

AN
T
D346.2
R283
P. 2

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
LA REPRESENTACION LEGAL DEL MENOR
No.
Valor
Tesis de grado.
Fecha
Fsc.
Comp.

LUIS ANTONIO AGUILAR TORRES

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
PROCESOS TECNICOS

Pasto 1.982

AN

T

D346.2

H283

Ej. 2

Presidente de Tesis:

Doctor PROFESORES
A MIS PADRES
JOSE ANTONIO BOLAÑOS
A MIS HIJOS.

DECLARACION

Faded text, likely the main body of the declaration or a preface, containing several paragraphs of illegible text.

A MIS PROFESORES

A MIS PADRES

A MI ESPOSA

A MIS HIJOS.

Y A MÍ

hace responsable
sus escritos en
la forma en que
dejaré como propios de su autor"

(Acuerdo No. 108 de 1.965, Artículo 90 del Reglamento Interno de la Facultad)

Faded text at the bottom of the page, possibly a signature or additional notes, which is mostly illegible.

I. INTRODUCCION

1. CONCEPTOS GENERALES DE LA TESIS Y GUARDIA

- A. Definición de la tesis
- B. Estructura de la tesis
- C. Función de la tesis
- D. Tipos de tesis
- E. Normas de redacción
- F. La tesis como instrumento de aprendizaje
- G. La tesis como instrumento de evaluación

II. METODOLOGIA DE LA TESIS

- A. Selección del tema
- B. Búsqueda de información
- C. Organización de la información
- D. Redacción de la tesis
- E. Revisión y corrección
- F. Defensa de la tesis
- G. Evaluación de la tesis

"La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la Tesis, las cuales deben considerarse como propias de su autor"

(Acuerdo No. 108 de 1.965, Artículo 70 del Reglamento interno de la Facultad)

V.	CONSTITUCION DE LAS TUTELAS Y CURATELAS.....	52
	A. La Fianza.....	52
	B. Discernimiento de la Tutela y la Curatela.	53
	C. Inventario de los bienes administrados....	54
VI.	FUNCIONES DEL TUTOR Y DEL CURADOR.....	58
	A. Naturaleza de la Obligación de Administrar	58
	B. Contenido de la Obligación de Administrar.	59
	C. Responsabilidad de Tutores y Curadores....	64
	D. Remuneración de los Tutores y Curadores...	66
	E. Rendición de cuentas.....	68
VII.	REGLAS ESPECIALES DE LAS CLASES DE GUARDAS... 75	
	A. Tutela de Impúber.....	75
	B. Curaduría del Menor Adulto.....	76
	C. Curaduría del Enfermo Mental.....	77
	D. Curaduría del Disipador.....	78
	E. Curaduría del Sordomudo.....	79
VIII.	CURATELAS ESPECIALES.....	81
	A. Curadores de Bienes.....	81
	B. Curadores Adjuntos.....	85
	C. Curadores Ad Litem.....	86
	D. Tutelas y Curatelas de Hecho.....	87
	1- Noción y clases de guardas de hecho.....	87
	2- Régimen jurídico de las guardas de hecho	90
	3- Necesidad de reformar el derecho Tutelar	92
	4- Instituto Colombiano de Bienestar Fami -	
	liar.....	94
	CONCLUSIONES.....	97
	BIBLIOGRAFIA.....	109.

A través de la historia, la institución de la guarda de familia es una rama determinante del derecho romano. Incluso en nuestra legislación se conservan algunos rasgos de esta etapa brillante del derecho antiguo y permanecen aún en los legisladores de estados modernos de distinta tendencia social, económica y política.

INTRODUCCION

En el análisis jurídico de los innumerables temas que dentro del estudio de la carrera del derecho se pueden elegir, todos sin lugar a dudas presentan aspectos interesantes, controvertidos algunos o bien por ser un rezago de legislaciones vetustas o ya sea por lo novedoso del desarrollo jurídico de un sistema que en ocasiones pretendiendo legislar con premura sobre aspectos trascendentales, se cometen desaciertos en perjuicio de los asociados por lograr conseguir fines loables.

El presente trabajo se orienta ante todo, a ampliar en una forma más concreta los conocimientos adquiridos, realizar algunos pequeños aportes sobre los diversos temas que con la denominación: La representación legal del menor, me he propuesto adelantar.

El criterio de "Patria Potestad" que utiliza nuestro régimen civil hoy mandado a recoger por un concepto diferente como el utilizado por el sistema civil francés con el nombre de "Potestad Parental" cuyo objeto primordial es la protección del menor desde todos sus ángulos. El concepto de la guarda como un término genérico que encierra dos aspectos interesantes: los tutores y los curadores, los cuales se excluyen con la mal llamada "Patria Potestad".

A través de la historia, la institución de la guarda señala una marcada determinante del derecho romano. Incluso en nuestra legislación se conservan algunos rasgos de esta etapa brillante del derecho antiguo y permanecen aún en las legislaciones de estados modernos de distinta tendencia social, económica y política.

El desarrollo de las relaciones sociales, especialmente las familiares, dan origen a un cúmulo de situaciones que bien podrían considerarse jurídicas y extra-jurídicas, porque si bien las jurisdicciones existentes, tienen directrices en las relaciones que surgen en el seno de la familia pero no siempre la conducta de los integrantes de ella pueden estar bajo el marco jurídico de la ley, y surgen derechos y obligaciones innatas a la constitución de una sociedad familiar que bien podría denominarse, dada su organización, el gobierno familiar, tratando aquí ante todo desde el punto de vista legal.

Quizá uno de los conceptos jurídicos tratados con mayor profundidad, es el estudio de las tutelas y curatelas, ya que alrededor de ellas el régimen civil le ha dedicado una amplia reglamentación, ante todo casuística y no de conjunto, sin embargo hasta que no haya una reforma sustancial es interesante conocer sus similitudes, diferencias, los sujetos, requisitos exigidos por la ley; la cual es exigente en cuanto al formalismo de la constitución de los tutores o curadores, pero muy pocos mecanismos tiene para ejercer el control efectivo de estas disposiciones.

Los guardadores tienen como función educar, orientar y establecer al pupilo en subsidio de familia, implica su naturaleza, un contenido, la responsabilidad, la forma de remuneración por los servicios prestados, aunque en algunos casos ello no sea posible. Como en toda actividad humana, es necesario al finalizarla o en el ejercicio de ella hacer una evaluación, igual acontece con los guardadores que deben rendir cuentas de su gestión con las consecuencias que ella conlleva.

Se plantean una serie de reglas especiales para las

distintas clases de guardas, pues es bien conocido que los incapaces lo son por diversas circunstancias como - la edad, la capacidad sicofísica y aún vicios en la administración del patrimonio familiar.

En la estructura del derecho de familia, existen - en cada uno de sus capítulos las excepciones y apartes - que se consideran especiales, en las guardas se las estudia según sean los bienes, el número de personas o - bien cuando el juez para cumplir con un mandato, y ante todo para buscar garantías del menor en un proceso, se precisa nombrarle un curador.

Al margen de la ley en todos los campos, se presen - tan situaciones de hecho y en la representación del menor no podía ser la excepción y es lógico que cuando - hay de por medio bienes que según las circunstancias - pueden llegar estas situaciones de apariencia a origi - nar una realidad jurídica por la buena fe. Desde luego que las normas legales no pueden ser ajenas de ninguna - manera y en defensa de los intereses del menor entran a reglamentar estas situaciones para evitar el menoscabo - del patrimonio del pupilo.

Finalmente se hacen algunas anotaciones, tendien - tes a plantear la reforma del derecho tutelar y las fun - ciones que debe cumplir el Instituto Colombiano de Bien - estar Familiar, con duyendo con algunas inquietudes - que se hacen indispensable tratarlas sobre el actual - sistema que rige la representación legal del menor.

CONCEPTOS GENERALES DE POTESTAD
PARENTAL Y GUARDA

Capítulo I

En la sociedad familiar surgen gran cantidad de de-
rechos y obligaciones en forma recíproca y entre los di-
versos derechos que forman la potestad de los padres so-
bre los hijos, hay uno que sobresale con especial impor-
tancia y con características cada vez más definidas y -
es la conocida anteriormente como patria potestad, lla-
mada hoy en los diferentes tratados sobre el derecho de
familia como potestad parental.

En el antiguo derecho romano, la patria potestad -
tenía como características de ser un conjunto de dere-
chos que le pertencían al padre sobre la persona y los
bienes de sus hijos legítimos; de este criterio se deri-
van su nombre que ha trascendido a través de las distin-
tas legislaciones.

"El paterfamilias del derecho clásico romano tenía
atribuciones que en ningún caso podía ejercer la madre,
y estos derechos en cabeza del jefe de familia jamás se
le extinguían, salvo que el padre emancipara al hijo" -
(1)*. Es bueno señalar que en el mencionado derecho ro-
mano se produjo un cambio importante en esta institu-
ción, y esa transformación fue consagrada en la legisla-
ción de Justiniano.

Sin detenerse este proceso evolutivo, la patria po-
(1)*. P. Van Vetter, Pandectos, vol, V, pag 584

potestad llegó a considerarse en el derecho pos-justiniano como un "officium" o deber y no como un poder absoluto. Con fundamento en este punto de vista, el padre no podía ya vender a su hijo, ni menos disponer de su integridad física como matarlo y le asistía el derecho de corrección, en cuyo caso si podía, si era necesario, solicitar el auxilio de la autoridad.

Respecto a los bienes del hijo, la potestad del padre en el derecho romano fue absoluta, de tal forma que aquel adquiría la plena propiedad en todos los bienes que el hijo hiciera; pero a partir del emperador Constantino, este criterio absolutista comenzó su evolución, puesto que la herencia materna le correspondía al hijo en propiedad y al padre en administración y usufructo, esta norma se aplicó posteriormente a todos los bienes que adquiriera el hijo.

En las codificaciones civiles que adoptaron los distintos países europeos durante el siglo XIX, recogieron el concepto en la forma como había evolucionado en la última etapa el derecho romano. En los códigos civiles en comento la patria potestad se concibió como un conjunto de derechos que ejercía el padre, y solamente él, sobre sus hijos legítimos, tanto sobre la persona de su hijo como sobre el patrimonio que éste adquiriera, señalando sobre este último que las adquisiciones de los hijos en ningún caso eran para el padre, quien solo le asistía el derecho de administración y el de usufructo legal.

El concepto de patria potestad en los últimos tiempos ha sufrido una nueva transformación, para hacerse un poco más elástica y adecuada a las nuevas condiciones sociales. En realidad, se ha venido legislando y dis-

tinguiendo claramente sobre los derechos que tiene el padre sobre la persona del hijo y desde luego los derechos que le incumben sobre los bienes, y se ha tratado de limitar la denominada patria potestad al ejercicio de los derechos sobre los bienes, con lo cual este derecho sufre una transformación fundamental, en un mero derecho de representación legal, cuyo objeto definitivo es el de solventar la incapacidad en que se encuentra el menor.

El concepto de patria potestad en su evolución actual tiende a dejar de ser un monopolio exclusivo del padre, puesto que la ley la otorga conjuntamente a ambos padres. Por otra parte es bueno anotar que la patria potestad concebida como un conjunto de derechos de representación legal, no es como en otros tiempos perpetua y deja de existir cuando el hijo cumple su mayoría de edad o sea los dieciocho años.

En nuestro régimen civil anterior, artículo 288 contenía el ancestral criterio de patria potestad, la concedía al padre sobre los hijos legítimos, por ello era indispensable que se impusiera su reforma como en efecto se llevó a cabo por medio del artículo 53 de la ley 153 de 1.887 que otorgó la patria potestad a la madre a falta de padre. Posteriormente, el decreto 2820 de 1.974 imprimió una nueva redacción al artículo 288 del código civil, en los siguientes términos: "Corresponde a los padres conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos."

Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia".

El actual sistema de igualdad de derechos y obligaciones para el marido y la mujer -decreto 2820/74- debía destruir el monopolio que desde tiempos remotos tenía el padre sobre la titularidad de la patria potestad, y por lo tanto hoy corresponde esta potestad, conjuntamente, - al padre y la madre. Más que patria potestad lo que existe hoy es una "potestad parental".

La potestad se otorga, no en favor de los padres si no en interés del hijo, tendiente a que aquel pueda cumplir adecuadamente sus obligaciones con su prole. En efecto, si la ley otorga a los padres la facultad de administrar los bienes del hijo y de hacer suyos los frutos de esos bienes ello se debe a dos aspectos: en primer término a que la ley considera que las personas más idóneas para administrar los bienes del hijo son los padres, por ser los encargados de criar, educar moral e intelectualmente y establecer a sus hijos; en segundo término, a que el derecho de usufructuar los bienes no se otorga a título de enriquecimiento, sino para que puedan sufragarse los gastos que implica el cuidado personal de los hijos.

En otras palabras, en nuestro ordenamiento civil la potestad es un derecho relativo y no absoluto, y de él - puede abusarse, en esta situación los jueces podrían suspenderla en caso de que el padre o la madre administraran los bienes o sus frutos; por ello bien lo afirma el doctor Valencia Zea: "La potestad parental, antes que - derecho, es una función". (2)*

(2)*. VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho de familia, cuarta edición. Editorial Temis, Bogotá 1.977, pag. 488

La potestad parental, como régimen de representación legal del menor, solo pueden ejercerla los padres -
-Art. 288 del C.C.-

Para que solo uno de los padres sea quien ejerza sobre los hijos legítimos menores de edad, debe faltar el otro. La falta de uno de los padres puede darse en los siguientes eventos: a.-Cuando muere real o presuntivamente -Art. 314, numerales 1o. y 4o. del C.C.-; b.- Cuando maltrata al hijo habitualmente, de tal forma que ponga en peligro su vida o de causarle grave daño -Art. 315, num. 1o. C.C.; c.-Cuando ha abandonado al hijo -Art. 315, num 2o. C.C.; d.-Cuando la depravación de uno de los padres le hace incapaz de ejercer la patria potestad -Art. 315, num 3; e.-Cuando por una sentencia, basada en autoridad de cosa juzgada, se ha declarado al padre o la madre culpable de un delito al que se le aplique pena privativa de la libertad superior a un año -Art. 315, num. 4o.; f.-Cuando exista demencia del padre o de la madre o por estar en entre-dicho de administrar sus bienes, o por larga ausencia -Art. 310 del C.C.-

Debe tenerse en cuenta que el código estima algunos de estos casos como emancipación legal o judicial, es decir, como cesación definitiva de la potestad, debido a que dentro del sistema primitivo en ningún caso le empujado a la madre ejercerla, se la declaraba extinguida y se establecía en su lugar un régimen de representación de tutela o curatela; pero con la expedición del decreto 2820 de 1.974, la potestad se suspende o extingue solo cuando faltan ambos padres.

