo de origen, y se heredaba como hijo natural, hasta la vigencia de la ley 29/82 conservando en ella derechos y obligaciones. La adopción simple podrá convertirse en adopción plena si así lo solicitare el adoptante.

3.3.2.1 Capacidad

Podrá adoptar quien siendo capaz, haya cumplido 25 años tenga 15 más que el adoptivo y se encuentre en condiciones físicas, mentales y sociales hábiles para suministrar hogar a un menor de 18 años.

3.4 PROCEDIMIENTO

Según lo dispone el art. 2 de la ley 5a. de 1.975, la competencia de los jueces para conocer de un proceso de adopción está condicionado, además del factor territorial, a la edad del adoptado. Dice la norma, " Los jueces de menores del domicilio o residencia del adoptable conocerán de los procesos de adopción con intervención forzosa del

UNIVERSIDAD [illegible] BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

defensor de menores. La adopción de mayores de 18 años será de competencia de los jueces del circuito".

3.4.1 Entrevista a los adoptantes

"El decreto 752 de 1.975, reglamentario de la ley 5a. de 1.975, la cual exigía que la apreciación de las condiciones sociales de los presuntos adoptantes se hiciera directa y personalmente por el juez o el director de la institución que tuviera al menor a su cuidado... Era necesario que el juez o el director, en caso, de que así lo ordenara este funcionario, conociera personalmente a los futuros padres y dialogara con ellos, a fin de que mediante ésta comunicación directa se formara el criterio definitivo para dictar la sentencia y con la plena convicción de que la familia extranjera a quien se le entregase el niño Colombiano sí reunía tales condiciones para adoptarlo (decreto 752/75, art. 1o. inc. 1 y 2).

"El Consejo de Estado accedió a la demanda establecida contra el citado art.1o, y declaró inexequible la parte que se refiere a la obligación que se imponía al juez entrevistar personalmente a los presuntos padres o adoptantes". (25) Más adelante, estableció que para los solici-

tantes extranjeros es indispensable exigir que el estudio social sea completo y se realice por el profesional de una institución debidamente autorizada por el gobierno de ese país para realizar programas de adopción.

"No se deben autorizar adopciones que no vienen respaldadas por un organismo autorizado, debido al grave riesgo que entraña para el niño y la carencia de quien haga el seguimiento con ese país.

Para solicitantes colombianos deben ser practicados por el trabajador social y recoger el resultado de las observaciones realizadas en las visitas domiciliarias, las entrevistas con las parejas, personas que lo conozcan, los jueces de menores lo están exigiendo como documento para presentar la demanda de adopción; se considera elemento básico para toda decisión sobre la aceptación o rechazo de la adopción" (26).

---

(25) AMEZQUITA DE ALMEIDA, JOSEFINA, Pp. 181 - 182.

(26) I.C.B.F. Ob. cit. Pp. 8.

3.4.2 Edad

La ley colombiana no fija límites de edad máxima. El grupo nacional de adopciones considera que no deben aceptar personas mayores de 50 años y solo por excepción en el caso de niños mayores, hasta 55 años, uno de los conyúges. Se dice "adopción tardía, orfandad temprana", para indicar el riesgo que corre el niño de temprana edad cuando se le asignan como padres personas mayores de 45 años. Además, debe pensarse que al llegar a la adolescencia el joven se encontrará con unos padres envejecidos y cansados que no reunen la capacidad necesaria para apoyarlo vitalmente, orientarlos y ayudarlos a superar esta época de crisis.

"Esta regla no se aplica en el caso de niños mayores (7 años en adelante) cuya adopción es difícil. La experiencia demuestra que parejas maduras que muchas veces ya han criado sus propios hijos, pueden ser excelentes padres y educadores cuando las motivaciones son las adecuadas.

Para la aplicación de éste criterio, es bueno ceñirse a las leyes de la naturaleza, considerando conveniente fijar criterios de edades de niños y padres. Se establecen tres grupos de niños por edades :

1) Recien nacidos hasta dos años; padres de 25 a 35 años aproximadamente.
2) Niños entre 2 y 7 años en adelante; padres de 35 a 45 años aproximadamente.
3) Niños de 7 años en adelante, padres de 45 a 55 años, máximo. (27).

3.4.3 Hijos

" La nueva ley no se opone a que el adoptante haya tenido tenga o llegue a tener hijos legítimos, naturales o adoptivos, para poder adoptar (Ley 5/75, art. 1). También preveé la nueva ley que el hijo natural puede ser adoptado por su padre o su madre independientemente o conjuntamente con el otro cónyuge y además que el hijo legítimo

---

(27) Ibid., Pp. 4 - 5

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

de uno de los cónyuges que haya quedado viudo o divorciado pueden ser adoptados por el otro (LEY 5/75, art. 1).(28)

Se plantea el siguiente interrogante: ¿Qué hacer ante la gran demanda?
La prioridad la tienen la familia sin hijos, a las familias que tienen un solo hijo, se les deben facilitar la adopción cuando reunan todos los requisitos. En caso de hermanos, se debe hacer todo lo posible por no separarlos.

"Cuando por su crecido número se pueden ubicar en un solo hogar adoptivo, se debe tratar de que lleguen a la misma comunidad o área geográfica, con el fin de facilitar su relación. En este caso, se recomienda estudiar muy bien las familias adoptantes, con el fin de que no existan diferencias económicas marcadas que posteriormente den lugar a resentimientos.

Las familias con varios hijos no tienen la prioridad, pero pueden ser aceptados si se demuestran sus excepciona -

---

(28) AMEZQUITA DE ALMEIDA, JOSEFINA, Pp. 183.

les condiciones para la crianza y en especial para niños mayores o limitados". (29).

3.4.4 Consentimiento

De acuerdo con el artículo 274 C.C. la adopción requiere el consentimiento de los padres. Si uno de ellos faltare según lo previsto en los artículos 118 y 119, será suficiente el consentimiento del otro.

A falta de los padres, será necesaria la autorización del guardador. En su defecto, ésta será dada por el defensor de menores, y en subsidio, por la institución de asistencia social debidamente autorizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en donde se encuentre el menor.
Si el menor fuere púber, será necesario además su consentimiento.

---

(29) I.C.B.F. Pp. 6 - 7

3.4.5 Bienes

"En cuanto a los bienes tenemos los siguientes: Si el menor tiene bienes, la adopción se hace con las formalidades exigidas para los guardadores.

El guardador puede adoptar a su pupilo, pero debe tener previamente la aprobación de la cuenta de los bienes de éste, que haya venido administrando (Ley 5a de 1975,art. 1)" (30) . Mediante la ley 5a. de 1.975, se reformó la ley 140 de 1,960, ésta ley fue expedida con el propósito de ofrecerles a los niños colombianos que van a darse en adopción, todas las garantías para que disfruten plenamente de sus derechos, y además, que encima de cualquier interés prevalezca exclusivamente su bienestar y felicidad.

3.4.6 Quiénes son adoptantes

Se puede adoptar tanto los niños que están abandonados co-

---

(30) AMEZQUITA DE ALMEIDA, JOSEFINA, Pp.

mo los no abandonados. Para efectos de la adopción, según el art. 1. de la ley 5a. de 1.975, se encuentran abandonados :

1) Los expósitos;
2) Los menores entregados a un establecimiento de asistencia social, cuando no hubieren sido reclamados por sus padres o por sus guardadores dentro del término de tres (3) meses.
3) Los menores que han sido entregados por su representante legal para ser dado en adopción; en cuanto al último caso el menor no es abandonado, previa autorización de los padres; se procede de inmediato a adoptar la medida de protección que en este caso viene a constituirse en adopción, luego se adelanta el proceso y se decreta la entrega del menor a los padres adoptantes."Para poder proceder a preconstruir el abandono ha de seguirse lo establecido por, los artículos 8 y 9 del decreto 1818 del 17 de Julio de 1964, según el cual el defensor de menores deberá abrir la investigación correspondiente, informándose de las condiciones que rodean al menor, del ambiente de moralidad en que viven, de los medios de subsistencia y de los antecedentes de todo orden, personales y fami -

UNIVERSIDAD [illegible] BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

liares. La declaración de abandono es según la exposición de motivos una importante innovación. Muchas personas han abandonado a sus hijos o simplemente los han entregado a instituciones para su adopción". (31).