En el derecho actual la tendencia es a otorgar la patria potestad conjuntamente al padre y la madre. La costumbre enseña que en los matrimonios bien constituidos,

dos, tanto el padre como la madre ejercen los cuidados - de representación legal de los hijos. En la época moderna la madre se encarga de registrar la matrícula de sus hijos, los asiste en las diligencias administrativas, judiciales y extrajudiciales. La madre moderna contribuye al sostenimiento del hogar con su trabajo, sin descuidar la economía familiar. No había justificación, que nuestras leyes atribuyeran la patria potestad exclusivamente al padre, teniéndola la madre solo a falta de aquél.

El término patria potestad indica en sentido original una potestad del padre. Al convertirse en potestad de ambos padres, debe convertirse en su equivalente "potestad parental", expresión que atañe a ambos padres, - criterio este que en Francia rige desde el 4 de Junio de 1.970.

La igualdad jurídica entre los cónyuges entraña - la desaparición de expresiones que indican subordinación de la mujer al marido. Por una parte, la potestad marital que empleaba el artículo 177 del C.C.; además, la patria potestad, que debe ser reemplazada por la potestad parental. Es indispensable anotar que la potestad parental se desarrolla en dos direcciones: la que recae sobre la persona del hijo, y la que se ejerce sobre sus bienes.

Están sometidos a la potestad de los padres, o de uno u otro, todos los menores de dieciocho años que no hayan sido emancipados; por lo tanto dejan de estar sometidos a ellas tanto los menores emancipados como los que carecen de padre o madre. Acontece que los hijos que carecen de padre o madre, la ejerce uno de ellos pero en el supuesto que no existan los hijos quedan emancipados legalmente, podría decirse simplemente que no están sometidos

tidos a la potestad parental los menores de diez y ocho años emancipados; quiere decir, que los mayores de la mencionada edad nunca están sometidos a la potestad parental, por ser siempre emancipados.

La emancipación es el hecho que pone fin a la potestad parental y puede ser de varias clases: voluntaria, legal o jurídica.

A. Emancipación voluntaria.— Conforme lo dispone el artículo 313 del C.C. la emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público, en que los padres declaran emancipar al hijo adulto y éste consiente en ello. Por otra parte la emancipación debe ser autorizada por el juez con conocimiento de causa.

La emancipación voluntaria es doblemente solemne, por una parte requiere de instrumento público, y, por la otra autorización judicial.

Es un acto que necesariamente requiere del acuerdo de voluntades entre los padres y el hijo menor adulto, entonces solo pueden emanciparse los varones mayores de catorce años y las mujeres mayores de doce, que no han cumplido la mayoría de edad establecida por la ley (18 años).

B. Emancipación legal.— Si bien es cierto que la emancipación voluntaria es de muy raro uso en nuestro país dentro de las costumbres de las familias, no acontece cosa igual con la emancipación legal, ya que ésta es de común aplicación y de una gran importancia. Esta emancipación obra de plano, sin formalidad ninguna, ni requiere del consentimiento del padre o de la madre, ni autori-

zación judicial. De acuerdo al actual ordenamiento civil esta emancipación tiene lugar en los siguientes casos:

a.- Por la muerte real o presunta del padre y de la madre -art. 314, num. 1o.-

b.- Todos los hijos por el hecho de contraer matrimonio quedan emancipados de la potestad del padre o de la madre.

c.- Por haber cumplido el hijo la mayor edad, pues en este caso adquiere la plena capacidad de ejercicio de sus derechos y no necesita representante legal. - art. 314, num. 3o.- Sin embargo en caso de que el menor sea incapaz por una causa distinta como demencia, sordomudez, discipación al cumplir los diez y ocho años no adquiere plena capacidad pero la potesta parental si se extingue, por lo cual se hace necesario darle representante legal por medio del régimen de la curatela.

d.- Por el decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido.

El artículo 315 del C.C. señala los casos en que debe efectuarse la emancipación judicial cuando quiera que los padres incurran en maltrato habitual del hijo, su abandono, la depravación o la condena a pena privativa de la libertad superior a un año, la pérdida de la potestad parental se aplica a ambos padres cuando incurren en una de las mencionadas causales. Pero si solo uno de los padres incurre en alguna causal prevista por la ley, la potestad parental la ejercerá el otro, caso en el cual no se produce la emancipación.

C. Suspension de la Potestad Parental.- Cuando el

En las legislaciones más recientes, padre o la madre se hace incapaz para ejercer sus derechos, por demencia, prodigalidad, sordomudez o larga ausencia, se suspende la potestad, así lo dispone el artículo 310 del C.C. Esta suspensión puede ser definitiva o relativa, según sea la causa que las produce. También se suspende la potestad por la vagancia o mendicidad habituales del menor y cuando el juez de menores lo crea conveniente para la salud del menor, o para evitarle grave daño físico o moral -Ley 83 de 1.946, art. 64- Por consiguiente, si desaparece la inhabilidad para ejercerla, la potestad recobra su vigencia.

D. Diferencia entre Emancipación y Habilitación de Edad.- La emancipación se refiere exclusivamente a la potestad parental, pues el hijo emancipado deja de estar sometido a ésta, y nada tiene que ver con la incapacidad del menor, puesto que tan incapaz es el menor sometido a potestad parental como el hijo menor emancipado. Solo cuando el menor cumple la mayoría de edad la emancipación legal coincide con la adquisición de la plena capacidad de obrar.

En cambio, la habilitación de la edad se refiere a la capacidad del menor, pues cuando el juez habilita a un menor sea hombre o mujer no hace otra cosa que anticiparle su capacidad. Pero esta figura ya no tiene vigencia.

E. La Representación Legal del Menor.- "La Potestad parental comprende de manera especial la representación legal del menor, y también el usufructo, en favor de quien la ejerce, sobre los bienes del menor."

En las legislaciones más recientes, la potestad parental sobre los bienes tiende a caracterizarse como un mero régimen de representación legal, ya que con ella se trata de remediar la incapacidad de los menores de diez y ocho años y dar aplicación a la regla de que todo incapaz debe tener un representante legal que ejerza sus derechos patrimoniales". (3)*

Una consideración de carácter lógico es de que las personas más idóneas para representar al menor son sus padres las personas que tienen mayor interés en la prosperidad económica y moral de sus hijos, y por ello la ley los escoge de preferencia para que se encarguen de administrar sus bienes. Los titulares de la potestad tienen la representación legal del menor la cual se manifiesta de dos maneras:

En cuanto a la representación judicial, es necesario distinguir cuando el hijo actúa como actor o como demandado. Si es indispensable ejercer alguna acción civil en defensa del patrimonio del menor o reclamar alguna indemnización, el hijo debe estar representado o autorizado por uno de sus padres. No es exactamente lo mismo autorización que la representación. La primera puede tener relación con los menores adultos; la representación tiene lugar siempre para los impúberes, los que no pueden ser autorizados sino representados, y, generalmente, también para los menores adultos. Como el ejercicio de cualquier acción exige la constitución de apoderado, la diferencia se encuentra en la constitución del apoderamiento.

Un menor adulto puede constituir apoderado

(3)* VALENCIA ZEA, Arturo, ob. cit. pág 494

rado, pero se requiere que uno de los padres autorice o apruebe dicho apoderado; en este caso nos encontramos ante una autorización. En cambio si directamente el padre o la madre nombran el apoderado, nos encontramos ante un caso de representación.

En caso de que el menor adulto constituya apoderado, pero ambos padres nieguen la autorización o estén inhabilitados para prestarla, el juez debe designarle un curador ad litem, o simplemente confirmar el nombrado por el menor si fuere idóneo. Artículo 306 del C.C.

Pero cuando el menor se presenta como actor contra su padre o su madre o ambos, el juez le nombrará un curador "ad litem" o confirmará el designado por el menor adulto, si fuere idóneo. Art. 305 C.C.

En todas las acciones civiles contra el hijo de familia, deberá el actor dirigirse contra cualquiera de sus padres, para que lo represente en la litis. Si ninguno pudiere representarlo, el juez le nombrará un curador "ad litem" para que lo represente, o confirmará el designado por el menor adulto, si fuere idóneo. Art. 306 C.C. y 45 del C. de P.C.

No será necesaria la intervención de los padres para proceder contra el hijo en caso de que exista contra él una acción penal; pero aquellos serán obligados a suministrarle los auxilios necesarios para su defensa Art. 308 C.C.

La representación extrajudicial del hijo es la más importante y que diariamente tiene ocurrencia. En la representación se admite que la ejerza cualquiera de los padres; por lo tanto, si la ejercen ambos, es suficiente

que un solo autorice o represente al hijo, aún contra la oposición del otro. En consecuencia, en la demanda contra el hijo, solo es necesario que se notifique al padre o a la madre. En cambio, la representación judicial, - por ejemplo arrendar un inmueble del menor, deben ejercerla conjuntamente ambos padres.

Como el ejercicio conjunto de la representación de ambos padres ocasionaría dificultades, el art. 307 del C. C. advierte que uno de los padres puede delegar por escrito al otro, total o parcialmente, dicha administración o representación. Se exige que la delegación sea por escrito; y debe serlo en esta forma para la celebración de todos los contratos que la exijan usualmente de esa manera.

La representación extrajudicial conjunta puede dar lugar a conflictos en caso de desacuerdo entre los padres acerca del modo de ejercerla, por ejemplo cuando se presente conflicto el artículo 307 del C.C. en su último párrafo establece que debe acudir al juez para que dirima la controversia. Igualmente establece dicho texto legal que uno de los padres puede oponerse al modo como el otro ejerza la representación judicial; también en semejante caso debe recurrirse al juez.

F. La Guarda.- En el actual régimen civil colombiano las guardas en general no son otra cosa que la tutela y curatela, que tienen como fin proteger a los incapaces. Quizá la primera similitud con la patria potestad porque ambas instituciones tienen como objetivo el cuidado de los menores incapaces y la representación de los derechos de que sean titulares.

Además, las tutelas y curatelas de los menores adultos poseen la característica de ser un sucedáneo de la -

familia, lo cual significa que mientras un menor sea - hijo de familia, en ella encontrará su protección; pero si le falta la familia, entonces se aplicará el régimen de la tutela y la curatela. De lo anterior se concluye que en nuestro actual régimen las instituciones de las tutelas y las curatelas son de orden netamente familiar, ya que con ella se trata de sustituir en lo posible a la familia.

En nuestro derecho colombiano no puede coexistir la institución de la patria potestad con las tutelas y curatelas respecto de un mismo incapaz; no así en el derecho francés, en el cual el régimen de la tutela no suprime necesariamente la patria potestad sobre el menor, pues cuando se trata de hijos legítimos y falta uno de los padres, se establece la tutela sobre el menor, a la vez que subsiste el régimen de la patria potestad. Cuando existen ambos padres, solo tiene cabida la patria potestad.

El principio de la legislación colombiana es el mismo que tienen la alemana, la italiana, la española y la suiza. Desde luego ese principio no es llevado a sus últimas consecuencias, puesto que en ciertos casos existe la patria potestad sobre el menor y se le da también un curador para la administración de ciertos bienes, por ejemplo los dejados al menor por donación, herencia o legado, con la condición de que los padres no tengan la administración de ellos. De todas maneras la institución de las guardas excluye a la potestad parental, o al contrario existiendo la potestad parental, no hay lugar al ejercicio de las tutelas y curatelas porque como se indicó estas son un sucedáneo de la familia. En el desarrollo de este estudio nos referimos en forma detenida a las instituciones de las cu--

EVOLUCIÓN DE LA GUARDA

ratelas y las tutelas y las implicaciones que en nuestro derecho ellas tienen. II

En los pueblos primitivos se desconoce la organización de la institución conocida como Guarda, ya que sus instituciones políticas compensaban la falta de los padres y por lo tanto la organización esperaba a los incapaces.

A. Grecia.— En las organizaciones griegas en donde ya se empieza a conocer la tutela y protección de los incapaces que carecieran en todo o en parte de ciertos bienes encomendándose de ello a una persona diferente, quien ejerce su vigilancia y protección mediante una autoridad depositada en él.

B. Roma.— El derecho romano solo confería a los Pretores y presidentes en la provincia, la facultad de nombrar curador dativo. En Roma se originó la tutela como poder, para convertirse en la época clásica en una carga que agrava al que la ejerce. Esto se entiende por las distintas formas de organización familiar que se dieron a través de las etapas históricas de la Roma antigua. La jurisprudencia romana admitió que la tutela a diferencia de la herencia, no se podrá conferir a los peregrinos civiles, en caso de que el paterfamilias hubiese nombrado al datus contrario de designar a un tutor de carácter testamentario y con facultad de ejercer esas funciones.

En la primera fase se considera la tutela como un derecho a conservar íntegro el patrimonio familiar, en tanto que en la segunda época tuvo el deber de proteger en forma individual.

En la EVOLUCION DE LA GUARDA la tutela se convierte de derecho en deber, teniendo el carácter de un deber público por cuanto se deposita en el estado; ese deber no puede ser excusado mientras haya justificación expresa del magistrado.

Capítulo II

En los pueblos primitivos se desconoce la organización de la institución conocida como Guarda, ya que sus instituciones políticas compensaban la falta de los padres y por lo tanto la organización amparaba a los incapaces.

En los pueblos primitivos se desconoce la organización de la institución conocida como Guarda, ya que sus instituciones políticas compensaban la falta de los padres y por lo tanto la organización amparaba a los incapaces.

A. Grecia.— En las organizaciones griegas es donde ya se empieza a conocer la tutela y protección de los incapaces que carecieran en todo o en parte de ciertos bienes encomendándose de ello a una persona diferente, quien ejerce su vigilancia y protección mediante una autoridad depositada en él.

B. Roma.— El derecho romano solo confería a los Pretores y presidentes en la provincia, la facultad de nombrar curador dativo. En Roma se origina la tutela como poder, para convertirse en la época clásica en una carga que agrava al que la ejercita. Esto se entiende por las distintas formas de organización familiar que se dieron a través de las etapas históricas de la Roma antigua. La jurisprudencia romana admite que la tutela a diferencia de la herencia, no se podrá deferir a los parientes civiles, en caso de que el paterfamilias hubiese manifestado el deseo contrario de designar a un tutor de carácter testamentario y con facultad de ejercer esas funciones.

En la primera fase se considera la tutela como un derecho a conservar íntegro el patrimonio familiar, en tanto que en la segunda época tuvo el deber de proteger en forma individual.

En la llamada época imperial la tutela se convierte de derecho en deber, teniendo el carácter de un deber público por cuanto se deposita en el estado; ese deber no puede ser excusado mientras haya justificación expresa del magistrado.

La actividad del tutor se basa en dos funciones: - por una parte, integrar la capacidad del pupilo, cuya voluntad sin ser en forma total ausente, se complementa con la actividad del tutor, y por otro lado, gestionar su patrimonio responsabilizándose en forma total de los actos que hagan referencia a los bienes del pupilo.

El origen de las normas del derecho antiguo sobre la tutela, radica en la tendencia a impedir que los actos del pupilo menoscaben su patrimonio, más no en la incapacidad psicofísica que imposibilita al impúber para celebrar sus negocios jurídicos. Mediante esta forma de tutela se puede hablar de una sola persona jurídica, compuesta de dos personas físicas o naturales, ya que es el complemento que el tutor ofrecía al pupilo. Pero debemos tener en cuenta que el tutor podrá obrar sin cooperación del impúber, así como puede obrar un apoderado en ausencia del poderdante.

La pubertad es el motivo por el cual deja de existir la tutela, más no así con respecto a las mujeres que se consideraba en forma perpetua, hasta que esta institución cayó en desuso, en donde se considera la tutela por el sexo como una supervivencia sin tener una verdadera base sustantiva como tal.

C. Alemania. En las instituciones del derecho germánico antiguo, se daba la tutela a aquellas personas necesitadas de protección tales -

como los ciegos, los sordos, los mudos, los débiles de espíritu y los viejos; además de las mujeres, para quienes la tutela era de por vida. Por otra parte, se sometía a tutela los menores de doce años y a una causitute la a aquellos cuya edad oscilaba entre los quince y diez y ocho años, pues llegando a su mayoría de edad podía terminar el negocio que anteriormente le habían celebrado.

Por costumbre la tutela se legaba al más próximo pariente por ejemplo al hermano mayor, confundiendo los bienes de este con los del tutelado pudiendo ejercer sobre ellos todos los derechos civiles hasta que el pupilo logre la mayoría de edad. De la mujer casada el tutor era el marido; de la viuda, el pariente más próximo del marido fallecido.

Del derecho romano, el germánico tomó sus bases y raíces para establecer las instituciones conocidas como la Tutela y Curatela.

D. Edad Media.— En los cánones de la iglesia se disponía la vigilancia a las operaciones del tutor. A principios de esta época, era la iglesia la que determinaba la tutela como una obligación, por lo que respecta a los intereses y provecho del menor. Se le concedía al pupilo el derecho de recurrir ante las autoridades estatales para cambiar de tutor, en caso de que éste le ocasionase perjuicios en el desempeño de sus funciones.

El derecho alemán sirvió de base del derecho feudal, teniendo en cuenta que en esta época se conocía la tutela de la Salatio ejercida en la administración del feudo y que en muchas ocasiones se ejercía conjuntamente

mientras que el tutor es un simple agente ejecutivo, con la del incapaz.

Es importante destacar que en las legislaciones de muchos otros países, la tutela se ha ejercido en las formas siguientes: En el derecho antiguo español se daba ese derecho al juez; en el derecho francés se otorgaba exclusivamente a un consejo de familia, y con el correr de los días, según lo consideraran como asunto contencioso, económico o administrativo, los estados han venido concediéndola al juez o en su defecto a la autoridad administrativa.

E. Derecho Comparado

1.- Derecho Francés. Los redactores del código republicano, civil, eclesiástico de 1.804 se preocuparon sólo por proteger la fortuna inmobiliaria del menor y dejaron en total desamparo la fortuna mobiliaria, que en la época moderna ha adquirido trascendental importancia, por lo cual los legisladores franceses se han visto obligados a introducir las reformas al estatuto primitivo. Así, mediante una ley de Febrero de 1.839 se limitó el poder de disposición del tutor o curador con respecto a los bienes muebles, de suerte que todo negocio dispositivo cuya cuantía sea superior a setenta y cinco mil francos, requiere autorización del consejo de familia". (4)

Además, con arreglo a esa ley, el tutor debe estar asesorado por el consejo de familia, o sea una asamblea de parientes y amigos, presidida por el juez de paz. El consejo de familia es el órgano más importante de la tutela, ya que le corresponde un poder general de dirección

(4) HENRI Y JEAN, Maxcaud. Lecons de droit civil, pag. 1.293

mientras que el tutor es un simple agente ejecutivo.

El actual régimen tutelar francés se consagra de manera especial en las nuevas leyes de 14 de Diciembre de 1.964, Enero 3 de 1.968; el 4 de Junio de 1.970 y la del 5 de Julio de 1.974 que fija la mayoría de edad a los 18 años.

2.- Derecho Español. Hasta el año de 1.825 el derecho español, especialmente el castellano, tuvo el carácter de fuente subsidiaria, en ese año se indicaron las fuentes del derecho de la Nueva República, según el artículo 10. de la Ley 30. de Mayo de 1.825 que dice: "El orden en que debe observarse las leyes en todos los tribunales de la república, civiles, eclesiásticos, y militares, así en materias civiles como criminales es el siguiente: 1.- Las decretadas o que en lo sucesivo se decreten por el poder legislativo; 2.- Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de Marzo de 1.818 que estaban en observancia bajo el mismo gobierno en el territorio que forma la República. 3.- Las leyes de la recopilación de indias; 4.- La de la Nueva Recopilación de Castilla; 5.- Las de las siete partidas".

3.- Derecho Alemán. Puede decirse que el derecho tutelar alemán tiene como característica fundamental el haber separado, en gran parte, de la iniciativa particular, dando una importante intervención al Estado. Según la legislación alemana, la protección de la juventud constituye una obligación ético-social, no una mera cuestión de intereses privados, y el derecho tutelar tiene como finalidad proteger la potencia demográfica del pueblo y asegurar las

condiciones de existencia y florecimiento del Estado, en su caso de la autoridad judicial. Sea como fuere, en su origen "Conforme a las leyes alemanas, los juzgados municipales asumen la función de tribunales de tutelas y tienen la facultad de elegir al tutor, quien a su vez debe consultar al juez y obtener su aprobación, con respecto a los actos importantes que conciernan a la educación del pupilo y a la administración de su patrimonio. Además, el tribunal de tutela ejerce una inspección permanente sobre el desempeño del cargo de tutor y contra su actividad". (5)

La República soviética ha abolido la institución de la tutela bajo el supuesto. En su origen, el código civil alemán solo consagró la tutela individual, es decir, que cualquiera podía ser tutor; pero ese concepto fue cambiado poco a poco por el legislador, y fue así como la tutela llegó en el término de breves años, a ser profesional, con el surgimiento de instituciones tutelares profesionales, que se hacen cargo de los pupilos. Estas instituciones tutelares profesionales tienen sus ventajas, si se advierte que ellas pueden encargarse de muchas tutelas a la vez y que solo ellas pueden cumplir a cabalidad las funciones de buenos educadores y administradores. El punto culminante de la evolución experimentada por el derecho alemán lo marca la ley de protección de la juventud dictada en 1.922, por la cual implantó la tutela legal y profesional.

4.- Derecho Suizo. El régimen jurídico de las tutelas en Suiza es semejante al alemán, pero con la particularidad de que el código de 1.967 respetuoso del derecho legal de cada cantón, dejó en libertad la atribución de la alta tutela, ya sea

(5) KIPP Y WOLFF, Das Familienrecht, Harburg pag. 216

en manos de la autoridad administrativa comunal, o bien en manos de la autoridad judicial. Sea como fuere, en Suiza la institución de las tutelas tiene carácter público y no simplemente privado, y de este modo se ha llegado a comprobar que la protección oficial e impero- nal de los incapaces da mejores resultados que la vigilancia y cuidados afectuosos de los parientes más cercanos.

5.- Derecho Ruso. El código de la familia de la República soviética ha colocado la institución de la tutela bajo el supremo control del estado, desarrollando así en la práctica la ideología socialista. Esto significa que en Rusia la tutela tiene el carácter oficial.

En la constitución rusa en el capítulo 60., artículo 55 expresa: "La familia se encuentra bajo el imperio del Estado, el matrimonio descansa en el acuerdo voluntario de la mujer y el hombre, en las relaciones familiares existe absoluta igualdad de derechos entre los cónyuges. El estado vela por la familia mediante la creación y el desarrollo de una amplia red de instituciones de puericultura, la organización y el perfeccionamiento de los diversos servicios y de la alimentación pública, abonando una subvención por el nacimiento de cada niño, concediendo subsidios y ventajas a las familias de prole numerosa y también otros tipos de subvenciones y asistencia a la familia". (6)

6.- Derecho Cubano. En el sistema cubano hasta antes del triunfo de su revolución, predominaba e tenía como base el código ale-
 (6) Constitución. Ley fundamental de las repúblicas socialistas soviéticas., Edit. Progreso Moscú, 1.977, -
 Pág. 25

mán y el código español y estas instituciones estaban reguladas en forma semejante a estas legislaciones.

El actual código de familia de Cuba puesto en vigencia el 8 de Marzo de 1.975 como un homenaje a las mujeres Cubanas en el día internacional de la mujer, le dedica en forma amplia la regulación de la institución de la patria potestad en el siguiente sentido: "Los hijos menores de edad estarán bajo la patria potestad de sus padres" Art. 82.

Tiene establecido que la patria potestad la ejercerán ambos padres y solo la ejercerá uno cuando el otro haya muerto o que se le haya privado su ejercicio. En el artículo 85 señala los siguientes derechos:

"Tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado; esforzarse para que tengan una habitación estable y una alimentación adecuada; cuidar de su salud y aseo personal; proporcionarles los medios recreativos propios para su edad que estén dentro de sus posibilidades; darles la debida protección; velar por su buena conducta y cooperar con las autoridades correspondientes para superar cualquier situación o medio ambiental que incluya o pueda influir desfavorablemente en su formación y desarrollo....." (7)*

La sección segunda del capítulo II referente de la guarda y cuidado de la comunicación entre padres e hijos, el artículo 88, "Respecto a la guarda y cuidado de los hijos, se estará al acuerdo de los padres cuando éstos no vivieren juntos".

(7)* Código de familia. República Socialista de Cuba. Ediciones Laher, Bucaramanga, Pág. 59 ss.

La influencia estatal se pone de manifiesto en la protección y cuidado del menor, tanto de su patrimonio como de su formación moral, el artículo siguiente regula: "De no mediar acuerdo de los padres o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos, la cuestión se decidirá por el tribunal competente, que seguirá para resolverla, únicamente, por lo que resulte más beneficioso para los menores. En igualdad de condiciones, se tendrá, como regla general, a que los hijos queden al cuidado del padre en cuya compañía se hayan encontrado hasta el momento de producirse el desacuerdo, prefiriendo a la madre si se hallaban en compañía de ambos y salvo que razones especiales aconsejen cualquier otra solución".

orden puramente personal. Los estados están regidos por el título XII del código civil y otros de orden estrictamente patrimonial regidos por el código de comercio y código civil.

En algunas legislaciones, incluso adoptadas en los Estados Unidos, se han introducido las modificaciones de orden personal y patrimonial. De la tendencia de dilucidar la confusión llamada a las palabras "Patria Potestas" y a las segundas Patria Potestas. Una distinción como Heredia Gómez, dice que por tratarse de instituciones relativas tanto al aspecto personal como también al patrimonial, es más conveniente incluirlas en forma conjunta bajo el nombre de "Código Familiar", pues éste no solamente tiene que ver con los derechos y obligaciones entre padres e hijos, sino también con el aspecto patrimonial y representación del menor. Los efectos de orden personal, o sea las obligaciones y derechos entre padres y los hijos son correlativos así. De los hijos hacia los padres se debe:

EL GOBIERNO FAMILIAR

Capítulo III

La sociedad familiar como tal, origina vínculos legales entre los padres y los hijos, bien sean legítimos o adoptivos plenos. De la organización misma de la sociedad familiar emergen por disposición, no solo natural sino también legal, una serie de obligaciones de orden familiar que la ley fija claramente.

A. Autoridad Paterna.— Las obligaciones que surgen en el seno de toda familia se las puede clasificar en dos grupos; Unas de orden puramente personal, las cuales están reguladas por el título XII del Código civil y otras de orden estrictamente patrimonial regidas por el título XIV del Código civil.

En algunas legislaciones, incluso modernas, se confunden ambas situaciones y se entremezclan las regulaciones de orden personal y patrimonial. Se ha tratado de dilucidar la confusión llamando a las primeras "Autoridad Paterna" y a las segundas Patria Potestad. Tratadas como Hernán Gómez, dice que por tratarse ambas instituciones relativas tanto al aspecto personal como también al patrimonial, es más conveniente incluirlas en forma genérica bajo el nombre de "Gobierno Familiar", pues éste no solamente tiene que ver con los derechos y obligaciones entre padres e hijos, sino también en el aspecto patrimonial y representación del menor. Los efectos de orden personal, o sea las obligaciones y derechos entre padres y los hijos son correlativas así: De los hijos hacia los padres se deben:

Artículo 14. Respecto y obediencia a sus padres, lo cual nos señala que la ley no discrimina entre hijos legítimos, o adoptivos y hoy en día tampoco lo hace con los anteriormente llamados hijos naturales por cuanto la ley 29 de 1.982 al señalar en el artículo 10. "Adiciónase el artículo 250 del código civil con el siguiente inciso: La sustracción de estas obligaciones origina sanciones de orden civil, artículo 1025 numeral 3 y en el capítulo hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones".

El solo hecho de ser hijos les crea la obligación, que más que legal, es natural, de prestar obediencia y respeto a sus progenitores como elementos esenciales en la vida del hijo. No establece disposición alguna el decreto 2820 de 1.974 que establezca diferencia para obedecer y respetar más a uno que a otro de los padres, antes por el contrario señala que se les debe igual respeto a la madre y al padre, y tanta autoridad tiene el uno como el otro para hacerse obedecer de sus hijos.

Artículo 21. Obligación de cuidar a sus padres en la vejez, en estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios, no obstante que la emancipación dé al hijo derecho de obrar independientemente. Tiene también derecho al mismo cargo todos los demás ascendientes legítimos, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes. Arts. 251 y 252 del C.C.

Artículo 22. El padre, por su parte, debe proveer lo necesario en el hogar. Es obvio que si los padres tienen la obligación de criar, educar, alimentar y establecer a sus hijos, estos también en forma recíproca tengan la obligación correspondiente, cuando lleguen sus progenitores a una edad en la cual no pueden trabajar o sostenerse, pues no necesi-

en el hogar se remunerare en la misma forma que se hace con el varón pues el trabajo de cualquier clase que sea, implica esfuerzos y sacrificios.

Los padres deben tratar por todos los medios posibles de darles a los hijos la educación necesaria con el fin de que sean personas útiles a la sociedad y al estado, y de no ser posible esto por la situación económica, al menos si es obligatorio darles instrucción primaria.