3.4.6.1 Aptitud para ser adoptables

"Es recomendable que solo sean candidatos a la adopción los menores que no padecen de enfermedades físicas y mentales de carácter irreversible, pués según estudios de sicológos,autorizados en la materia, no deben asignar niños pequeños a madres trabajadoras que no disponen de tiempo para cuidar al bebe. Sobra decir que en este caso los menores afectados por enfermedades irreversibles, no deben estar en las instituiciones de adopción, sino en las que dirige el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para darle otra clase de protección especial. Los casos en que se solicita en adopción niños, afectados por enfermedades irreversibles son excepcionales,se trata de personas que quieren dedicar su vida a una obra de cari -

(31) SUAREZ FRANCO, ROBERTo, Ob. cit. Pp. 334.

dad; cuando se presenta el caso de padres que quieren adoptar niños en éstas condiciones, se les deben remitir allí para que se proceda a la adopción". (32).

3.4.6.2 Intervención I.C.B.F.

Para garantizar la defensa de los derechos del niño, la ley estatuye que solamente podrán desarrollar programas de adopción, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones que se encuentren debidamente autorizadas por el director de dicha entidad. (Ley 5/75, decreto 752 de 1.975, art. 6). Tienen licencia de funcionamiento actualmente : La "Casa de la Madre y el niño". Esta es la más antigua de las instituciones que hay en el país, ha desarrollado programas de adopción desde hace casi 40 años en forma encomiable y digna de todo elogio; la "Fundación para la Adopción de la Niñez Abandonada" (FANA), esta institucion que colabora en forma muy activa en el programa de adopción en el país; "Los Pisingos" cuya sede es la ciudad de Bogotá, éstas instituciones están autoriza -

---

(32) AMEZQUITA DE ALMEIDA, JOSEFINA, ob. cit Pp. 184.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

das para desarrollar programa de adopción, a nivel nacional". (33).

3.4.7 Demanda

La demanda de adopción deberá contener los siguientes requisitos :

1. La designación del Juez a quien se dirija.
2. El nombre, edad, domicilio o residencia del demandante;
3. El nombre, edad, domicilio o residencia del menor que pretenda adoptarse, así como el nombre y domicilio de los padres o del guardador, salvo que se trate de menores abandonados.
4. Los hechos y motivaciones que sirvan de fundamento a las peticiones del demandante,
5. Los fundamentos de derecho que no invoquen;
6. La petición de las pruebas que se pretenden hacer valer.

A la demanda se le anexará :

---

(33) Ibid. Pp. 184 - 185.

1. La prueba de la edad de los adoptados y del adoptable.
2. La prueba del matrimonio cuando marido y mujer adopten conjuntamente,
3. La declaración del abandono decretada por el Defensor de Menores en los casos del artículo 282.
4. Certificación sobre vigencia de la licencia de funcionamiento de la institución donde se encuentre albergado el menor, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Famiar;
5. Prueba de las condiciones fíciias, mentales y sociales de que trata el artículo 269.
6. Las demás que estime conducentes.

3.4.7.1 Traslado del menor al exterior.

Se podrá conceder el traslado del menor al exterior, el director de cada regional del I.C.B.F., o el funcionario designado por él para estos efectos siempre que se hubiere admitido la demanda de adopción los presuntos adoptantes entreguen previamente al funcionario que dé el permiso un documento en el cual declaren,bajo juramento, que se encarga del cuidado del presunto adoptivo; indiquen el lugar y dirección en donde lo tendrán y se comprometa a seguir las instrucciones de las autoridades colombianas

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

en lo concerciente a la adopción en curso e informar a éstas sobre los cambios de dirección y las condiciones en que se encuentra el menor. Ley 5 de 1.975, art. 8, art. 2 Decreto 752 de 1.975).

3.4.7.2 Autorización

En virtud de la enorme responsabilidad del I.C.B.F., al entregar al menor para ser adoptado por personas residentes en el exterior, la ley dispone que debe llenar los siguientes documentos para autorizar su salida :

a) Copia autenticada de la demanda de adopción y del auto admisorio de ella.
b) Permiso autenticado de inmigración al país a donde se llevará al presunto adoptivo o certificación del cónsul correspondiente de que dará la visa una vez autorizada la salida por el funcionario correspondiente.
c) Tres certificaciones, autenticadas, sobre la aptitud de los presuntos adoptantes para cumplir sus respectivos deberes, expedidos por personas a quienes, por conocerlos personalmente y mantener con ellos relaciones de amistad, de trabajo o de otra índole apropiada, le

conste que tienen las necesarias condiciones morales, sociales y de salud para cumplir las responsabilidades que asumen al adoptar un hijo. (Decreto 752 de 1975, art. 3).

3.4.7.3 Vigilancia y Supervisión

"La función de vigilancia y supervisión que le corresponde al I.C.B.F., en cumplimiento de las atribuciones conferidas por los acuerdos allí aprobados, a fin de que la ejecución de todos los trámites legales sobre adopciones que realicen en el país se ciñan estrictamente a la ley 5 de 1975, y demás disposiciones que regulen la materia, especialmente sobre la salida de niños al exterior, para lo cual deben coordinar plenamente con los jueces de menores y demás entidades públicas y privadas, con el objeto de que el espíritu de la ley de adopciones se cumpla a cabalidad". (34).

---

(34) Ibid. Pp, 187.

CAPITULO IV

PATRIA POTESTAD

4.1 CONCEPTO

Anteriormente la Patria Potestad era "un conjunto de derechos que la ley daba al padre sobre sus hijos legítimos no emancipados"(35), presciendiendo de éste derecho a la madre. La ley 45 de 1.936 reformó la noción de Patria Potestad, al considerarla como el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre los hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de sus deberes que su calidad les impone. A raíz del decreto 2820 de 1.974, el concepto de Patria Potestad, quedó sustituído por el de autoridad compartida y conjunta de los padres. Este decreto 2820, cuya expedición tuvo como objeto esencial eliminar en la legislación todo concepto de poder de uno de los padres, en consecuencia no es lógico seguir empleando el término Patria Potestad, que significa

---

(35) SUAREZ FRANCO, ROBERTO, Ob. cit.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

poder del padre, puesto que éste concepto quedó totalmente desechado en nuestra legislación; sin embargo,como éste concepto se halla un tanto en el código como las leyes vigentes y hasta en el decreto 2820,es necesario, que la reforma debería complementarse, eliminando dicho término en todas las disposiciones que lo contiene,a fin de sustituirlo por el de autoridad compartida de los padres o autoridad de los padres". (36).

4.2 SUSPENSION

Causales: Se presentan cuando el padre o la madre se hace incapaz de ejercer sus derechos por :

1) Demencia
2) Prodigalidad
3) Sordomudez
4) Larga ausencia
5) Vagancia o mendicidad habitual
6) Salvación del niño.

---

(36) AMEZQUITA DE ALMEIDA, JOSEFINA, Pp. 103.

1o.) En cuanto a la demencia esta causal llega a ocurrir por demencia del padre o de la madre, aunque no haya sido declarada en interdicción cuando la suspensión se decreta con respecto a uno de los padres; continúa ejerciendo la Patria Potestad el otro y a falta de ambos padres, el juez le designa al hijo un curador para que se encargue de administrar sus bienes. 2o.) No importa cual haya sido la causa que hubiere motivado la declaración de interdicción judicial demencia, disipación o sordomudez. La demencia, conforme acabamos de verlo, es causa suficiente para pedir la suspensión de la patria potestad, sin necesidad, de solicitar previamente la declaratoria de interdicción. En cuanto "la larga ausencia del padre o de madre era causal de suspensión, siempre y cuando se siguiese perjuicio grave para los intereses del hijo. Realmente, esta causal no debe entenderse hoy en día como suficiente para originar la suspensión; creemos que el juez no podrá decretar esta con fundamento en dicha causal, si nó prueban los siguientes elementos : a) Que la ausencia se larga, b) Que se siga perjuicio a los intereses del hijo, c) que el padre o madre ausente no provea la administración de los bienes del hijo a fin de evitar graves

perjuicios". (37).

En cuanto "la vagancia, equivale a que el hijo deambule por calles y parajes sin ninguna vigilancia ni control por parte de sus padres; la mendicidad significa andar el hijo solicitando limosna a transeúntes por razón de sus muy escasos recursos". Dos cosas deben tenerse en cuenta en la aplicación de ésta causal: 1) La amplia facultad de que goza el juez de menores para autorizar la suspen - sión, siempre y cuando lo considera favorable a los inte- reses del hijo; 2) que éstos intereses conciernan a la salvación del hijo en orden a evitar grave peligro físi - co o moral....Salvación es sinónimo de librar de un ries- go o peligro poner en seguro". (38).

Otros Causales : Se efectúa por sentencia del juez, cuan- do los padres que ejerzan la potestad parental, incurran en alguna de la siguientes causales :

1) Maltrato habitual del hijo en términos de poner en pe-

---

(37) SUAREZ FRANCO, ROBERTO, Pp. 391 - 392.

(38) Ibid

ligro su vida o de causarle grave daño.