El establecimiento del hijo hace referencia a la forma de procurarle el aprender un arte o profesión que le sirva para sostenerse y vivir decentemente, así como suministrarle los elementos necesarios para el ejercicio de la profesión o el arte que haya aprendido. Art. 253- C.C.-

B. Cuidado Personal de los Hijos. - Los padres en forma conjunta

corresponde la obligación del cuidado personal de los hijos porque si uno de los dos no cumple, como es de común ocurrencia, por tal motivo el otro no queda exonerado. El que incumple se somete al delito de abandono de familia que sancionan los arts. 40 y ss de la ley 75 de 1.968. El cuidado personal implica la facultad de vigilar la conducta del menor, corregirlo y sancionarlo moderadamente, es decir, que no se puede castigar en forma abusiva o que cause lesiones personales o morales a los menores, art. 21 del Decreto 2820, pues estos casos pueden dar bases para la suspensión del cuidado personal del menor según la gravedad. Para establecer cómo funciona legalmente el cuidado personal de los hijos se debe tener en cuenta:

- 1.- Si ambos padres viven en el hogar, lógicamente

mente a ellos en forma conjunta corresponde la obligación de dar el cuidado personal al menor, techo, habitación, alimentación, corrección moderada etc. incluso

Si viven en estado de separación hay que tener en cuenta: a).- Si es de hecho, el juez deberá decidir a quien confiere la custodia provisional, dejando en su poder al menor, pero sin que el otro cónyuge pierda sus derechos de padre o madre como si vivieran juntos. El juez procederá breve y sumariamente oyendo a los parientes. b).- Si es legal la separación, el juez en la sentencia en la cual define el litigio resolverá igualmente con cuál de los parientes habrá de quedar el menor, mirando por supuesto, como en el caso anterior, el beneficio del menor, las mejores posibilidades de educación, de atención, de salud, etc. Es de común ocurrencia que algunos jueces otorguen la custodia a la madre por este solo hecho -maternidad-, sin tener en cuenta las ventajas que pueda obtener en todos los campos si el menor queda con el padre. Estas condiciones deben evaluarse muy seriamente con el fin de proteger al menor y no hacerlo víctima de la desgracia de sus progenitores. Uno de los problemas que acontece con mucha frecuencia es el de la custodia de los hijos cuando se decreta por sentencia judicial, por causa de inhabilidad física o moral.

Entre nosotros este aspecto del derecho de familia existe un gran vacío legislativo, una carencia total de medios judiciales y sociales que permitan darle una solución adecuada al problema. Y esto, por cuanto es creencia común que cuando a un padre se le entrega la custodia de los hijos, en virtud de los derechos que ella envuelve puede prescindir por entero del otro cónyuge para efectos de crianza, educación y establecimiento

del hijo, en lo que evidentemente hay una equivocación generalizada. Pero esto se torna en problema más grave si se tiene en cuenta que también es común, incluso en profesionales del derecho, confundir los alcances de la institución patria potestad con la de autoridad de los padres.

En caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona, o personas competentes.- art. 254 C.C.-

Hay imposibilidad física cuando los padres abandonan materialmente al hijo, no solamente por no proveer a sus necesidades materiales, sino cuando lo abandonan en forma tal que el hijo debe subsistir sin su ayuda, o también cuando los padres sufren reclusión prolongada o condena judicial.

Existe así mismo inhabilidad moral cuando abandonan sus deberes de orden espiritual en forma definitiva, o han sido condenados por delitos por los cuales se les prive en la sentencia de estos derechos. En la elección de las personas que tendrán la custodia del menor se preferirá a los consanguíneos más próximos, y preferencialmente a los abuelos legítimos.

El hecho de privar a los padres del cuidado personal de los hijos no impide que los visiten con frecuencia y libertad que el juez juzgare conveniente.- art. 256 C.C.-, puesto que si los padres son degenerados, drogadictos que los incitan al vicio etc., el juez podrá abstenerse de concederles visitas. Todo depende del criterio de juez, quien asume un papel importante en estos eventos.

ante o en estos casos el juez deberá celebrar audiencia para esclarecer la situación del menor desde el punto de vista del cuidado físico que está recibiendo, de su educación, de la moralidad del medio en que vive y de la seguridad de sus bienes. Esta situación rige también en el caso de menores que no hallándose bajo patria potestad, ni bajo guarda deben ser provistos de ésta a petición del defensor de menores o de otra persona. art. 24 Ley 75/68, por abandono material y se comprueba la solvencia económica y además que garantizará al menor su adecuada C. - Rehabilitación de los Representantes del Menor

En cualquier tiempo los representantes legítimos de menor (patria potestad, cuidado personal), podrán solicitar la sanción en que hayan sido privados de sus derechos (patria potestad, cuidado personal), podrán solicitar la rehabilitación de sus derechos. La demanda se presentará ante el juez por escrito y en ellas se establecerán los hechos en que la petición se funda, y se enumerarán las pruebas que deben practicarse. De la demanda se correrá traslado al defensor de menores por el término de cinco días. Contestado el traslado se decretarán y recibirán las pruebas pedidas por los interesados o por el defensor de menores en el término de ocho días. - art. 65 Ley 83 de 1.946. - tomadas en consideración las facultades de los contribuyentes, y podrá de tiempo. Se debe anotar que si hay traslado deberá anexarse copia de la demanda y de los documentos para ello. De otra parte, si quien solicita es uno de los padres, pues lógico resulta, que se notifique obligatoriamente de la demanda al que tiene el cuidado personal del hijo. art. 74, artículo 24 determinan es que consiste la patria potestad:

Las resoluciones del juez sobre los aspectos ya tratados que conllevan la privación del cuidado personal del menor, se revocarán por cesación de la causa que haya dado motivo a ellas; y podrán también modifi-

carse o revocarse por el juez en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo- art. 259 C.C.-, lo cual quiere decir, que estas desiciones simplemente tienen ejecutoria formal, más no material, toda vez que pueden ser revisadas, modificadas y revocadas en cualquier tiempo, siempre y cuando hayan cesado las causas que originaron la desición del juez. Y ello es elemental y además justo, porque si un padre ha sido privado del cuidado personal de su hijo por abandono material y se comprueba la insolvencia económica y además que garantizará al menor su adecuada asistencia, pues lógico será no privarlo de sus legítimos derechos de padre o madre. Igualmente, cuando la sanción es por inhabilidad moral, se debe levantar, si se comprueba fehacientemente ante el juez la rehabilitación del padre sancionado y que sus condiciones morales son aptas para poder convivir con su hijo, o para visitarlo según el caso, si ésta ha sido la sanción.

La obligación de alimentar al hijo, por otra parte, pasa por falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos legítimos por una u otra línea conjuntamente.

El juez reglará la contribución, tomadas en consideración las facultades de los contribuyentes, y podrá de tiempo en tiempo modificarlas, según circunstancias que sobrevengan. -art. 260 C.C.-

D. La Patria Potestad.- La ley 75/68, en su artículo 19 y el decreto 2820/74, artículo 24 determinan en que consiste la patria potestad:

"La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre los hijos no emancipados para facilitar a aquellos el cumplimiento de los -

deberes que su calidad les impone, calidad de condiciones en su ejercicio y por ello la consagra en forma conjunta para que corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. - A falta de uno de los padres la ejercerá el otro, y completamente inexistente en los restantes tiempos.

Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia". **EXPLICACION.** - El mencionado doctor Argarita Gómez del doctor Humberto Murcia S. las e

tabiese la definición legal antes transcrita ha tenido críticos que con razón anotan que es deficiente la definición pues la ley no reconoce derechos de representación y usufructo, sino que da u otorga estos derechos, y en cambio si reconoce que son emanados del derecho natural y que por consiguiente la ley al consagrarlos apenas los reconoce. **EXPLICACION.** - El mencionado doctor Argarita Gómez del doctor Humberto Murcia S. las e

El doctor Jorge Argarita Gómez dice: "La patria potestad, en sentido jurídico y teniendo en cuenta en qué consiste la autoridad paterna, puede decirse que es el conjunto de derechos que la ley otorga a los padres de familia para representar al hijo emancipado, administrar y usufructuar los bienes de éste." (8)

El doctor Valencia Zea con razón anota, que la ley otorga la potestad de representar y usufructuar los bienes del hijo, no en provecho del padre sino en favor de los hijos, y que por tal motivo, la "potestad parental", que así se llama según este notable catedrático, antes que un derecho, es una función.

(8) ARGARITA GOMEZ, Jorge Lecciones de derecho civil.- Edición Tercer mundo, 1.976, pág. 212

Los sujetos de la patria potestad son de dos clases

También establece la ley igualdad de condiciones - en su ejercicio y por ello la consagra en forma conjunta para ambos padres, desapareciendo el antiguo concepto que la confería al padre en primer lugar y en caso de falta de éste a la madre, lo cual resultaría discriminatorio y completamente inexplicable en los actuales tiempos.

514, num. 10.; 40.-) b.- Cuando maltrata al hijo habi -
tualme E. Diferencias entre Patria Potestad y Autoridad

consarile Paterna.- El mencionado doctor Angarita Gómez, abandonado al hijo. del doctor Humberto Murcia B. las establece de la siguiente manera:

por la patria potestad. art. 315, num 30.; c.- Cuando -

1.- La autoridad paterna emana del derecho natural; la patria potestad es creación de la ley.

2.- La primera integra un conjunto de derechos y deberes recíprocos, reciprocidad que ciertamente no existe en los que forman la segunda;

art. 310 del C.C.

3.- Los derechos y obligaciones corresponden ab initio a los padres, pero pueden pertenecer a otros parientes del hijo y aún a personas extrañas. -art. 254 - 260-263 C.C.- Mientras que la patria potestad no puede salirse jamás de ese reducido grupo de familia que forman los padres y los hijos: y

4.- Las facultades y deberes que emergen de la patria potestad tienen carácter esencialmente temporal: desaparecen con la emancipación -art. 312 del C.C.- Los que corresponden a la autoridad paterna, precisamente por ser de derecho natural son permanentes: solo se extinguen con la vida de quienes son sujetos en esa relación -art. 251 C.C.-

Los sujetos de la patria potestad son de dos clases

activos y pasivos. Los primeros son en la familia legítima los padres conjuntamente. A falta de uno de ellos ejercerá el otro. La falta puede darse en los siguientes casos:

a.-Cuando muere real o presuntivamente.- art. 314, num. 1o., 4o.-; b.- Cuando maltrata al hijo habitualmente, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño. art. 315, num. 1o.; c.-Cuando ha abandonado al hijo. art. 315, num. 2o.; d.-Cuando la depravación de uno de los padres le hace incapaz de ejercer la patria potestad. art. 315, num 3o.; e.-Cuando por una sentencia, basada en autoridad de cosa juzgada, se ha declarado al padre o la madre culpable de un delito al que se le aplique pena privativa de la libertad superior a un año. art. 315, num 4o.; f.-Cuando existe demencia del padre o de la madre o por estar en entredicho de administrar sus bienes, o por larga ausencia. - art. 310 del C.C.

En el evento de que falte uno de los padres la potestad no se extingue, sino que se radica en su totalidad en cabeza del superviviente, es decir, que la patria potestad solamente se extingue cuando faltan ambos padres, tal como se dejó establecido con anterioridad.

Con la vigencia de la ley 29 de 1.982 que eliminó la discriminación de los hijos naturales, es de suponerse que la patria potestad la ejercerán conjuntamente los dos padres, puesto que los efectos de la misma no solo pueden ser para efecto patrimonial exclusivamente, sino que debe extenderse en todo sentido y tanto más cuanto- beneficio al menor. En la familia adoptiva, se da el mismo caso que en la legítima cuando ambos padres adoptan y si se trata de uno solo es el que adopta, la ejercerá éste.

Los sujetos pasivos son todos los hijos de familia, bien sea legítima, extramatrimonial o adoptiva para los menores de 18 años no emancipados. -Ley 27 de 1.977.-

La institución de las tutelas y las curatelas tiene por finalidad dar asistencia y representación a todos los menores de diez y ocho años que carecen de padres o que cumplen para con ellos las obligaciones de cuidado personal y las encargas de la patria potestad. Se aplica también a los mayores de diez y ocho años que necesitan protección por haber caído en incapacidad, tales como los enfermos mentales, los perdidos que no pueden darse a entender por escrito, y los disipadores en interdicción.

"Las reglas relativas a las tutelas y curatelas deben exponerse dentro del derecho de familia, ya que estas instituciones reemplazan a ésta. De ordinario los incapaces encuentran protección en la familia legítima, o en la adoptiva o en la extramatrimonial, más si no es posible que hallen protección en estas organizaciones, entonces se hace necesario colocarlos bajo tutela o curatela, las cuales en sí mismas tienen como fin el de desempeñar la función que cumple la familia". (9)

El código define las tutelas y curatelas como "cargas impuestas a ciertas personas a favor de aquellas que no pueden dirigirse por sí mismas o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo la potestad del padre o marido, que pueden darles protección social". -art. 420 C.C. Esta definición tiene relación con el sistema del código que le otorgaba la patria potestad.

(9) KIPP y FULF, ob., cit., pág. 329

LAS TUTELAS Y CURATELAS

Capítulo IV

La institución de las tutelas y las curatelas tiene por finalidad dar asistencia y representación a todos los menores de diez y ocho años que carecen de padres que cumplan para con ellos las obligaciones de cuidado personal y las emanadas de la patria potestad. Se aplica también a los mayores de diez y ocho años que necesitan protección por haber caído en incapacidad, tales como los enfermos mentales, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, y los disipadores en interdicción.

"Las reglas relativas a las tutelas y curatelas deben exponerse dentro del derecho de familia, ya que estas instituciones reemplazan a ésta. De ordinario los incapaces encuentran protección en la familia legítima, o en la adoptiva o en la extramatrimonial, más si no es posible que hallen protección en estas organizaciones, entonces se hace necesario colocarlos bajo tutela o curatela, las cuales en últimas tienen como fin el de desempeñar la función que cumple la familia". (9)*

El código define las tutelas y curatelas como "cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellas que no pueden dirigirse por sí mismo o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo la potestad del padre o marido, que pueden darles protección debida". -art. 428 C.C. Esta definición tiene relación con el sistema del código que le otorgaba la patria po-

(9)* KIPP y WOLFF, ob., cit, pág 320

testad en forma exclusiva al padre y que tenía a la mujer casada como una persona incapaz, pero hoy esa capacidad la comparten y la tutela y la curatela tienen aplicación solo cuando faltan el padre y la madre.

Aquellas personas encargadas de la tutela y la curatela son verdaderos representantes del incapaz y reciben el nombre de tutores y curadores, y como denominación general la de guardadores, como lo señala el artículo 428-C.C. El incapaz sometido a tutela o curatela recibe el nombre de pupilo.

A. Diferencia entre Tutela y Curatela.- Respecto a sus elementos esenciales se puede afirmar que no hay diferencias y puede decirse que en el fondo estas dos instituciones no son sino una misma cosa. Ocurre sin embargo que la ley le da el nombre de "tutela" a la representación del impúber y el de "curatela", a la de los menores adultos y de los mayores de edad que se hallan en estado de incapacidad. art. 431 C.C.-

Esta distinción que solo se fundamenta en la edad se critica por el hecho de ser inútil y solo tiene bases históricas. En el derecho romano solo existió en un principio la tutela para los impúberes, porque los púberes adquirirían plena capacidad para el ejercicio de los derechos, sin embargo posteriormente se resolvió hacer incapaces a los púberes hasta la edad de los veinticinco años y se les dió un régimen de representación mediante la curatela, que no era otra cosa que una especie de tutela complementaria, restringida únicamente a la administración de los bienes.

De ésta manera se justifica la diferencia entre tu-

tela y curatela ya que la primera no tenía por única finalidad la administración de los bienes del impúber, sino también la dirección de la persona, o sea, educarla, criarla y establecerla y la segunda hacía referencia solo a la administración de los bienes. Con todo, nuestro régimen-civil terminó estas diferencias al establecer que tanto la tutela como la curatela se extienden sobre los bienes y la persona del individuo sometido a ella.

A pesar de lo señalado en nuestro código, la tradición romana no fue eliminada por entero de nuestro código, ni podía serlo, ya que hay gran diferencia entre la dirección de la persona del impúber y la del púber, pues por lo general el primero requiere cuidados que se refieren a su crianza, educación y dirección personal, y el segundo requiere solamente que se le ayude a su establecimiento, es decir, que se le procure un arte, profesión u oficio por que de ordinario ya no necesita de los cuidados de crianza y educación y tiene voluntad para dirigirse por sí mismo. Esta es la razón por la cual el código en el título XXV del libro 10.- arts. 517 y ss.-, da reglas especiales relativas a la tutela del impúber, y en los títulos XXVI y siguientes.- arts. 524 y ss.-, sienta las reglas de la curaduría de los que no son impúberes.

Se puede establecer una distinción entre tutela y curatela, o sea la primera de los impúberes y la segunda de los menores adultos, aunque dejando a un lado la curatela de los otros grupos de incapaces: enfermos mentales, sordomudos etc. Dicha distinción se refiere concretamente al régimen de representación legal, que, según el art. 480 se realiza mediante la representación directa y la autorización al pupilo, puesto que el régimen de autorización solo puede tener cabida en el caso de la curatela del menor adulto y no en el de la curatela del impúber, a pesar de los términos de la ley, que dan a entender que tanto el

tutor como el curador pueden obrar representando o autorizando al pupilo. Más adelante resaltarán las razones de esta distinción.

B. Caracteres de las Guardas.- La primera característica fundamental es la de tener cierta similitud con la patria potestad, ya que tanto ésta como las guardas tienen por objeto el cuidado de los menores e incapaces y la representación de los derechos de que sean titulares.

Las tutelas y curatelas de los menores adultos poseen la característica de ser un sucedáneo de la familia, lo cual significa que mientras un menor sea hijo de familia, en ella encontrará su protección; pero si le falta la familia, entonces se aplicará el régimen de la tutela o curatela. De esto se deduce que en nuestro sistema la institución de las tutelas y curatelas es de orden puramente familiar, ya que con ella se trata de sustituir en lo posible a la familia.

Se debe tener muy en cuenta que en el derecho civil colombiano no es posible la coexistencia de la institución de la patria potestad con la de las tutelas y curatelas respecto de un mismo incapaz; cosa que no sucede en el derecho francés, en el cual el régimen de la tutela no suprime necesariamente la patria potestad sobre el menor, pues cuando se trata de hijos legítimos y falta de los padres, se establece la tutela sobre el menor, a la vez que subsiste el régimen de la patria potestad. Cuando existen ambos padres, solo tiene cabida la patria potestad.

"El principio en la legislación colombiana es el mis-

no de la alemana, la italiana, la española y la suiza" (10)*. - art. 568 C.C. - Desde luego, ese principio no es llevado a sus últimas consecuencias puesto que en ciertos casos existe la patria potestad sobre el menor y se le da también un curador para la administración de ciertos bienes, por ejemplo los dejados al menor por donación, herencia o legado, con la condición de que los padres no tengan la administración de ellos.

Los C. y Personas que intervienen en las Tutelas y Curatelas. - Hay dos clases: los incapaces sometidos a tutela o curatela, y las personas encargadas de ejercerlas, que se las conoce con la denominación de guardadores.

El pupilo, es el nombre de la persona sometida a tutela o curatela, es el incapaz que queda bajo este régimen sea por razón de la edad cuando falta totalmente la persona que pueda ejercer la patria potestad sobre él, - ya en razón de alguna enfermedad mental, de sordomudez o disipación.

Respecto a los primeros, se ha establecido la tutela o curatela según sea impúberes o menores adultos y para los mayores que padecen enfermedad mental, o que son disipadores o sordomudos, se establece siempre la curatela. - art. 431 y 432 C.C. -

El tutor o curador es la persona encargada de la representación legal del incapaz y de la dirección de la persona del pupilo. Para desempeñar este cargo se requiere de ciertas calidades especiales que son las siguientes:

(10)* PEREZ GONZALEZ y Catán Tobeñas. Tratado especial de derecho de familia. Barcelona.

1.- Todo tutor debe ser persona plenamente capaz de administrar sus propios derechos, este punto es válido para los varones como para las mujeres según la ley 75 de 1.968 en su artículo 22; "Las mujeres pueden ser tutoras o curadoras en los mismos casos que los varones".

2.- La edad es un factor indispensable para cumplir con el requisito anterior, o sea que puede serlo los mayores de diez y ocho años.

Sin embargo ni es deferida una tutela o una curatela al ascendiente o descendiente que no ha cumplido la edad correspondiente se esperará que la cumpla para conferirle el cargo y se nombrará un interino para el término intermedio. Cosa igual ocurre cuando se nombra curador o tutor por testamento y que no ha cumplido la mayoría de edad.

Son incapaces de ejercer la tutela o curatela: los enfermos mentales, aunque no estén en interdicción, los disipadores en interdicción, los ciegos y los mudos.- art. 586 num. 1, 2, 3, 5.- Igualmente no pueden ejercer la tutela los de notoria mala conducta, los condenados a la pena de reclusión de cuatro años o igual, los padres que se les suspende la patria potestad en los casos del art. 315 del C.C.

Los declarados en quiebra mientras no hayan satisfecho a sus acreedores, los que por mala administración hayan sido removidos de una guarda anterior o en el juicio subsiguiente a este hayan sido condenados por fraude o culpa grave a indemnizar al pupilo.

Los que no saben leer ni escribir, igualmente no -

pueden ser tutores, se exceptúa el padre o madre llamados a ejercer la guarda legítima o testamentaria de sus hijos.- art. 586, num. 7.

Nuestro código en el artículo 590 y 592, dispone: - El padrastro no puede ser tutor o curador de su entenado; el hijo no puede ser curador de su padre disipador.

Los que profesan religión diferente a aquella en que debe ser educado el pupilo, no pueden ser tutores o curadores de este, excepto en el caso de ser aceptado por los ascendientes, y a falta de estos, por los consanguíneos más próximos.- art. 596.-

Puede ocurrir que exista oposición de intereses con el pupilo en estas circunstancias tampoco puede desempeñar el cargo: el que le disputa el estado civil al pupilo, el acreedor o deudor, los que litiguen contra él sea por intereses propios o ajenos. No obstante, en este caso el juez se limitará a nombrar curadores adjuntos que administren conjuntamente o los declarará incapaces para ejercer el cargo.- art. 594-; pero esta disposición no se aplicará al cónyuge, ni a los ascendientes ni descendientes. Tampoco se aplicará esta disposición cuando a juicio del juez la deuda sea de poca valor, ni al tutor o curador nombrados por testamento cuando el testador tuvo conocimiento del crédito.- art. 595 C.C.

Si alguna de las causas mencionadas no existían al momento de discernirse la tutela o curaduría y sobreviene posteriormente, entonces terminará la guarda.- art. 597-. Si el tutor o curador ejecuta actos en estado de demencia, estos serán nulos.- art. 598.

Los que carecen de domicilio en la nación, no pueden ser tutores o curadores.

La incapacidad que existía o sobreviniente en la persona nombrada de guardador, debe ser denunciada ante el juez, así lo indica el artículo 610, en caso de que no se denuncia se incurrirá en sanciones indicadas por la ley, como son las de quedar sujetos a todas las responsabilidades de su administración y perderán sus emolumentos.

Se debe tener en cuenta que el nombramiento de tutor o curador es de forzosa aceptación, sin embargo la ley establece algunas excepciones: 1.- El presidente de la república, los empleados nacionales y los judiciales. 2.- Los recaudadores de rentas nacionales, igualmente los administradores de éstas rentas. 3.- Los que se desempeñan en cargos a grandes distancias del lugar donde deben ejercer la curadería o el cargo de tutor, igual acontece si tienen el domicilio en iguales circunstancias. 4.- Los que adolecen de grave enfermedad habitual o han cumplido sesenta y cinco años. 5.- Los padres que están obligados a vivir de su trabajo. 6.- Los que ejercen dos guardas y tienen bajo su patria potestad cinco o más hijos vivos. 7.- Los que no pueden hallar fiador, excepto si tienen bienes raíces, caso en el cual se le obligará constituir hipoteca. 8.- El que por diez o más años continuos haya servido la guarda de un pupilo. Estas excepciones se hallan consagradas en los artículos 602 y ss. del C.C. Los plazos para alegar la excusa y las incapacidades y el trámite a seguir se los reglamenta el código a partir del artículo 603 a 613, debe anotarse que casi nunca se aplican.

D. Nombramiento de Tutores y Curadores. - Existen

Por lo tanto clasificada en los padres puede haber tres -
 clases de curatelas o guardas: 1.- Las testamentarias,
 que son las que se constituyen por testamento.

2.- Las legítimas o sea aquellas que se confie-
 ren mediante la ley a los parientes o el cónyuge del -
 pupilo.

3.- Las dativas, que son las conferidas por el
 juez.

1.- Tutela y Curatela Testamentaria.- Del solo
 título-

se infiere que los padres pueden nombrar guardador por-
 testamento. La ley persigue que el tutor o curador sea
 escogido por los que ejercían la patria potestad sobre-
 el menor, y que se nombre como tales a los parientes más
 próximos del pupilo.

Pueden nombrar tutor por testamento no solo a los
 hijos nacidos, sino al que se halla todavía en el vien-
 tre de la madre, en el caso de que nazca vivo.- Art. 444
 y 448 C.C.

Del mismo modo tienen derecho a nombrar curador pa-
 ra administrar sus bienes, a los adultos de cualquier e-
 dad que se hallen en estado de demencia, o a los sordo-
 mudos que no entiendan ni se den a entender por escrito.
 No podrán nombrar tutor o curador testamentario, los pa-
 dres a quienes se les haya suspendido la patria potestad
 por decreto judicial, o sea en los casos contemplados -
 en el art. 315 del código civil.

Sobre los hijos extramatrimoniales es obvio que -
 tienen iguales derechos que los legítimos o adoptivos y-

por lo tanto cualquiera de los padres podrá nombrarle por testamento curador o un tutor general del pupilo.

Puede ocurrir que se nombre curadores especiales - por medio de testamento y lo pueden hacer cualquier persona a condición de que done al pupilo alguna parte de sus bienes que no se le debe a título de legítima, pero estos tutores o curadores solo administran los bienes donados o dejados al pupilo, por esta razón se les da el calificativo de especiales, con el fin de distinguirlos del curador o tutor general que administran todo el patrimonio del pupilo. Este derecho lo tienen también los padres que se hicieron indignos de nombrar curador o tutor generales, pero a condición que solo sea para administrar los bienes donados o dejados al pupilo.

Característica interesante dentro del derecho de familia, es que por testamento se puede nombrar igualmente varios tutores o curadores para que ejerzan simultáneamente la guarda y el testador tendrá la facultad de dividir entre ellos la administración, más si no lo hace, el juez podrá confiarla, oídos los parientes del pupilo, a uno de los nombrados o a varios de ellos, y dividirla del modo que crea más conveniente a los intereses del pupilo.- arts. 451 y 453 del C.C. En caso de pluralidad de guardadores ejercerán de consuno la tutela o curatela mientras el patrimonio permanezca indiviso; pero si se divide, por la misma razón se dividirá la guarda y serán independientes entre sí. Con todo, el cuidado de la persona de cada pupilo corresponderá exclusivamente a su respectivo tutor o curador, aún durante la indivisión del patrimonio. También se puede nombrar tutores o curadores que se sustituyan o sucedan el uno al otro y establecida la sustitución o sucesión para un caso particular, se aplicará a los demás en que falte tutor o el curador, a menos

que claramente se vea que el testador ha querido limitar la sustitución o la sucesión al caso o casos indicados.
art. 454 C.C.-

Las tutelas testamentarias son figuras jurídicas - que admiten condición suspensiva o resolutoria y señalamiento de cierto día en que ha de comenzar y han de expirar.

2.- Tutela y Curatela Legítimas.- Tienen lugar cuando falta o expira la testamentaria y especialmente cuando en vida de los padres, es emancipado el menor y cuando se suspende la patria potestad por decreto judicial.

Las siguientes personas pueden ser llamados a ejercer la tutela o curatela:

a.- El padre o la madre y en su defecto los abuelos legítimos. Se debe tener en cuenta que cuando el hijo es emancipado por decreto judicial, en los casos contemplados en el artículo 315 no podrán ser llamados el padre o madre a ejercer la guarda pues es apenas lógico que si se les suspende la patria potestad no será correcto llamarlos a ejercer la guarda. El padre o la madre serán llamados a ejercer la guarda en estos casos: - Cuando se efectúa la emancipación del hijo por matrimonio y este es menor de diez y ocho años.- art. 314 ord. 2 C.C.; en segundo lugar cuando se presenta la emancipación voluntaria.- arts. 312 y 313 y en relación con los incapaces mayores de edad.

b.- El cónyuge, siempre que no esté separado de cuerpos o de bienes, por causa distinta del mutuo-consenso. ar. 457, ord 1. Un cónyuge estaría sometido-

a la curaduría del otro, cuando es menor de diez y ocho años y en segundo lugar si se le declara en interdicción por demencia.

c.- Los hijos legítimos o extramatrimoniales art. 457 del C.C.-

d.- Igualmente podrán ser llamados a ejercer la guarda los hermanos del pupilo y los hermanos de los ascendientes de aquel.- art. 457, ord. 4. Puede ocurrir que existan parientes en un mismo grado de prelación, el juez, oídos los parientes, eligirá el que pareciere más e conveniente o más de una cuando a ello haya lugar. Si muere o se hace incapaz el guardador se nombrará otro de la misma clase.- art. 459 del C.C.