2) Por haber abandonado al hijo

3) Por depravación que los incapacite de ejercer la potestad parental. Depravación implica malas costumbres, actos inmorales y reiterados. Que privan a los padres de ejercer la patria potestad.

4) Por haber sido condenados a pena primativa de la libertad, superior a un año.

4.3 DERECHOS QUE SE PIERDEN AL SUSPENDER LA PATRIA POTESTAD.

La terminación de la patria potestad, es el fenecimiento de ella para uno de los padres, pero permanece para el otro. Para que dé la terminación de la Patria Potestad se requiere decreto judicial. La terminación se caracteriza por su parcialidad.

4.4 HABILITACION

Era un privilegio concedido a un menor para que pudiera ejecutar todos los actos propios de las personas mayores, (18) años con excepción de las expresamente prohibidas por la ley. Anteriormente uno de los requisitos para obtener-

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

se la habilitación de edad era no haber cumplido los 21 años. La habilitación de edad quedó tácitamente derogada cuando la ley 27 de 1.977 en su artículo 1o. estableció que la mayoría de edad se adquiría a los 18 años. El hijo de familia se mirará como emancipado y habilitado de edad para la administración y disposición de su peculio.

4.5 ATRIBUTO DE LA PATRIA POTESTAD

Concede tres atributos :

1) Derecho de usufructo o goce legal
2) Derecho de administración
3) Derecho de representación

Derecho Usufructo : El padre goza del derecho de usufructo sobre los bienes del hijo desde el día del nacimiento hasta la emancipación; éste derecho derivado de la Patria Potestad obedecía a una compensación de los gastos que demandan la crianza, educación y establecimiento de los hijos.

4 .5.1 Bienes que comprenden la Patria Potestad

Es necesario distinguir. Bienes que forman el llamado peculio profesional e industrial, lo constituyen todos los bienes adquiridos por el hijo como fruto de su tra - bajo o industria, quien ejerce la potestad no tiene de - recho alguno sobre tales bienes, ni los administra ni los usufructa.

El peculio adventicio ordinario ; lo forman los bienes que han entrado al patrimonio del hijo no como producto de su trabajo, sino a título gratuito, ejemplo; Herencia,do- naciones, etc.

En cuanto a la administración de éstos bienes, la ley con sidera incapaz al menor y por lo tanto le prohibe cele - brar negocios jurídicos que recaigan sobre dichos bie - nes. El titular de la patria potestad es el administra - dor y usufructuario de los bienes que sus hijos hayan ad- quirido a título gratuito y que por lo tanto forman el peculio adventicio ordinario.

El peculio adventicio extraordinario, lo constituyen los

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

bienes adquiridos por el hijo a título de donación, he - rencia o legado, cuando el donante o testador haya dis - puesto que el usufructo de tales bienes corresponde al hijo y no a los padres; si solo uno de los padres fuere excluído corresponderá el usufructo al otro. Forman tam - bién parte de éste peculio, las herencias y legados que hayan pasado al hijo por indignidad o desheredamiento de uno de sus padres, caso en el cual corresponderá exclusi - vamente al otro.

Los padres tienen la obligación de administrar, pero ca - recen del usufructo legal.

CAPITULO V

CUSTODIA Y CUIDADOS PERSONALES

5.1 GENERALIDADES

1) Obligaciones de los hijos para con los padres :

a) Respecto y obediencia

b) Cuidado y socorro

Por el art. 18 del decreto 2820 de 1,974, se reformó el art. 250 del Código Civil en los siguientes términos:"Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres". No obstante que se trata de un principio con un contenido ético moral de muchos alcances, el legislador lo ha elevado a la categoría de norma jurídica para todos los casos de filiación, no importa las circunstancias en que haya sido concebido el hijo. La norma vigente se extiende a los hijos, tanto a los matrimoniales como extramatrimoniales, sin consideración a la edad, porque el respeto y la obediencia son deberes y constituyen obligaciones que se tienen para con los padres; el respeto en todo tiempo, la obediencia también siempre y cuando el padre y la madre

ejerzan sus derechos de principio, de justicia y equidad.

También tienen derecho al mismo cuidado y socorro, el código emplea indistintamente la palabra cuidado y socorro, dando la sensación de que se trata de términos sinónimos, cuando en realidad no lo son; el cuidado tiene un contenido más de orden físico, "de ayuda moral" el hijo está obligado a cuidar de sus padres en la ancianidad, en el estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesiten sus auxilios.

El incumplimiento de las obligaciones derivadas del socorro hacen al hijo indigno de suceder a sus progenitores como heredero alegatorio. La ley 75 de 1968 sanciona a los hijos que se sustraigan de sus obligaciones sin justa causa, a la pena de seis meses a dos años de arresto y multa de mil a cincuenta mil pesos.

"Aunque la emancipación" de al hijo del derecho de obrar indipendientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren auxilios; Art. 251 C.C.- 11). Esta disposición se complementa con los siguientes: "Tienen derecho al mismo socor-

rro todos los demás ascendientes legítimos en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes" Art., 252 C.C. - 1.

2) Obligaciones de los padres para con los hijos :

a) El cuidado personal de crianza

b) El cuidado personal de la educación

c) Derechos a elegir estado y profesión del hijo

d) Vigilancia, corrección y sanción.

Esta obligación comprende el deber de criar, educar y establecer a los hijos. La crianza hace relación a los primeros cuidados y alimentos que necesita todo ser humano y comprende la infancia y la impubertad. Tal obligación empieza desde la gestación del ser humano y por lo tanto está prohibido a los padres atentar contra la vida y la salud de sus hijos y todo atentado contra el feto humano. Para lo cual nuestro código penal ha establecido severas sanciones contra la madre que causa su aborto y contra las personas que intelectual o materialmente participen en éste delito.

El cumplimiento de la obligación de crianza está a cargo de ambos padres, especialmente de la madre a quien el ma-

rido debe suministrar recursos necesarios para que pueda cumplir su deber.

En cuanto a la educación, se refiere a la instrucción que se les debe proporcionar a los hijos; la primaria es obligatoria y la superior lo será de acuerdo a las posibilidades económicas de los padres. El establecimiento de los hijos mira al hecho de procurarles, no solo el aprendizaje de un arte o profesión que les sirva para ganarse la vida, sino también a de suministrarles los elementos necesarios para el ejercicio de su profesión.

La obligación de criar, educar y establecer a los hijos corresponde solidariamente a ambos padres o al padre o madre sobreviviente, lo cual indica que ambos padres deben cumplir conjuntamente la mencionada obligación, y que si uno de ellos no la cumple, el otro queda exonerado de cumplirla en su totalidad.

Ninguno de los dos puede excusarse de cumplir de manera continua y permanente la obligación de cuidar de sus hijos; en caso de imposibilidad física o moral de ambos padres o del sobreviviente, el juez con conocimiento de causa, podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otro

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

u otras personas, prefiriendo a los ascendientes legítimos. Aunque por imposibilidad física o moral se suspenda a los padres el cuidado personal de los hijos, no por eso se les prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez considere conveniente.

En cuanto la vigilancia, corrección y sanción, según el artículo 262 del C.C., modificado por el decreto 2820/74 art. 21, decía : Corregir y castigar moderadamente a sus hijos, y cuando por ésto no alcanzare, podía imponerles la pena de detención, hasta por un mes en un establecimiento correccional". El padre podía solicitar ante el juez que se impusiera al hijo, una sanción equivalente a un mes de arresto en un establecimiento correccional.

5.2 PROCEDIMIENTO

Es necesario distinguir los siguientes casos; a) Cuando los bienes de los cónyuges son administrados de acuerdo al régimen de la sociedad conyugal; b) Cuando los bienes de los cónyuges se administran de acuerdo con el régimen de separación de bienes; c) Cuando el menor ha adquirido pecúlio adventicio ordinario; d) Cuando los padres y el menor carecen de bienes.

a) Cuando los cónyuges se rigen por el régimen de sociedad conyugal, los gastos de crianza, educación y establecimiento se deducirán del haber social. Esto es lo que sucede en la mayoría de los hogares colombianos, en los cuales los padres destinan el fruto de su trabajo o las rentas de sus capitales al sostenimiento de sus hijos, hasta el punto de que es frecuente que no puedan capitalizar rentas porque los mencionados gastos las observen totalmente.

Puede presentarse el caso que durante el matrimonio la mujer adquiera por herencia de uno de sus padres un bien que vale $300.000, y que el marido no se encuentre en capacidad económica para suministrar educación superior a uno de los hijos debido al costo de ella, sin embargo, la madre la suministra y para ello vende el bien recibido por herencia; En este caso como cualquiera erogación hecha por educación de los hijos le pertenece a la sociedad conyugal, la cual obligada a recompensarle al cónyuge propietario los gastos efectuados con la venta del bien de su exclusiva propiedad, y por consiguiente el día en que la sociedad se disuelva y liquide, el cónyuge tendrá derecho a que la masa de ganancia les reintegre la suma invertida en la educación de los hijos comunes.

b) Si la sociedad conyugal carece de bienes, los mencionados gastos serán de cargo de los patrimonios exclusivamente propios que posean los cónyuges; si solamente uno de ellos tiene bienes propios a él le corresponderán todos los gastos.