3.- Tutelas y Curatelas dativas.- Cuando no se presentan las dos anteriores, y siguiendo el ordenamiento legal el artículo 460 dispone que se discierna la dativa. Puede ser interina cuando se retarde el discernimiento de la guarda testamentaria o legítima, o cuando el ejercicio de estas sobreviniere alguna dificultad y no se pudiere nombrar otro guardador.- art. 461 C.C.

La guarda dativa suele aplicarse con frecuencia en los casos en que no hay guardador testamentario, como sucede la mayoría de veces y cuando no hay individuos que se encarguen de la guarda legítima, o porque no existen, o por que son incapaces, o porque se excusan.

El tutor o curador dativo los nombra libremente el juez, oyendo a los parientes del pupilo y consultando los intereses de éste. También podrá nombrar más de un guardador, si lo estima conveniente.- art. 462 C.C.-

CONSTITUCION DE LAS TUTELAS Y CURATELAS

Capítulo V

Se ha dicho en diversas oportunidades que la tutela o curatela tiene como objetivo primordial la protección de la persona del pupilo y sus bienes, por ello se dice que las tutelas o curatelas se establecen no en favor del tutor o curador, sino del pupilo. Para alcanzar esta finalidad, la ley somete la constitución de la tutela o de la curatela a varias formalidades que son las siguientes: la obligación del tutor o curador a prestar fianza, discernimiento de la tutela o curatela y formación del inventario de los bienes administrados.

463) debe prestar fianza, excepto los siguientes:
 A.- La Fianza.- Todo curador debe garantizar por medio de fianza la administración de los bienes del pupilo. Sin el cumplimiento de esta formalidad el juez no podrá discernir la tutela o curatela, así lo establece el artículo 464 C.C., en éste, expresa de otorgar fianza o caución, y los dos siguientes no utilizan la expresión caución, lo cual da a entender como si fueran sinónimas, sin embargo tanto en la doctrina como en la práctica ellas se utilizan en sentidos diferentes. La caución es la seguridad que una persona da a otra sobre el cumplimiento de sus obligaciones; y como es seguridad y toda obligación se traduce en un objeto, dicha seguridad necesariamente debe recaer sobre bienes, los cuales reemplazarán el objeto de la obligación que no se haya cumplido.

La fianza es la obligación que una o varias personas contraen de responder por el cumplimiento de una obligación ajena, en caso de que el deudor principal no la cumpla. Se puede decir que es una caución general -

porque el fiador compromete la totalidad de su patrimonio, pudiendo de esta manera por incumplimiento del deudor principal el acreedor escoger cualquiera de los bienes del fiador. La fianza puede consistir en hipoteca, prenda y el seguro. Una de las garantías quizá más eficaces es la prenda cuando consiste en dinero, títulos valores o equivalentes en dinero, como bonos, cédulas etc.

Vale la pena insistir en la regulación del código en el art. 466 C.C. establece que en vez de fianza podrá prestarse hipoteca suficiente, y el 2.363 en su párrafo 2o. dice: "si la fianza es exigida por la ley o decreto del juez, puede sustituirse a ella una prenda o hipoteca suficiente. Todos los tutores según el art. 463 debe prestar fianza, excepto los siguientes:

El cónyuge, los ascendientes y descendientes legítimos. La ley preceptúa que si un menor de diez y ocho años contrae matrimonio, queda emancipado de la patria potestad y en este evento si el otro cónyuge es mayor de edad, será el llamado a ejercer la curaduría del otro.

Los guardadores interinos, llamados por poco tiempo para servir el cargo.

Los guardadores que se dan para un negocio particular, sin administración de bienes.

"El tutor o curador que fuere persona de reconocida probidad y de capacidad suficiente para responder por los bienes, podrá ser relevado de la fianza, pero a condición de que los bienes del pupilo sean pocos. Esta excepción ha sido rechazada por algunos autores por

diversas razones" (11)* ello indica que los actos realizados no son nulos sino inoponibles.

Cuando la persona que deba rendir fianza mediante una de las formas posibles para constituirla y no lo pueda hacer deberá renunciar o excusarse de servir el cargo. art. 605 C.C. y si no lo hace dentro de los plazos señalados por el código el juez deberá declarar inválido su nombramiento. En este evento no tendrá aplicación el 609 porque se trata de un guardador insolvente que no podrá dar caución de ninguna naturaleza, sino el real patrimonio, cuál su carga, los gravámenes, la

situación B. Discernimiento de la Tutela y la Curatela. - El activo es: Cumplida la fianza, se discierne el cargo de tutor o curador. El discernimiento lo realiza

el juez y consiste en la autorización al tutor o al curador para que entre a ejercer el cargo. - art. 463 C.

Deben ser discernidas tanto las guardas generales como las especiales, o sea autorizadas por el juez y el curador "ad litem", o sea que el nombrado para un

negocio particular, sin tener administración de bienes también necesita del discernimiento. Igualmente los guardadores interinos, adjuntos, etc. O sea que no existe guarda sin discernimiento. Tiene por objeto de

terminar el día en que comienza la administración de los bienes del pupilo, y por lo tanto, la fecha en que comienza la responsabilidad del guardador. los bienes

son exigidos para reportar los gastos de la formación del

Los actos realizados por el tutor o guardador, sin el respectivo discernimiento carecen de validez, art. 467, una vez obtenido éste podrá validar los actos anteriores.

Se debe observar que el artículo usa el término nulidad, quizá en forma indebida, ya que el guardador actúa como representante legal y esta nace desde

los anteriores. tratado de derecho civil colombiano

(11)* CHAMPEAU y URIBE
biano., pág. 776.

luego del discernimiento, ello indica que los actos realizados no son nulos sino inoponibles.

C. Inventario de los Bienes Administrados.- Al asu-

mir la administración el guardador deberá realizar como primer acto la elaboración de un pormenorizado inventario del patrimonio que va a administrar. Entonces se podría afirmar sin lugar a dudas que el inventario es uno de los principales actos, ya que con él se determina el real patrimonio, cuál su carga, los gravámenes, la situación jurídica de cada uno de sus bienes tanto del activo como del pasivo.

La ley no exime a ningún guardador de hacer inventario, incluso a aquellos que están exonerados de rendir fianza, si el testador exime al guardador de hacer el inventario ésta se tendrá por no escrita, así lo prescribe el art. 469 del C.C. Es tan imprescindible el inventario para poder fijar la responsabilidad del tutor o guardador.

Como todos los actos jurídicos de importancia, el inventario debe ser solemne, esto es, debe realizarse por medio de escritura pública.- art. 471 C.C.-, la única excepción a realizar escritura es cuando los bienes son exiguos para soportar los gastos de la formación del inventario, en este evento el juez oirá a los parientes del pupilo y al agente del ministerio público y cambiará la obligación de la solemnidad de la obligación por un documento privado el cual deberá estar refrendado por el tutor o curador, y por tres de los parientes más cercanos mayores de edad, o por otras personas respetables, cuando faltaren los anteriores.

El código señala en el artículo 468 C.C. que el inventario debe realizarse dentro de los 90 días al discernimiento de la tutela o curatela y antes de intervenir de alguna manera en la administración a no ser que esa intervención fuera absolutamente necesaria, como reedificar un inmueble, cobrar un crédito, es decir, evitar de alguna manera que se disminuya el patrimonio del pupilo. El mismo artículo dispone, el juez podrá reducir el plazo o en su defecto ampliarlo, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

Por la falta de inventario dentro del término previsto, como sanción podrá ser removido del cargo de la tutela o curatela como sospechoso y será condenado al resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados al pupilo, en igual forma si hubiere incurrido en culpa grave o en dolo.

El inventario consiste en una relación exacta de todos los bienes del pupilo y la situación jurídica de los mismos.

El orden que debe observar el inventario es el siguiente: en primer lugar se hace una relación precisa de todos los bienes muebles del pupilo, con especificación de su estado, su calidad y si fuere posible su peso; tratándose de muebles afectivos, debe constar la mezcla, la mezcla. La descripción de estos muebles tiene especial importancia por cuanto la ley les da un tratamiento especial que a los demás muebles.- art. 483 C.C. pone de manifiesto que el el guardador relación de bienes que no existían, o exageró el número, peso o valor.

En segundo lugar se efectuará una relación exacta de los bienes inmuebles, con la claridad precisa de los gravámenes que sobre ellos recaiga o derechos reales que

sobre los mismos se hayan constituido, teniendo en cuenta las escrituras públicas, privadas, títulos de propiedad etc. científicos.

En tercer lugar deben relacionarse todos los créditos que existan en favor del pupilo, así como las deudas que obren en contra suya.

Si existieren bienes incorporales deberán especificarse en forma clara. Siempre se deberá interpretar en favor del pupilo, a menos que se pruebe lo contrario.

Puede ocurrir que elaborando el inventario, se encuentren nuevos bienes que se hallaren en poder de otras personas o por determinadas circunstancias como la donación de bienes que se hace al pupilo. En todos estos eventos se procederá a hacer un inventario en forma solemne para agregarlos al inventario primitivo, así lo ordena el art. 473 C.C. al guardador. - art. 479 C.C. -

Es necesario poner de manifiesto que los bienes que no son del pupilo deben inventariarse y a ellos también se extiende la responsabilidad.

La finalidad de ser meticoloso en la realización del inventario se encuentra en poder establecer el límite de la cuantía del patrimonio y los elementos constitutivos del mismo y así determinar sin dar lugar a equívocos hasta donde se extiende la responsabilidad del guardador.

Se pone de manifiesto que si el guardador relacionó bienes que no existían, o exageró el número, peso o valor o les atribuyó calidad distinta de la que merecían, no valdrá alegación que haga de haber cometido error, salvo que logre probar la buena fe que tuvo al hacerlo,

FUNCIONES DEL TUTOR Y DEL CURADOR

o sea que a pesar de todo el cuidado que tomó y de su buena fe, cayó en error por falta de conocimientos técnicos, o científicos.

Pero si procedió de mala fe, no será oído en ningún caso aunque ello pruebe que trajo beneficios al pupilo, art. 477 del C.C.

Quando hubiere pasajes oscuros o dudosos en el inventario, art. 478, siempre se deberá interpretar en favor del pupilo, a menos que se pruebe lo contrario.

Para concluir este capítulo se debe anotar que cuando un nuevo tutor o curador reemplace al inicial, recibirá los bienes teniendo como base el inventario inicial, haciendo notar las diferencias que encontrare, mediante la elaboración de escritura pública, la cual le servirá de nuevo inventario al guardador.- art. 479 C.C.-

será repetido en favor del pupilo si lo favorece, de lo contrario, o sea si es desventajoso, se comprueba la responsabilidad del tutor o curador. Con lo anterior la ley pretende proteger al pupilo. Se ha pronunciado algunas disquisiciones acerca de que el esta regla debe aplicarse a quien ejerce la patria potestad sobre sus hijos, pues la ley nada dice sobre el particular y en esta línea que se debe aplicar, en virtud del principio de la analogía ya que obedece a un principio que persigue la misma finalidad, la protección del pupilo.

Respecto de los bienes que son objeto de administración, el tutor o curador no administra los bienes que integran el peculio profesional e industrial del pupilo, ni tampoco podrá administrar los bienes que se le hayan por herencia o legados con la condición de que el

FUNCIONES DEL TUTOR Y DEL CURADOR

Capítulo VI

La actividad del tutor y del curador como representante legal del menor o del incapaz están en su mayoría relacionadas con las que desarrollan el padre o la madre en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. Por ello la persona que desempeña estas múltiples funciones se asemeja a la persona que cumple con el ejercicio de la patria potestad.

A.- Naturaleza de la Obligación de Administrar.-

Los actos que realiza el tutor o curador recaen sobre los bienes del pupilo art. 1.505 del C.- C. Por lo tanto todos los actos o negocios jurídicos que realice en representación del pupilo, deberá expresarse esta circunstancia, si no lo hace el negocio solo será reputado en favor del pupilo si le favorece, de lo contrario, o sea si es desventajoso se compromete la responsabilidad del tutor o curador. Con lo anterior la ley pretende proteger al pupilo. Se ha presentado algunas disquisiciones acerca de que si esta regla debe aplicarse a quien ejerce la patria potestad sobre sus hijos, pues la ley nada dice sobre el particular y se afirma que si debe aplicarse, en virtud del principio de la analogía ya que obedece a un principio que persigue la misma finalidad, la protección del pupilo.

Respecto de los bienes que son objeto de administración, el tutor o curador no administra los bienes que integran el peculio profesional e industrial del pupilo, ni tampoco podrá administrar los bienes que se le hayan dejado por herencia o legado con la condición de que el

tutor o curador no los administre.

B. Contenido de la Obligación de Administrar.—
La obligación de administrar bienes del pupilo tiene dos aspectos interesantes: la facultad de representar al incapaz y la de autorizar al menor adulto.

El tutor o el curador representan al pupilo libremente en los negocios jurídicos de administración que recaen sobre muebles; en los negocios de disposición que versen sobre inmuebles y los relativos a derechos hereditarios, tienen representación, pero debe obtenerse autorización judicial.

El curador y tutor en cada caso están obligados a procurar los mejores beneficios y ventajas posibles, repararlos y cultivarlos, sin distinguir si se trata de muebles o inmuebles.— art. 481 del C.C.

La doctrina francesa considera como actos de administración que debe realizar todo tutor o curador, los siguientes: "1.— Asegurar los inmuebles expuestos a incendio, especialmente si se trata de casas o edificios en centros urbanos. 2.— Asegurar contra accidente el personal que trabaje bajo la dependencia del pupilo. 3.— Sanear los títulos de propiedad de los bienes del pupilo. 4.— Pagar las deudas del pupilo para evitar embargos. 5.— Procurar preconstituir los títulos de los créditos que tenga el pupilo. 6.— Pagar oportunamente todos los impuestos que graven la renta, capital y predios del menor y 7.— Elegir y escoger los mandatarios para la administración de los bienes, cuando el tutor no pueda administrarlos directamente". (12)*.

(12)* SAVATIER en Planiol y Ripert. Tratado de derecho teórico y práctico de derecho civil francés., pág 498.

Se puede afirmar que esta jurisprudencia es perfectamente aplicable a nuestro derecho, ya que el artículo 481 permite afirmar que el tutor o curador no solo es responsable por sus faltas positivas, sino también por sus omisiones.