Si los cónyuges están separados de bienes, los gastos por concepto de educación y demás atenciones de los hijos menores comunes son compartidos entre ambos.

c) Si el hijo tiene bienes, como éstos bienes de ordinario lo recibe por herencia de uno de sus padres, el cónyuge sobreviviente ejercerá sobre el menor la potestad parental, y por consiguiente, tiene derecho al usufructo de los bienes del hijo, para lo cual puede cumplir adecuadamente la obligación que tiene de cuidarlo y educarlo.

CAPITULO VI

REGULACION DE VISITA

6.1 GENERALIDADES - CONCEPTO

Generalidades: Inicialmente existiendo un poder casi absoluto del padre sobre los hijos, el derecho a visitas no existía y más bien era una benevolencia del padre permitir que ciertas personas lo visitaran o lo tuvieran en su poder.

Derecho Francés : El derecho a visitas ente los padres divorciados con relación a quien no tenía en su poder sus hijos, no tuvo mayores dificultades para abrirse paso en la jurisprudencia francesa. Con relación a los abuelos se presentaron grandes discusiones. Varias cortes francesas negaron que los abuelos pudieran visitar a sus nietos contra el querer del padre, sobre todo porque se sostenía que era una limitación al derecho que se le concedía al padre al tenor del art. 374 del C.C. Francés, que le prohibió al hijo abandonar la casa paterna sin el permiso de su padre, salvo para enrolarse en el ejército, después de los 18 años; era el padre el árbitro supremo de las rela-

ciones del hijo.

El art. 371 numerl 4, tras la reforma del 4 de Junio de 1.970 del C.C. francés preceptúa : El padre y la madre no pueden, salvo motivos graves, obstaculizar las relaciones personales del hijo con sus abuelos. En defecto de acuerdo entre las partes, las modalidades de esas relaciones serán reguladas por el Tribunal.

En consideración a situaciones excepcionales el tribunal puede conceder un derecho de correspondencia o de visitas a otra persona pariente o no.

En la reciente reforma del divorcio introducida en Francia por la ley del 11 de Julio de 1.975, ha reconocido al cónyuge a quien no corresponde la guarda de los hijos matrimoniales, un derecho de visita y albergue cuyo régimen es fijado por el juez o por convenio de las personas homologado por el primero.

Derecho Colombiano : El art. 256 del C.C. establece " Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez juzgare conveniente".

Esta norma a pesar de haber sufrido modificaciones durante la larga vigencia del Código Civil, ha venido siendo interpretada en forma acertada por los jueces de menores, buscando con ello que se causen menores traumas a las relaciones entre padres e hijos.

En derecho colombiano se puede afirmar que en relación con regulación de visitas se da un régimen de visitas restringido, ya que el poder privado del cuidado personal de sus hijos solo puede visitarlo en los períodos que el juez señale.

A quienes no están de acuerdo con este sistema, y piensan que la solución es supresión de las visitas, sin embargo suprimir las visitas no parece ser tampoco el medio idóneo para solucionar el problema; tal vez lo más adecuado sería el que ellas se hicieran mediante una dependencia que recibiera al hijo para entregarlo al padre que lo visita, a fin de que, terminada ésta, se devuelva para entregarlo a su vez a quien tiene la custodia, es decir, al otro cónyuge. Tenemos que por desgracia, lo que ocurre es que luego de terminar la estabilidad matrimonial o roto el vínculo, los problemas que se suscitan con respecto al ejercicio de la custodia de los hijos provienen obviamen-

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

te de esa situación anormal.

Concepto: La palabra proviene inicialmente del verbo visitar que significa ir a ver a otra persona donde ésta se encuentre, por atención, amistad, amor o cualquier otro motivo.

Esa significación literal corresponde inicialmente a la acepción etimológica de la palabra, pero a medida que el derecho a ella ha ido estudiando la interpretación jurídica no tiene nada que ver con el significado idiomático.

En términos generales, el derecho de visitas comprende, no solamente lo aludido sino además poder retirar al menor de la vigilancia del guardador albergarlo en la casa de el titular del derecho a visitas, pasar con él las vacaciones.

6.2 PROCEDIMIENTO

De conformidad con el artículo 1o, del Decreto 206 de 1975, como se trata de un litigio entre los padres respecto al ejercicio de la potestad sobre los hijos, deberá tramitarse como procedimiento verbal, reglamentado por

el código de procedimiento civil, artículo 442 a 448, al igual que los otros procesos que se tramitan ante los jueces civiles de menores; en éste es obligatorio la intervención del defensor de menores y de todo el equipo de auxiliares del juez tal como trabajadora social y demás. En el proceso que tiene como finalidad la regulación de visitas, conocen los jueces de menores en primera instancia siendo viable la interposición del recurso de apelación, el profesor Marco Gerardo Monroy Cabra, considera que el juez para regular las visitas "debe tener en cuenta las condiciones de trabajo de los padres, la edad del menor, las condiciones de vida de los padres y las circunstancias de cada caso para ser un análisis del medio ambiente en que se desenvuelve el menor y su familia" (39).

---

(39) MONROY CABRA, MARIO GERARDO, Ob. cit. Pp. 147.

CAPITULO VII

ALIMENTOS

7.1 GENERALIDADES

Por razones de parentesco, vínculo conyugal o por grati - tud, la ley ha impuesto a determinadas personas y bajo ciertas circunstancias el deber de contribuir al soste - nimiento de otras por ejemplo: de los hijos, del cónyuge etc. por carecer de lo necesario para el sustento y es - tablecimiento adecuado". (40).

La ley no trae una definición de la palabra alimento, pe- ro podríamos decir : " Es una prestación económicamente valorable, encaminada a satisfacer las necesidades de subsistencia de una persona".

El término alimento comprende la comida, el alojamiento o vivienda, el vestuario, la educación, la atención médi- ca, la recreación, en otros términos lo necesario para

---

(40) I.C.B.F. Ob. cit., Sección proceso de alimentos. Pp. 3.

satisfacer las necesidades"(4).

Hablando ya en términos más genéricos podremos decir que los alimentos son una prestación económicamente variable, encaminada a satisfacer las necesidades de subsistencia de una persona. Es más, el concepto de alimento es tan importante que ve inclusive hasta el ámbito de procurarle al alimentario, si éste es menor de edad (18) años, la enseñanza de una profesión u oficio. Podemos decir que arregladas debidamente las relaciones de familia y estableci - da la prueba para justificarlas, la ley reconoce, establece y reglamenta el derecho que ciertas personas tienen para exigir de otras que le suministre lo necesario para vivir, cuando determinadas circunstancias no les permitan procurarlas por sí mismas. Entonces podemos decir que la obligación alimentaria nace o surge de relaciones de familia o de una convención.

El artículo 69 de la ley 83 de 1.946, dice "Que todo niño tiene derecho, por ministerio de la ley, a disfru - -

(41) Ibid, Pp.1.

tar de las condiciones necesarias para alcanzar su desa - rrollo corporal, su educación moral, e intelectual y su bienestar social. En consecuencia, los padres están obligados al sostenimiento de sus hijos. En caso de incumplimiento de éstas obligaciones, serán compelidos de acuer - do con las disposiciones de esta ley".

7.2 CLASES DE ALIMENTOS

La ley los divide en dos clases :

a) Congruos

b) Necesarios

Alimentos Congruos, de acuerdo con el art. 413 del Código Civil, son los que habilitan al alimentario para subsis - tir modestamente de un modo correspondiente a su posición social. No implica una norma fija sino que su tasación queda a criterio del juez, pues la idea de la "posición social", es algo vaga y más bien, debe atenderse a los medios económicos con que cuenta el obligado a suminis - trar los alimentos y no únicamente al costo de la vida co - mo sucede en los alimentos necesarios". (42)

---

(42) ANGARITA GOMEZ, JORGE, Derecho Civil, Representación de Incapaces. 2 Ed.Ediciones Rosaristas.Bogotá.1975 pp. 24.

Alimentos Necesarios, El artículo 413 del código civil, los define como lo que basta para sustentar la vida; los alimentos sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario, menor de 18 años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio; sin embargo, podrán pedir alimentos después de los 18 años las personas que por algún impedimento corporal o mental se hallen inhabilitados para subsistir de su trabajo y si posteriormente, se inhabilitaren, se revira la obligación de darles alimentos"(43). No solamente comprenda la comida sino también el alojamiento, vestuario y demás elementos necesarios para la vida, derecho que asiste primordialmente a los menores de 18 años, con establecimiento o adaptación al medio social, igualmente para los mayores incapacitados, pues son asimilados a aquellos". (44).

---

(43) I.C.B.F. Ob. cit. Pp. 2

(44) ANGARITA GOMEZ, JORGE, Ob. cit. P.p. 24-25.

7.3 SUJETOS DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA

Hay dos clases de personas :

a) Sujetos activos o alimentarios : Son las personas pobres que se hallan en imposibilidad de procurarse el sustento adecuado para vivir.

El art. 411 del Código Civil establece a quiénes se debe alimento cuando dice :

" 1) Al cónyuge
2) A los descendientes legítimos
3) A los ascendientes legítimos
4) Al cónyuge divorciado o separado de cuerpos, sin culpa.
5) A los hijos naturales (reconocidos) su posteridad legítima
6) A los ascendientes naturales
7) A los hijos adoptivos
8) A los padres adoptantes
9) A los hermanos legítimos
10) Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada".

b) Sujetos Pasivos - Alimentante

Se llama así a la persona obligada a dar los alimentos; son los parientes con recursos económicos que soportan la obligación de dar los alimentos, es decir, el cón - yuge aún el divorciado o separado por su culpa, los ascendientes legítimos o naturales, el padre o la ma - dre adoptante, el hermano legítimo, los descendientes legítimos y el hijo adoptivo, así como el beneficiario de una donación cuantiosa.

7.4 PROCEDIMIENTO

En los acápites anteriores hemos estudiado el concepto de alimentos, las clases de alimentos y los sujetos de la obligación alimentaria. Ahora estudiaremos las formas procedimentales que emplea el alimentario para hacer efectiva dicha obligación; esos medios son : a) Si el proceso de alimentos lo promueve un menor de 18 años, se tramita ante el juzgado civil de menores. b) Si se trata de un proceso de alimentos promovido para mayores de 18 años, se tramita ante un juzgado civil municipal, sin considera - ción a la cuantía.

7.4.1 Proceso Abreviado en Juzgados Civiles Municipales.

Primero podemos recordar que los procesos de alimentos, difieren según se trate de menores de 16 años a mayores de esa edad.

El de los primeros se tramita ante los jueces civiles municipales, en primera instancia y en segunda instancia ante los jueces civiles del circuito. Se son menores de la edad antes señalada, los jueces competentes son los jueces menores en única instancia y se tramitan como proceso verbales. No está por demás advertir que hay otros procesos en los cuales se ventilan y regulan alimentos, como son :

1) Proceso de divorcio, regulado por el art. 423 del Código de Procedimiento Civil, que fué modificado por el art. 27 de la ley 1/76.

2) Nulidad del matrimonio civil, regulado por los artículos 410 y423 del Código de Procedimiento Civil.

3) Separación de cuerpos, regulado por el art. 423 del Código de Procedimiento Civil, arts.165, 166, 168, y 176. del Código Civil modificado por la ley 1/76, eventos en los cuales debe decidirse en la sentencia, lo relativo a alimentos entre cónyuges y de los hijos comunes. Por el

momento solamente hemos enunciado sobre éstos procesos no son de alimentos y sin embargo, en su sentencia se regulan para los cónyuges y sus hijos comunes.

Como comentamos anteriormente, los procesos de alimentos en cuanto a mayores de 18 años se refieren, son exclusivamente competencia de los Jueces Civiles Municipales, lo cual se desprende del Art. 15 y 414, respectivamente, del Código de Procedimiento Civil, que expresan : Art. 15 " competencia de los Jueces Civiles Municipales, de los procesos de alimentos que no correspondan a los jueces de menores".

Art. 414 " Asuntos sujetos a su trámite. Se tramitan en 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 lo determinaron y restitución de pensiones alimenticias, salvo los que correspondan a los jueces de menores".

7.4.2 Proceso Verbal ante Juzgado de Menores

El proceso verbal se utiliza en Colombia para trámite del proceso ordinario de mínima cuantía, además es el

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

procedimiento que se emplea para solicitud y regulación de alimentos que se tramitan ante jueces de menores; este procedimiento aparece regulado por los juzgados de menores en la ley 83 de 1.956, especificamente en arts. 59 y siguientes que se encuentra en concordancia con los art. 32,34,35,36,37, y 38 de la ley 75 de 1.968. Los jueces de menores en el trámite de los procesos de alimentos puede decretar el embargo hasta del 50% del salario y demás prestaciones sociales a que tenga derecho el alimentante y puede optar por ésta decisiones en el auto que admite la demanda cuando ha solicitado alimentos provisionales para el alimentario.

7.4.3 Efectos de la Sentencia

La sentencia que los procesos de alimentos es de aquella que solo produce cosa juzgada, jornal, pero no se puede considerar que la sentencia en los procesos que nos venimos refiriendo haga trámites cosa juzgada, considerando esta desde el punto de vista material, porque de presentarse una modificación o desaparición de las condiciones fáticas, que originaron sentencia se puede solicitar en cualquier tiempo nueva petición de alimento o modificación de los ya decretados, como también la extinción de la obli

gación alimentaria.

De acuerdo con lo anterior, si un proceso de alimentos se impone al padre la obligación de suministrar a su hijo extramatrimonial el 30% del salario y prestaciones sociales, luego el hijo extramatrimonial es favorecido por el sorteo de una lotería millonaria, el padre puede solicitar al juez la extinción de la obligación a que estaba sujeto a pesar de existir una sentencia debidamente ejecutoriada que le impusiera dicha obligación.

7.4.4 Incumplimiento de la obligación

La ley ha previsto sanciones de orden civil y penal para quien infrinja la obligación de pagar alimentos.

" 1) El acreedor (alimentario) podrá embargarle y secuestrarle bienes al deudor (alimentante) incumplido, mediante un proceso ejecutivo.

2) Las sanciones civiles pueden resultar insuficientes, pues ocurre que el obligado se insolventa ficticiamente o empleado a quien se embargue abandone el cargo, la ley 75 de 1.968, en su artículo 40, creó el delito de abandono de la familia para quien sustraiga, sin justa causa,

a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria debidas a sus ascendientes, descendientes, hermanos o hijos adoptivos, o al cónyuge, aún el divorciado sin su culpa....."

La acción penal se suspenderá si el procesado garantiza bajo caución el cumplimiento de sus obligaciones por un lapso de dos años, pero si el beneficiado violare su obligación dentro de aquél lapso, la acción penal continuará sin lugar a nueva suspensión" (45).

7.4.5 Recursos

Sobre estos cabe manifestar que al contrario de los procesos que se tramitan ante los jueces civiles municipales los que se tramitan ante juzgado de menores, en cuanto a alimentos se refiere, son procesos de única instancia y en consecuencia el único recurso posible es reposición ante el mismo funcionario, entonces tenemos que las partes en el proceso de alimento que se surte ante los jueces de menores solo puede impundar los actos para que el mismo funcionario que lo dicte los reforme, lo adicione lo revoque y en ningún caso se pude interponer el re-

curso de apelación contra auto ni contra la sentencia; lo cual se ejecutoría para cumplir con la formalidad legal y no para brindarle la posibilidad de interponer recurso dentro del término de ejecutoria a la parte que haya sido desfavorecida con la sentencia.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

CAPITULO VIII

TUTELAS Y CURADURIAS

8.1 CONCEPTO

El art. 428 del Código Civil los define como "cargos im - puestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pue den dirigirse asi mismo, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o ma - rido, que pueda darles la protección debida.
Las personas que ejercen éstos cargos se llaman tutores o curadores y generalmente guardadores". Las guardas son instituciones establecidas por la ley con el propósito de proteger a las personas y los bienes de los que por algu- na razón no tienen capacidad para dirigirse asi mismo, o administrar competentemente sus negocios". (46)

8.2 SUJETOS DE LAS GUARDAS

---

(46) AMEZQUITA DE ALMEIDA, JOSEFINA, Ob, cit. Pp. 119.

En toda guarda hay dos clases de sujetos : a) Los activos b) Los pasivos.

Las personas que ejercen la guarda son los sujetos activos y se llaman tutores o curadores, y en general, guardadores; es decir, que éstos serán los representantes legales de los incapaces emancipados y los encargados de la dirección, crianza y educación de los pupilos.

Sujetos Pasivos : "Están sujetos a tutela los impúberes" art. 431 del Código Civil; los menores,adultos no habilitados son sujetos de curatela general, los pródigos,los dementes que han sido puesto en entre dicho de administrar sus bienes, y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (art.432 Código Cívil).
Los sujetos a tutela o curaduría se llaman pupilos. Art. 436 Código Civil.