En cuanto a los negocios de disposición a título oneroso, son iguales las facultades al que ejerce la patria potestad. Podrá proceder a la venta o permuta de bienes muebles del pupilo, igualmente los podrá dar en prenda con excepción de los que tengan un valor de afectación o que sean preciosos.

Deberá prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores garantías y al interés corriente o comercial o si lo estimare conveniente podrá adquirir bienes raíces. Por la omisión en esta materia será responsable del lucro cesante, es decir, de los intereses o frutos civiles que se dejen de percibir por no poner a producir los dineros ociosos. art. 495 del C.C.

El tutor o curador como una de sus funciones, deberá hacerle pagar lo que se le deba por parte de deudores una vez sea exigible dicho pago y perseguir a los deudores por medios legales, así como interrumpir las prescripciones de los créditos del pupilo. arts. 497 y 498 del C.C.

Hay algunas limitaciones a las facultades mencionadas, así el dinero dejado o donado al pupilo para adquirir bienes raíces, no lo podrá destinar el tutor o curador a otro fin, salvo que haya autorización judicial, con conocimiento de causa.

Por otra parte los compromisos o transacciones sobre derechos del pupilo, aunque no recaigan sino sobre-

bienes muebles, pero que se avalúan en más de mil pesos, requieren decreto judicial y en cada caso la transacción o el fallo del compromisario se someterán a la aprobación judicial, so pena de nulidad.- art. 489 del C.C.- La actuación del juez es doble: una para autorizar y otra para aprobar.

La enajenación o constitución de derechos reales relativos a bienes muebles de carácter afectivo o que sean preciosos, también requieren autorización judicial, la que no se dará sino por causa de necesidad o utilidad manifiesta.

Quando los actos de disposición son a título gratuito, solo con previo decreto judicial podrá el tutor o curador hacer donaciones en dinero o de otros bienes muebles del pupilo y el juez no las podrá autorizar sino por causa grave, por ejemplo socorrer a un consanguíneo necesitado siempre que no sufran menoscabo notable los bienes del pupilo. Cuando el monto de la donación son de poco valor para objetos de caridad o de limosna recreación no estarán sujetos a la anterior limitación.- art. 491 parr. 2o.- La regla anterior se aplica al caso de la remisión gratuita de un derecho o crédito.- art. 492 del C.C.

Quando se trata de bienes inmuebles estos negocios siempre requieren de autorización judicial. No podrán enajenarse los bienes raíces del pupilo, ni gravarse con derechos reales - hipoteca, servidumbre, usufructo, - sin previo decreto judicial y no podrá darse sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta.

Esta última regla tiene dos excepciones, la primera se refiere al evento en que ha precedido decreto de

ejecución y embargo sobre bienes raíces del pupilo, por razón de deudas de éste: hay razón en esta excepción, porque las ejecuciones forzadas siempre se hacen en pública subasta. La segunda excepción se refiere a la transmisión de bienes raíces al pupilo con la carga de constituir hipoteca o servidumbre.- art. 484, párr. 2o. y 3o.- A este respecto también cabe preguntarse si se necesita decreto judicial para el caso de transferencia de un bien raíz al pupilo con carga de constituir un usufructo en favor de otra persona y a ello se responde que si el mencionado usufructo no quedó constituido antes, como comunmente sucede, se necesita licencia judicial. El pupilo no podrá ser obligado como fiador, sin previo decreto judicial y el juez lo autorizará en favor del

En el ejercicio de la acción divisoria, ésta no se podrá llevar a efecto sin previa autorización judicial, salvo que el juez haya decretado la división a solicitud de uno de los comuneros.- art. 485 del C.C.- Para que tenga efecto deberá darse un nuevo decreto judicial, por medio del cual debe aprobarse y confirmarse, con audiencia pública del respectivo defensor.- art. 488 del C.C.

Tratándose de una herencia, el tutor o curador no podrá repudiar sin previo decreto judicial ninguna herencia deferida al pupilo, con conocimiento de causa, tampoco deberá aceptarla sin beneficio de inventario.- art. 486 C.C.- Tampoco pueden repudiarse las donaciones y legados sin decreto del juez, y si impusieren cargas o gravámenes al pupilo, no podrán aceptarse sin previa tasación de las cosas donadas o legadas.- art. 487 del C.C.-

Es indispensable el decreto judicial para proceder a la división de los bienes hereditarios, aunque solo -

Las tutelas y curatelas.
sean muebles, y una vez hecha la división, se requiere así mismo aprobación judicial.- arts. 485 y 488 del C. C.-

La donación de bienes raíces le está totalmente-prohibida al tutor o curador, aún con decreto judicial.

Además de la regla general existen excepciones. Los actos en favor del tutor o curador cuando haya varios tutores o curadores requieren del consentimiento de éstos o de decreto judicial. Tampoco podrá tomar en arriendo o comprar bienes raíces que sean del pupilo, ni sus parientes más cercanos pueden hacerlo.- El pupilo no podrá ser obligado como fiador, sin previo decreto judicial y el juez lo autorizará en favor del cónyugue, de un ascendiente o descendiente legítimo del pupilo y por causa urgente y grave.

En el artículo 480 dice "Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo", parece dar a entender que el tutor puede autorizar al impúber, pero ello no es así, porque el régimen de la autorización solo tiene cabida respecto de los menores adultos. Dicho régimen no es aplicable ni en las tutelas ni curatelas de enfermos mentales o sordomudos, ya que los actos de estos incapaces están afectados de nulidad absoluta.

Los menores adultos tienen alguna capacidad de obrar por cuanto nuestro régimen civil prescribe que sus actos están atacados de nulidad relativa, la cual es subsanable.

Los tutores o curadores deberán representar al pupilo en todos los actos judiciales como se dijo antes tiene similitud con el ejercicio de la patria potestad y lo dicho sobre esta representación es aplicable a -

las tutelas y curatelas. Ambros del pupilo.

C. Responsabilidad de Tutores y Curadores.- La comisión de fraude o culpa grave, pero al respecto la regla general es que todo tutor o curador es responsable de todos los daños que por su administración cause en el patrimonio del menor y que sean debidos a culpa suya - así sea leve. Además de la regla general existen textos legales señalados casos concretos sobre la responsabilidad del tutor o curador. penal". (13)

Si el tutor o curador no coloca los capitales productivos del pupilo, responde por el lucro cesante, significa, los intereses o ganancias que hubiera producido al ser colocado a producir.- art. 495, párr. 3o.-

C. En la práctica resulta muy difícil probar que un administrador negligencia en la formación del inventario a que están obligados a hacer y deberá resarcir todos los daños que ello pudiere ocasionar.- art. 468, párr. 3o.-

La responsabilidad de los guardadores se extiende a la mora en el tutor o curador en excusarse de servir el cargo y que hubiera podido evitar con mediana diligencia, lo responsabilizan de todos los perjuicios que su retardo ocasionare.- art. 609 C.C.-

El incumplimiento de sus obligaciones por el tutor o curador hace presumir la comisión de culpa. En efecto, en varios casos el guardador no solo debe indemnizar sino que pierde la guarda. Sobre lo anterior el art. 627 del C.C. dice que los tutores y los curadores serán removidos: 1.- Por incapacidad; 2.- Por fraude o culpa grave en el ejercicio del cargo y en especial las señaladas en los arts. 468 y 523; 3.- Por ineptitud manifiesta; 4.- Por actos descuidados de administración; 5.- Por conducta inmoral de que pueda -

resultar daño a las costumbres del pupilo.

El numeral 2o. del artículo en mención habla de la comisión de fraude o culpa grave, pero al respecto conviene señalar que son dos nociones diferentes. La Corte Suprema de Justicia ha dicho: "El fraude en la administración de los guardadores reviste mayor gravedad que la culpa lata pues si bien es verdad que ésta equivale al dolo, ello ocurre en materias civiles; sino que apareja responsabilidad penal". (13)*

Una presunción de culpa grave negativa se presenta cuando el patrimonio se deteriora o se disminuye como consecuencia de la administración, y no logra destruir esa presunción establecida en el art. 628 del C. C. En la práctica resulta muy difícil probar que un administrador de bienes ajenos ha cometido culpa por negligencia, por ello la razón de que se presume cuando hay pérdida o deterioro de los bienes del pupilo.

La responsabilidad de los guardadores se extiende a los frutos ya que los guardadores en ningún caso gozan del usufructo legal de los bienes que administran y antes por el contrario deben aumentar el patrimonio del pupilo; cuando la administración la ejercen varios tutores habrá que distinguir si ésta se ha distribuido o no, en el último caso todos los administradores serán responsables solidariamente tanto de sus actos como de los demás administradores y si se ha dividido la guarda, es natural que cada uno de los administradores deberá responder por sus actos y solo responderá subsidiariamente de los actos de los demás guardadores, en cuanto hubiere podido detenerlos ejerciendo la acción

(13)* Gaceta judicial., t, XXVII, pág. 63

establecida en el artículo 505 del código, o sea, obligándolos a exhibir las cuentas de su administración ante el juez respectivo. bienes que administra.- art. 614 C.C. Esta regla tiene dos excepciones: "Una cuando

los [La responsabilidad no será solidaria cuando la división de la administración la efectuó el testador, o mediante decisión del juez, pero no por documentos privados, ya se dijo que es un acto jurídico que está revestido de ciertas formalidades. La ley permite que todos y cada uno de ellos ejercen vigilancia sobre la administración y controlar su funcionamiento. La responsabilidad subsidiaria se extiende aún a los tutores o curadores que no administran bienes del pupilo y a los curadores adjuntos.- art. 508 párrafos 2o. y 3o.-; pero no hay responsabilidad subsidiaria cuando la administración de uno de los guardadores se encuentra en departamento distinto de aquel en donde administra otro guardador que se haga responsable.- art. 509 C.C.

2.- El tutor o curador tiene derecho a que se le pague. El Decreto No. 100 de Enero 23 de 1.960 en su artículo 266 prescribe: "El que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa de un mil a cien mil pesos, siempre que el hecho no constituya otro delito." Es de notar que este decreto hizo más gravosa la multa pecuniaria que la establecida en el art. 41 de la ley 75 de 1.968 en donde la sanción pecuniaria de este delito era de cincuenta mil pesos.

617 C.C. Se debe tener en cuenta que la excusa del tutor D. Remuneración de los Tutores y Curadores. - Los arts. 614 a 626 del C.C. señala reglas precisas acerca de la remuneración de los guardadores y son como siguen en forma resumida: 102.

no p. 1.- En general, el tutor o curador tendrá como remuneración por su trabajo la décima parte de los frutos obtenidos por los bienes que administra.- art. 614 C.C. Esta regla tiene dos excepciones: 1.ª Una cuando los frutos fueren tan escasos que apenas alcancen para la subsistencia del pupilo, el tutor o guardador será obligado a servir gratuitamente.- art. 622 C.C.- y en segundo lugar cuando el patrimonio del menor produjere frutos y deban invertirse todos en gastos necesarios y urgentes, o cuando produjere frutos muy exiguos, el juez puede fijar equitativamente la remuneración, aplicando por analogía el 626 del C.C. relativo a los curadores de bienes, los cuales no tienen derecho a la décima parte de los frutos, sino la suma que prudencialmente fije el juez, puede ocurrir cuando los bienes son de alguna consideración pero que se deben sanear de gravámenes, prescripciones" etc. - (14)* 614 párrs. 2o. y 3o.-

2.- El tutor o curador tiene derecho a que se le pague separadamente los gastos que haya hecho en ejercicio de su cargo, sin que se le impute a la décima parte de los frutos.- art. 503 y 616 C.C. Además la asignación que de manera expresa le haya hecho el testador al tutor o curador en recompensa por su trabajo se imputará a lo que de la décima parte de los frutos y si valiere menos tendrá derecho a que se le complete su remuneración; pero si valiere más no será obligado a pagar el exceso mientras éste quepa en la cuota de bienes que el testador pudo disponer a su arbitrio.- art. 617 C.C. Se debe tener en cuenta que la excusa del tutor para servir el cargo le priva de la asignación que se le haya hecho como remuneración, y si la excusa sobreviniere al ejercicio del cargo, se le privará de usarla. Gaceta Judicial. t., XXX, pág. 102.

(14)* Gaceta Judicial. t., XXX, pág. 102.

na parte proporcionalmente. art. 618 C.C. Igual cosa debe aplicarse con respecto a las incapacidades.

3.- La comisión de un fraude da lugar a la pérdida de la décima parte de los frutos, y el descuido en la administración respecto de algunos bienes se sanciona con la pérdida de la décima parte de los frutos producidos por esos bienes.- art. 621 C.C.

4.- El tutor o curador cobrará su décima parte a medida que se vayan obteniendo los frutos, esta parte se sacará de las ganancias líquidas, deducidos los gastos para hacerlos producir.- art. 623 C.C.

5.- Si hay varios guardadores, se divide entre ellos la décima parte, teniendo en cuenta el trabajo realizado por cada uno de ellos.- art. 614 párrs. 2o. y 3o.-

6.- Entre los frutos no se indican las cosas que se indican en el 625, ni tampoco las pensiones oficiales de que goce el pupilo, las cuales son acreencias contra el tesoro público y no producto del rendimiento de los bienes.

7.- La décima parte de los frutos les corresponde solo a los tutores o curadores generales, no a los curadores especiales de bienes, ni a los curadores "ad litem", quienes reciben por su trabajo la cantidad que prudencialmente fije el juez.- art. 826 C.C.-

E.- Rendición de Cuentas.- Todos los administradores de bienes ajenos están en la obligación de rendir cuentas de su administración, en otras palabras explicar los gastos he

chos, las inversiones de los capitales, de la recolección de los frutos, del pago de las deudas, del cobro de acreencias, de las reparaciones necesarias, etc. La ley señala la forma y requisitos como se han de llevar estas cuentas para que reciban la aprobación del juez. Dado que la administración puede durar mucho tiempo no solo se le obliga rendir cuentas al final de la administración, sino que debe llevar diariamente un registro de sus actos de administración.

El artículo 504 del C.C. dice: "El tutor o curador es obligado a llevar cuenta fiel, exacta, y en cuanto fuere dable, documentada, de todos sus actos administrativos, día por día; a exhibirla luego que termine su administración a restituir los bienes a quien por derecho corresponda; y a pagar el saldo que resulte en su contra". El mismo artículo agrega "todo tutor o curador, inclusive el testamentario, sin embargo de que el testador le haya exonerado de rendir cuenta alguna o le haya condonado anticipadamente el saldo; y aunque el pupilo no tenga otros bienes que los de la sucesión del testador, y aunque se le dejen bajo condición precisa de no exigir cuenta o saldo, semejante condición se tendrá como no escrita".

De este artículo se desprenden las siguientes consecuencias: 1.- Todo tutor o curador, sea interino o no, están obligados a llevar cuentas sin excepción alguna, así sea muy exiguo el patrimonio que administran.