Tutor o Curador : Es el representante legal del incapaz y el encargado de la dirección de la persona del pupilo. Debe ser plenamente capaz para administrar sus propios bienes.

8.3 GUARDADORES

A los guardadores se les impone el cargo en favor de los pupilos; para qué sean los representantes legales de los incapaces emancipados y los encargados de la dirección, crianza y educación de pupilos". (47). Por lo tanto los guardadores deben ser personas capaces de administrar sus propios bienes.

Su finalidad es la de representar al incapaz y a los menores de 18 años, darles asistencia. Esta asistencia y representación se le dará a los menores de 18 años que carecen de padres y por lo tanto no tienen quien cumpla con las obligaciones de cuidado personal y las emanadas de la patria potestad. Se aplica a los mayores de 18 años, que necesitan protección por ser incapaces, tales, como; enfermos mentales, sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito y los disipadores en interdicción.

---

(47) ANGARITA GOMEZ, JORGE, Ob. cit. Pp. 97.

8.3.1 Clases

Indudablemente es de suma importancia saber que por la edad del pupilo, por el origen, por los sujetos tanto activos como pasivo, por razón de las facultades del guardador, las guardas, pueden ser de distintas clases así :

A) Por razón de la edad tenemos en tutelas, para los impúberes, la mujer de 12 años y el varón menor de 14 años (Art. 431 Código Civil).

Curatelas para los púberes, mujeres entre doce y dieciocho años y varones entre catorce y dieciocho años. Además, para los que han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (Art. 432 Código Civil)

Por razón de su origen, en testamentaria, legítima o dativas :

a) Testamentarias : "Con el fin de que la representación, tanto personal como patrimonial del pupilo, sea lo más eficaz posible, la ley prevee que quienes ejercen la patria potestad pueden nombrar tutor o curador para los hijos, no solo de los ya nacidos sino de que se hallan aún en el vientre materno, para el caso de que nazcan vi-

vos" (48). Estas guardas testamentarias son las que se constituyen por testamento, solo los padres legítimos pueden nombrar tutor o curador por testamento; también podrá nombrar tutor no solo para los hijos nacidos vivos para el que está por nacer. Pueden nombrar curador por testamento a los menores adultos que no han obtenido habilitación para administrar sus bienes y a los adultos de cualquier edad que se hallen en estado de demencia o sean sordomudos que no entiendan, no se den a entender por escrito. No tienen derecho a nombrar tutor o curador por testamento el padre o la madre a quienes se les haya suspendido la patria potestad por mala administración; haya sido removido judicialmente de la guarda del hijo.

Los padres naturales si viven juntos pueden nombrar por testamento tutor o curador. "Cuando haya varios pupilos y guardadores, todos deberán ejercer la guarda de común acuerdo, mientras el patrimonio permanezca indiviso; pero si se divide el patrimonio, se dividirá la guarda por éste hecho y cada uno deberá ejercer sus funciones indepen-

---

(48) AMEZQUITA DE ALMEIDA, JOSEFINA, Ob. cit. Pp. 205.

dientes. El cuidado de la persona de cada pupilo corresponde exclusivamente a su respectivo tutor o curador,aún durante la indivisión del patrimonio"(Código Civil Art. 452 y S.S.)". (49).

También por testamento se pueden nombrar a varios tutores o curadores para que se sustituyan o sucedan uno a otros, y establecida la sustitución o sucesión para un caso particular, se aplicara a los demás en que falte el tutor o curador a menos que manifiestamente aparezca que el testador ha querido limitar la sustitución o sucesión del caso o casos designados. (Art. 454 Código Civil).

Los padres naturales si viven juntos pueden nombrar por testamento tutor o curador; si no viven juntos este derecho lo tendrá el padre que tenga a su cuidado el hijo.

Cualquier persona puede nombrar tutor o curador por testamento o por acto entre vivos siempre que done al pupilo alguna parte de sus bienes que no se le deba a título de legítima y se llama curador especial.
Esta guarda se limitará a los bienes que donan o dejan al pupilo

---

(49) Ibid. , 206

b) Legítima : Es la que se confiere por la ley a los pa - rientes o cónyuges del pupilo, y tiene lugar cuando falta o expira la testamentaria (Código Civil, Art. 443, Inc.3 y 456).

Son llamados a tutela o curadería legítima :

1) El cónyuge, siempre que no esté divorciado ni separa do de cuerpos, o de bienes por causa distinta al mutuo consenso.

2) EL padre o la madre, y en su defecto los abuelos legí- timos.

3) los hijos legítimos o extramatrimoniales.

4) Los hermanos del pupilo y los hermanos de los ascen - dientes del pupilo.

c) Dativa : La guarda dativa tiene lugar cuando no haya guarda testa :taria ni legítima; cuando se retarda por cualquier causa el discernimiento de una tutela o curade- ría, o durante ella sobreviene un embarazo que por algún tiempo impida al tutor o curador seguir ejerciéndola, Sal- vo que haya otro guardador que pueda suplir la falta. La

guarda dativa puede ser interina, cuando el anterior tutor o curador pueda continuar ejerciendo el cargo después de transcurrido un tiempo.

El tutor o guardador dativo son nombrados por juez, luego de oir a los parientes del pupilo; debemos tener presente que para la provisión de guardas legítimas o dativas de menores conocen los jueces de menores, y que en la asignación del guardador dativo se preferirá a la persona que indique el defensor de menores. Como se observa en la guarda testamentaria, es el testador quien escoge al guardador, en la legítima la asignación la hace el juez y en la dativa, es provisto por el después de haber oído a los parientes del puplio, pero en caso de existir curador adjunto el juez le prefiere para la designación, según lo contempla el art. 462 del Código Civil, inciso 2o.

B) Por razón del sujeto de las guardas, son singulares o plurales.

Aunque el principio general o normal es el que la guarda sea única , es decir, un solo guardador y un solo pupilo, el artículo 437 del Código Civil consagra la pluridad al establecer : "podrán colocarse bajo una misma tutela o curaduría dos o más individuos, con tal

que haya entre ellos indivisión de patrimonio. "Que divididos los patrimonios, se considerarán tantas tutelas y curaderías como patrimonios distintos, aunque las ejerza una misma persona".

"Una misma tutela o cuaradería puerde ser ejercida conjuntamente por dos o más tutores o curadores". (50).

8.3.2 Requisitos para ejercer el cargo

Nuestro código, en su título XXIII del libro I, regula las obligaciones y formalidades que preceden al ejercicio de la tutela o curaduría.

El tutor o curador debe prestar fianza o caución.

El discernimiento de la tutela o curatela.

El tutor o cuarador está obligado a intervenir solamente los bienes del pupilo dentro de los 90 días subsiguientes al discernimiento y antes de efectuar algún acto adminis-

---

(50) ANGARITA GOMEZ, JORGE, Ob. cit, PP. 106.

trativo.

Fianza : Es la primera formalidad que deben cumplir los guardadores para la administración, sin ella el juez no podrá hacer el discernimiento.

El cónyuge, los ascendientes y descendientes legítimos, los tutores y curadores interinos y los que se dan para un negocio particular, sin administración de bienes, según el art. 465 del Código Civil, están exceptuados solamente de prestar fianza, los demás están obligados a cumplir este requisito. También establece el inciso final del citado artículo, que también pueden ser relevado de la fianza, cuando el pupilo tuviere pocos bienes, el tutor o curador fuere persona de conocida probidad y de bastante facultades para responder de ellos.

El Discernimiento : Es la autorización que hace el juez al tutor o curador una vez que ha prestado la fianza para que ejerza el cargo.
El objeto del discernimiento es determinar el día en que comienza la administración de los bienes del pupilo y por lo tanto la fecha en que comienza la responsabilidad del

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

guardador. Los actos del tutor o curador que aún no han sido autorizados por el decreto de discernimiento son nulos. Pero una vez obtenido el decreto validará los actos anteriores de cuyo retardo hubiera resultado perjudicado el pupilo.

Inventarios: El inventario es un acto solamente que la ley exige que debe ser hecho ante Notario y público testigo, debe contener una relación exacta de los bienes raices y muebles del patrimonio del pupilo, particularizando o individualizando uno a uno, o señalándolos colectivamente los que consisten en número, pesas o medidas, expresados la cantidad, calidad, debiéndose hacer las explicaciones necesarias para poner en cubierto las responsabilidad del guardador..

Comprenderá así mismo, la relación de títulos de propiedad, escrituras públicas y privadas, los créditos y deudas del pupilo si existieren, comprobantes, además de los libros de comercio o cuentas, asi lo establecen los art. 471 y 472 de nuestro Código Civil.

8.3.3 Facultades

Quienes ejercen las funciones de estos cargos tienen la

obligación de representar y asistir a los incapaces tanto en lo referente a sus bienes como a su persona (Código Civil Art. 430).

La guarda es una institución que suple la incapacidad de las personas.

Existen las siguientes curadurías, para casos especiales:
a) Generales : Comprenden no solo los bienes de la persona sometida a ella, como es el caso de los menores no emancipados, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, los pródigos y dementes puestos en interdicción judicial (Código Civil, Art. 430 y 432).

b) Las Curadurías especiales : Esto es, las que se dan para "negocio particular" (Código Civil Art. 435). Dentro de ésta clase de curaduría se incluyen los curadores ad-litem- que son personas que designa el juez dentro de un proceso judicial, cuando falta el respectivo representante legal o está impedido o ausente, porque determinada persona no se presenta, o porque ha sido insinuado por una persona relativamente incapaz; (Código Civil Art. 435, Código de Procedimiento Civil, art. 45" (51).

---

(51) Ibid. Pp. 208.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

c) La curaduría de Bienes : El artículo 433 del Código Civil nos la define : Curadores de bienes los que se dan a los bienes del ausente,a la herencia yacente y a los derechos eventuales del que está por nacer".

Según el texto del art. 481 del Código Civil, "El tutor o curador administra los bienes del pupilo, es obligado a la conservación de éstos bienes y a su reparación y cultivo. Su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive.

d) Curadurías adjuntas : Son "las que se dan a ciertas personas sometidas a potestad de padre o madre o bajo tutela o curaduría general, para que ejerzan una administración separada". Cuando se priva al padre o la madre de la administración de los bienes del hijo, la provisión del curador adjunto se hace según lo regulado por los artículos 440, 442, 443 del Código Civil.

Los guardadores están obligados a invertir los bienes del pupilo dentro de los noventa (90) días siguientes al discernimiento y antes de tomar parte alguna en la administración (Código Civil, Art. 468,469,470).

8.3.4 Término

Los cargos de guarda pueden ser permanentes, cuando la guarda no tiene condición alguna, e interinos, en el caso de que estén sometidos a una condición, según el art. 631 del Código Civil "Se nombra tutor o curador interino para mientras penda el juicio de remoción".

El interino excluirá al propietario que no fuera ascendiente, descendiente o cónyuge; y será agregado al que lo fuere" Cuando exista incapacidad en una persona que ha sido nombrada tutora o curadora, o cuando la incapacidad sobreviene después de su nombramiento, este hecho debe denunciarse oportunamente al respectivo juez. Cuando la incapacidad se presenta antes del ejercicio del cargo, debe denunciarse dentro de los 30 días siguientes a aquel en que se hizo nombramiento, si el guardador reside en el mismo territorio en que reside el juez. En caso contrario, se ampliará el plazo, a razón de cuatro días por cada cincuenta kilómetro de distancia entre la ciudad cebecera de dicho territorio y la residencia actual del tutor o curador nombrado. Cuando se trata de incapacidad sobreviniente durante el ejercicio del cargo deberá denunciarse dentro de los tres (3) días siguientes a aquel en que

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

dicha incapacidad ha empezado a existir o hubiera llegado a conocimiento del guardador.(Código Civil, art. 586,600 a 608). (52).

8.3.5 Remuneración

El tutor o curador tendra como remuneración la décima parte del los frutos de los bienes del pupilo que adminis - tra. Dice el primer inciso del artículo 614 del Código Civil, esos frutos pueden ser naturales, como el producto de las canteras y las minas.
Si hay varios tutores, la décima parte se dividirá por partes iguales entre ellos.

Excepciones : 1) El tutor o curador no tendrá derecho a remuneración : a) Si los bienes del pupilo son tan escasos que apenas alcanza para su subsistencia. Si adquiere bienes posteriormente el guardador no tendrá derecho a exigir por su administración pasada. Art. 622 del Código Civil.

---

(52) Ibid, PP. 209 y 210.

b) Cuando el patrimonio del menor produjera frutos pero tenga que invertirse en gastos necesarios y urgentes o cuando produjere, pero muy exiguos. En este caso el juez equitativamente fija la remuneración.

c) Los curadores de bienes, de ausentes, los curadores de los derechos eventuales de un póstumo, los curadores de una herencia yacente y los curadores especiales no tienen derecho a la décima. Se les asignará por el juez o prefecto una remuneración equitativa sobre los frutos de los bienes que administran o una cantidad determinada en recompensa de su trabajo", (art. 626 del Código Civil).

8.4 Guardas legales o de derecho

"Las guardas siempre son legales o derecho, por consiguiente, las tutelas y curatelas deben ser autorizadas y discernidas por el juez, y las personas llamadas a ejercerlas deben llenar determinados requisitos legales, prestar fianza y hacer inventario. De manera que cualquier representación o administración que se pretenda hacer sin someterse al régimen establecido por la ley, es completamente irregular y no puede entrar en el campo del derecho".

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

8.5 Reglas Generales referentes a las guardas

Las guardas se hallan sometidas a regla generales, que se pueden sintetizar de la siguiente manera :

a) La guarda es una institución que suple la incapacidad de las personas, su finalidad es representar al incapaz y a los menores de 18 años, que carecen de padres y por lo tanto no tienen quien cumpla con las obligaciones de cuidado personal y las emanadas de la patria potestad. Se aplica a los mayores de 18 años que necesitan protección por haber caído en incapacidad tales : Enfermos mentales, sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito, los disipadores en interdicción.

b) Quienes ejercen las funciones de éstos cargos tienen la obligación de representar, asistir a los incapaces tanto en lo referente a sus bienes como su persona. (Código Civil, art. 430).

CAPITULO IX

ASPECTO PENAL

9.1 GENERALIDADES

El capítulo noveno de ésta monografía está dedicado al estudio de las normas que el legislador de 1.980 consagró en el Código Penal y que tienen como finalidad la protección de los alimentos a que tienen derecho el menor y así mismo la defensa de los bienes de los menores de la mala administración de sus padres y guardadores.

El Código Penal de 1.980 ; Dedica el título noveno de la parte especial al estudio de los delitos contra la familia correspondiéndole al capítulo cuarto los delitos contra "asistencia alimentaria" son delitos que atentan contra la asistencia alimentaria. Art. 262 la inasistencia alimentaria, y malversación y dilapidación de bienes, ellos serán objeto de estudio en ésta parte de esta investigación dirigida. Nuestro Código Penal y las legislaciones especiales de menores no distinguen entre delitos cometidos por menores (imputables por la edad) y de delitos come

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

tidos por mayores (imputables), por ésta razón solo haremos una subcinta explicación del procedimiento que se sigue ante los jueces penales de menores "Delincuentes"

9.2 INASISTENCIA ALIMENTARIA

El art. 263 Código Penal describe la inasistencia alimentaria en los siguientes términos :"El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrida en arresto de seis (6) a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos ($1.000.= a $100.000.=); como antecedentes de ésta disposición podemos mencionar el artículo 4º de ésta ley 75 de 1968 que és del siguiente tenor "quien se sustraiga, sin justa causa a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria debidos a sus ascendientes, descendientes, hermanos e hijos adoptivos,al cónyuge, aun divorciados, sin culpa o que no haya incurrido en adulterio estará sujeto a la pena de seis (6) meses a dos (2) años de arresto y multa de mil pesos ($1.000.oo) a ($50.000,oo).

Como se puede ver la ley 75 de 1.968 tipificaba como punible la inasistencia tanto moral como alimentaria, el Códi-

go Penal vigente solo establece la inasistencia alimentaria.

9.2.1 Circunstancia de Agravación Punitiva

El art. 264 del Código Penal contempla una circunstancia de agravación punitiva para cuando el obligado a prestar alimentos, fraudulentamente oculta, disminuye o grava su renta o patrimonio.

Esta circunstancia de agravación no la contempla la ley 75 de 1968, ni el ante proyecto ni el proyecto del Código Penal.

9.2.2 Reiteración

El artículo 265 del Código Penal, estudia la reiteración en los siguientes términos " La sentencia condenatoria ejecutoriada no impide la iniciación de otro proceso si el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria". Por la misma naturaleza de la pretención protegida por la norma que tipifica la inasistencia alimentaria.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

El legislador extraordinario de 1.980 consideró que en ciertas cosas hecho de haberse dictado sentencia condenatoria no impide la iniciación de un nuevo proceso si el responsable incurría nuevamente en inasistencia alimentaria, consideró el profesor ANTONIO VICENTE ARENAS, que la norma en comento "es una excepción al principio consagrado en el art. 9" (53).