2.- Las cuentas deben ser fieles y documentadas. No sirve de prueba el simple testimonio o la confesión del guardador acerca de cómo llevó las cuentas.

El guardador debe ser cuidadoso en los gastos que realice y hacer expedir recibos de cada una de sus gestiones, especialmente cuando sean en dinerario. Es grave, - tendrá el pupilo el derecho a apreciar y jurar la cuantía del daño. 3.- La cuenta abarca todos y cada uno de los actos administrativos del guardador, sin exceptuar uno solo, por más que sea de poca importancia. art. 512 C.C.

4.- Las cuentas han de ser llevadas día por día, en libros de cuentas donde quedará consignada la operación. Es al arbitrio del pupilo, es decir, que este no necesita probarlos, aun cuando el juez puede reducirlos.

5.- Como la obligación de llevar cuentas es de orden público, nadie puede exonerar a un guardador de llevarlas, ni siquiera el testador mismo, no obstante las facultades que permite nuestro sistema jurídico cuando expresa su última voluntad. conforme lo establece el art. 504 C.C. Por dolo emergente se entiende la pérdida.

Cuando los guardadores no llevan cuentas o las llevan irregularmente, están sometidos a severas sanciones. La Corte Suprema de Justicia dice: "El curador que, aun de buena fe, aunque contra él no se haya deducido cargo alguno doloso en el juicio de administración, haya dejado de llevar la cuenta exacta y detallada que exige el artículo 504 del Código Civil, no tiene derecho a reclamar la décima parte de los frutos que la ley le asigna en remuneración por su trabajo en el manejo de los bienes pupilares, y esto porque la liquidación de la décima parte depende de la cuenta que el curador presente, y no podrá deducirse al tanto" (15) etc.

Por otra parte, contra el tutor o curador que no
 (15) Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. t., VIII, pág. 216. ... lugar al juez cuando lo estime

dé verdadera cuenta de su administración, exhibiendo a la vez el inventario y las existencias, o que en su administración fuere convencido de dolo o culpa grave, - tendrá el pupilo el derecho a apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido, incluyendo el lucro cesante, para que se le condene a la cuantía apreciada y jurada, salvo que el juez tenga a bien moderarla.- art. 512 C.C.

Como se puede apreciar, la estimación de los perjuicios quedan al arbitrio del pupilo, es decir, que este no necesita probarlos, aun cuando el juez puede reducirlos. art. 503 del C.C.

Los perjuicios comprenden el daño emergente y el lucro cesante y ambos debe indemnizarlos el tutor o curador cuando no llevó las cuentas conforme lo establece el art. 504 C.C. Por daño emergente se entiende la pérdida o desvalorización de los bienes que administra, y lucro cesante las ganancias que dejaron de percibirse por mala administración, el primero hace referencia al capital o patrimonio y el segundo a los frutos.

Todo curador o tutor está obligado a exhibir las cuentas de su administración, en los casos ordenados por la ley.

La exhibición de cuentas consiste en mostrar los originales de ellas a los interesados o al juez, por el tiempo que sea necesario para que las examine y las apruebe.

Todas las personas que tengan algún interés sustitulares de la acción exhibitoria de cuentas, así podrá exigir en primer lugar el juez cuando lo estime -

conveniente y por lo tanto de oficio podrá pedir que el tutor o curador exhiba las cuentas. También se le podrá ordenar que exhiba cuentas a un curador interino - que el juez nombre para el caso.- art. 505 C.C. En segundo lugar podrán ejercer esta acción los demás tutores o curadores del pupilo, pero alegando causa grave, la cual será calificada por el juez verbalmente. A estas personas les interesa la buena marcha de la guarda pues son responsables solidariamente por cualquier negligencia, cuando no ha habido división de la administración. En tercer lugar puede pedir la exhibición de cuentas el agente del ministerio público, de acuerdo al art. 505 del C.C. En cuarto lugar la pueden pedir cualquiera de los consanguíneos más próximos del pupilo, su cónyuge u otra persona que compruebe un justo y legítimo interés de estar informado de la administración, por ser acreedor del pupilo o por otra causa semejante. Por último es titular de ejercer esta acción el pupilo, quien es el principal interesado.

Las cuentas deberán exhibirse al terminar la curatela por haber llegado a la mayoría de edad, el pupilo. La misma regla cuando la curatela termina por decreto judicial que declara capaz al enfermo mental, al disipador o sordomudo, por haber cesado las causas de su incapacidad.

Cuando la tutela o curatela termina por la muerte del pupilo, las cuentas deben rendirse a los herederos o a los representantes de estos.

Finalmente cuando la tutela o la curatela terminan por incapacidad sobreviniente, por excusa aceptada, o por remoción, las cuentas deben rendirse al tutor o curador que lo sucedan en la guarda, pero las cuentas de

ben ser aprobadas por decreto judicial.- art. 511 del C.C. párr. 2o.- capaces y si el pupilo muere después del pupillaje y antes de cumplirse los cuatro años, prescribir. Puede ser que la rendición de cuentas cause controversias, que pueden ser privadas o de carácter oficial. Puede ser entre tutor o curador cuando pasa a uno que lo reemplaza, estos tienen derecho a discutir las. Igualmente podrá discutir las el pupilo cuando es a él a quien se le rinden.

Cuando es judicial, entonces se adelantará un juicio que se regirá por el código de procedimiento civil.

Rendidas las cuentas, el saldo que resulte a cargo del tutor o curador deberá ser pagado o cobrar de aquellos que sean acreedores.- art. 513 C.C.- Se entiende que la cuenta queda cerrada desde el día en que se rindió y aprobó. De los saldos que sean deudores los tutores o curadores deberán pagar intereses corrientes, sin perjuicio de la acción ejecutiva.

La consecuencia lógica de la rendición de cuentas, cuando termina la guarda, es la de entregar los bienes administrados; pero esto no impide que entre el tiempo en que le fueron aprobadas las cuentas y el momento de la entrega, el guardador ejecute actos de administración que sean urgentes y aquellos de que seguiría perjuicio al pupilo, de no ejecutarlos.- art. 506-C.C.

La prescripción de las acciones que tiene el pupilo contra el tutor o curador, prescriben en cuatro años que se cuentan desde el día en que el pupilo haya salido del pupillaje. En caso de muerte del pupilo, la

REGULAS ESPECIALES DE LAS CLASES DE GUARDAS

acción comenzará inmediatamente a prescribir si los interesados fuesen capaces y si el pupilo muere después del pupillage y antes de cumplirse los cuatro años, prescribirá la acción en el tiempo que falte.- art. 514 C.-

C. Los incapaces sometidos a guarda pueden clasificarse en varios grupos según las distintas condiciones en que se encuentre se puede hablar de la tutela de infante; de la curaduría del menor adulto; curaduría del enfermo mental; curaduría del disipador y curaduría del borracho.

A.- Tutela del Infante.- Quizá entre las principales deberes de todo

tutor, es el de velar por la crianza y educación del pupilo. Cuando por decisión testamentaria el padre o la madre hayan indicado la persona que debe encargarse de esos cuidados, el tutor deberá controlar si efectivamente se cumple y si no lo hace deberá recurrir al juez para su cabal cumplimiento.-art. 517 y 518 C.G.- Pero cuando no se ha dispuesto de esa manera le corresponde cumplir con esa obligación el tutor utilizando para ello el dinero necesario de los bienes que administra, especialmente de los frutos. El juez podrá fijar la suma necesaria para ello. Si los frutos no alcanzaran para una moderada sustentación y para una educación adecuada, podrá el tutor o curador enajenar o gravar parte de los bienes, aunque sin contraer empréstito ni tocar los bienes raíces o los capitales productivos, a no ser por extrema necesidad y con autorización del juez.

En caso de indigencia del pupilo, recurrirá el tutor a las personas que por relaciones con el pupilo están obligados a prestarle alimento, reconviniéndolas judicialmente, para que así lo hagan.- art. 517 a 522 del

76.

REGLAS ESPECIALES DE LAS CLASES DE GUARDAS

Capítulo VII

Los incapaces sometidos a guarda pueden clasificarse en varios grupos según las distintas condiciones en que se encuentre se puede hablar de la tutela de impúber; de la curaduría del menor adulto; curaduría del enfermo mental; curadurías del disipador y curaduría del sordomudo.

A.- Tutela del Impúber.- Quizá entre los principales deberes de todo tutor, es el de velar por la crianza y educación del pupilo. Cuando por desición testamentaria el padre o la madre hayan indicado la persona que debe encargarse de esos cuidados, el tutor deberá controlar si efectivamente se cumple y si no lo hace deberá recurrir al juez para su cabal cumplimiento.-art. 517 y 518 C.C.- Pero cuando no se ha dispuesto de esa manera le corresponde a él el dinero necesario de los bienes que administra, especialmente de los frutos. El juez podrá fijar la suma necesaria para ello. Si los frutos no alcanzaren para una moderada sustentación y para una educación adecuada, podrá el tutor o curador enajenar o gravar parte de los bienes, aunque sin contraer empréstito ni tocar los bienes raíces o los capitales productivos, a no ser por extrema necesidad y con autorización del juez.

En caso de indigencia del pupilo, recurrirá el tutor a las personas que por relaciones con el pupilo están obligados a prestarle alimento, reconviniéndolas judicialmente, para que así lo hagan.- art. 517 a 522 del C.C.

Si el tutor no encuentra la persona que le debe -- proporcionarle alimentos, el tutor tendrá la obligación de colocarlo bajo el cuidado del instituto de bienestar familiar.

La negligencia del tutor en proveer la congrua -- subsistencia del pupilo será causa suficiente para relevarlo de la guarda.- art. 523 del C.C.-

Como puede observarse en forma clara, hay una gran diferencia en la reglamentación legal en cuanto a la administración de los bienes del pupilo y la dirección de la persona. Respecto a los bienes existe una minuciosa reglamentación y se establecen graves sanciones para el tutor o curador que no cumple sus obligaciones; la dirección de la persona, por el contrario está reglamentada en forma deficiente.

B. Curaduría del Menor Adulto.- Sobre el particular existen dos

reglas: La primera se refiere a que el curador debe tener especial cuidado en establecer al pupilo, proveyendo a los gastos del arte o profesión a que este se dedica, y en caso de matrimonio del pupilo, estará obligado a manifestar su consentimiento en cualquier sentido y debe explicar las causas de su decisión.- art. 120 a 122 C.C.-

La segunda regla consiste en que el curador del menor adulto podrá representar al pupilo mediante autorización, lo cual significa que realmente puede confiarle una parte de la administración de sus bienes, autorizando cada acto para que tenga plena validez, a fin de irlo preparando en los negocios. Esta autorización se resumirá en todos los actos anexos a ella.- art. 529 del C.C.-

Si el curador con su actuación ocasionare algún perjuicio al menor adulto, este podrá recurrir ante el agente del ministerio público y si el funcionario encuentra fundadas las peticiones del menor adulto, le solicitará al juez que tome las medidas correspondientes.

Las reglas contenidas en el capítulo XXVI del C.C. para la curaduría del menor adulto son iguales a las del tutor en relación con los impúberes.

C.- CURADURIA DEL ENFERMO MENTAL. - Los enfermos mentales interdic-
tos se encuentran sometidos a curatela que puede ser testamentaria, legítima o dativa. art. 545 del C.C.- Se rige de la forma siguiente:

1.- Si la enfermedad mental es grave y permanente deberán sus padres, o uno de ellos promover el proceso de interdicción, un año antes de que cumpla la mayor edad, para que la curaduría produzca efectos a partir de ésta, y seguir cuidando del hijo aun después de designado el curador.- art. 456 C.C.-

En la mayor de las veces los mismos padres serán los que ejercen la curatela. Si el impúber estuviere sometido a tutela, el tutor deberá provocar el juicio de interdicción apenas el enfermo llegue a la pubertad. Esta es la regla general, ya que la incapacidad del menor adulto es relativa y la del enfermo mental es absoluta; lo que sucede es que con relación al padre o la madre se hace una excepción.- art. 547 del C.C.- Igual regla se aplica al menor adulto sometido a curatela, a quien sobreviene la demencia.- art. 547, párr. 2o.-

2.- El cuidado personal del demente, se debe-

distinguir si se encuentra internado en un establecimiento, o no si no se halla internado le corresponde al curador velar por cada uno de los actos del enfermo y procurar que con ellos no le cause daño a nadie, si esto no es posible debe hacerlo internar, de lo contrario será responsable de los daños causados.- art. 554- del C.C.-

Los bienes deberá utilizarlos siempre con autorización judicial y si le es posible solo invertirá los frutos en aliviar su condición y procurar su restablecimiento.- art. 555 del C.C.

3.- La curaduría del demente se deferirá:

- a.- A su cónyuge no separado de cuerpos, o bienes, por causa distinta de mutuo consentimiento.
- b.- A sus hijos legítimos, extramatrimoniales o adoptivos.

- c.- A sus padres legítimos o adoptantes.
- d.- A sus hermanos y a los colaterales legítimos hasta el 4o. grado.- art. 550, en armonía con los arts. 276 y 279 del C.C.-

D.- Curaduría del Disipador.- Las reglas de esta curaduría pueden-

mencionarse las siguientes:

- 1.- La incapacidad del disipador es relativa y, por lo tanto, tiene semejanza con la de los menores adultos,

- 2.- Pueden los padres nombrar por medio de testamento en caso de que fallezcan a la persona que los reemplazará en la guarda que venían ejerciendo.-

art. 540 del C.C.- Si no se designa de aquella manera, entonces tendrá lugar la guarda legítima así: 1.- El cónyuge no separado de cuerpos, ni de bienes por causa distinta de mutuo consenso. 2.- Los ascendientes legítimos. 3.- Los colaterales legítimos hasta el 4o. grado y los hermanos extramatrimoniales. El juez tendrá la facultad de elegir entre todas estas personas - la que crea que es más idónea, excepto el cónyuge - quien debe ser llamado de preferencia. A falta de estas personas tendrá lugar la curatela dativa.- art. 537 C.C.-

3.- El disipador conservará siempre su libertad, y para sus gastos dispondrá de una suma de dinero proporcionada a sus facultades y señalada por el juez. Solo en casos extremos será autorizado el curador para proveer por sí mismo la subsistencia del disipador, procurándole lo que le sea necesario.- art. 542 C.C.

4.- Como la incapacidad del disipador es relativa, podrá el curador representarlo directa o indirectamente mediante autorización, de la misma manera - que cuando se trata de menores adultos.

5.- El disipador tendrá derecho a concurrir a la justicia cuando los actos del curador le fueren perjudiciales a fin de que se ponga remedio legal y conveniente.- art. 541.

E. Curaduría del Sordomudo.