9.3 MALVERSACION Y DILAPIDACION DE BIENES

Es otra de las conductas que atentan directamente contra el menor, específicamente disminuyéndole su patrimonio;en efecto nos dice : El art. 266 del Código Penal que incurre en ésta infracción "El que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de patria potestad, tutela, 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.

---

(53) ARENAS, VICENTE ANTONIO, Comentarios al nuevo código Penal. Temis. Bogotá. 1981.

Al igual que a la inasistencia alimentaria la malversación y dilapidacion de bienes,es un delito de mera conducta y de peligro por las razones que anotábamos al comentar la inasistencia alimentaria en cuanto a su análisis estructural hay que anotar que el sujeto activo de éste delito, es cualificado jurídico derecho privado y que por esto solo pueden comentar esta infracción los padres, porque son quienes ejercen la patria potestad, sobre sus hijos familia, y por ellos tienen la administración y el usufructo legal sobre los bienes del menor al igual que los padres cometen este delito los guardadores (tutores o curadores), quienes administran bienes de incapaz, por tener la calidad del tutor o curador respecto al incapaz.El Sujeto pasivo "del hecho punible que estamos comentando es cualificado jurídico derecho privado y en términos generales es quien tiene la calidad de incapaz por la edad, o por otra causa la conducta anti-jurídica está constituída por malversar o dilapidar los bienes que administre.

El tipo presenta dos verbos rectores : Malversar y Dilapidar al estudiar los verbos rectores de ésta conducta jurídica punible nos dice el profesor ANTONIO VICENTE ARENAS, que los términos dilapidar y malversar expresan una acción más amplia que malversar y es por consiguiente el

el verbo más apropiado para indicar el hecho de malgastar disipar o desperdiciar los bienes del hijo guarda o patria potestad.

Es de anotar que para estar en presencia de éste delito, es necesario que el hecho no constituya por si solo otro delito.

9.4 QUERELLA

La investigación de los delitos se inicia oficiosamente por querella, la regla general es que se inicia oficiosamente pero excepcionalmente se inicia por querella, en aquellos casos que el legislador expresamente lo disponga en el caso de los dos delitos arriba estudiados requiere para su investigación de querella por disponerlo así el art. 267 del Código Penal.

El proceso penal de menores se inicia por regla general, cuando se dan los presupuestos establecidos en el art.481 del Código de Procedimiento Penal.

Para dictar auto de llamamiento a juicio o auto de procedimiento, no se dan las etapas llamadas en el ordinario sumario y juicio, sino que toma una sola forma que com

pendian ; así podemos llamarlo, el sumario y el juicio de la justicia ordinaria.

La función del Juez de Menores ante de ser una función represiva, es protectora del menor. Sobre hechos que debe investigar el funcionario protector del menor (juez), hay en doctrinas controversias por una parte están quienes dicen que el juez de menores solo debe conocer de los delitos cometidos por menores; éste punto de vista equipara al juez de menores con el juez ordinario; siendo que entre ellos existen unas diferencias, siendo lo fundamental que el juez ordinario cumpla represiva y el juez de menores, tiene como función proteger al menor que se encuentre en peligro, físico o moral y en conducta regular. Quienes se apartan de ésta concepción consideran que el juez de menores debe conocer de las faltas de los menores, la forma delitos o contravenciones, éste porque sí la función del juez de menores es proteger al menor, debe hacer tanto un mal mayor a otro menor.

CONCLUSIONES

Hemos dedicado el presente trabajo al estudio de la situación del menor en el derecho colombiano, tratanto de resaltar los aspectos más importantes de la materia. El estudio del menor en la Legislación Colombiana se inicia con la Ley 83 de 1946, pilar jurídico este, de gran importancia para el derecho del menor por ser ella la primera ley que brinda al menor protección no solamente alimentaria sino también de orden de integridad física y moral.

El menor en nuestra legislación es objeto de protección cuando se encuentra en una situación irregular de abandono físico o moral, cuando ha incurrido en un hecho punible o antisocial o por hallarse en un estado de peligro, entonces, ante una de esta circunstancias entra a operar el ordenamiento jurídico para librar al menor de los males que le producen alguna de éstas eventualidades; sinembargo, el estado carece de medios idóneos para evitar la contaminación del menor en una situación irregular, por eso creemos que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, debe crear los mecanismos conducentes a salvaguardar a los menores que lleguen o esten en una de las situaciones que arriba mencionamos.

La legislación vigente permite a todo ser huamno saber quiénes son sus padres y que éstos cumplan con sus debe - res que les corresponde, por eso se ha creado las accio - nes de investigación e impugnación de la paternidad; de ahí la necesidad de estudiar en esta monografía las accio nes antes mencionadas, cuando por algún motivo el proge - nitor se encuentra renuente al reconocimiento del hijo ex tramatrimonial, o cuando existiendo un matrimonio nace un hijo que no es del esposo o cónyuge. Establecida la vin - culación consanguínea correspinde a los padres correr con los gastos de establecimiento y sostén de sus hijos pero, como suele presentarse, con mucha regularidad, los padres incumplen con esta obligación y la ley pone a disposición del menor el medio para obtener el cumplimiento de la obli gación alimentaria, este medio es el proceso verbal ante los jueces de menores.

Por la misma naturaleza de la pretensión que se ventila en los procesos de alimentos, pensamos que para el mejor lo - gro de su finalidad, no solamente debe crearse más juzga - dos sino que el procedimiento debe ser totalmente verbal, esto es, para iniciación del mismo, basta con la versión verbal elevada a acta en el juzgado, y cuando fuere el ca- so el Juez puede iniciar oficiosamente el proceso respecti- vo.

Vemos con buenos ojos la reforma de la Ley 29 de 1982, que estableció la igualdad hereditaria entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, debe hacerse efectiva en todos los aspectos.

Con la misma intensidad de los temas referidos anteriormente se estudia instituciones como la adopción, que en la actualidad presta una gran utilidad al derecho del menor, al dotar de un hogar al niño desamparado por alguna razón se encuentra privado de él.

Los cuidados personales, la regulación de visitas es materia que ha tomado mucha importancia por la misma situación de crisis de la Institución matrimónial, por ello ocupa el lugar destacado en esta investigación, siendo el medio para evitar el distanciamiento de padres e hijos, hecho éste que obliga al legislador a crear disposiciones que permitan la agilidad de estas instituciones.

Hay ocasiones en que la conducta de los padres es lasiva de los intereses de sus hijos, siendo por ello responsable de la comisión de hechos punibles.

El Código Penal estudia los eventos en que los padres atentan contra los intereses de sus hijos, con relación con esto creemos que con las nuevas reformas penales se va hacer más efectiva la protección de estos intereses; esto porque el Decreto Ley 1853 de 1.985 establece como medida de seguridad para estos casos la conminación y la caución. En términos generales estos son los aspectos más sobresalientes de nuestro trabajo de grado.

BIBLIOGRAFIA

AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina, Lecciones de Derecho de Familia, Bogotá. 1983. Temis.

ANGARITA GOMEZ, Jorge, Derecho Civil Representación de Incapaces. Ediciones Rosaritas 2a. Ed. 1975.

ARENAS, Vicente Antonio, Comentarios al Nuevo Código Penal, Temis. Bogotá. 1981.

CAÑON RAMIREZ, Pedro, Derecho Civil, Librería Jurídica Wilches, Bogotá. 1981.

GALVIS MADERO, Luis, Juzgados de Menores y Delincuencia Infantil, Editorial Kelli. 1968.

JIMENEZ ANGEL, Gerardo, Metodología y Técnica de la Investigación. Bogotá. 1.980.

LEVI, Sergio, El niño abandonado. Buenos Aires, Editorial Alfa, 1958.

MARTINEZ LOPEZ, José Antonio, Aspecto Socio-Jurídico del Menor de Conducta Irregular. Editorial. Col Ltda., 1979.

MEDELLIN, Carlos, Lecciones de Derecho Romano, Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1980.

MONROY CABRAS, Marco, Derecho de Familia, Temis Bogotá. 1979.

ORTEGA TORRES, Jorge, Código Civil, Editorial. Bogotá.19

OSPINA GARCIA, Ignacio, Código de Familia Concordato. Ec torial. Bogotá. 1979.

PEREZ ESCOBAR, Jacobo, Metodología y Técnica de la Inves tigación Jurídica. Segunda Edición. Bogotá. 1977.

SUAREZ FRANCO, Roberto, Derecho de Familia, Tomo L. Edi torial Temis. Bogotá. 1981.

VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho de Familia. Tomo V. Bogotá Sexta Edición. 1983. Editorial Temis

Código de Procedimiento Civil, Editorial Temis.Bogotá.19

Derecho de Menores, Librería Jurídica Wilches. Primera E ción. Bogotá. 1983.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Circular sin número, Grupo Nacional de Adopción.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA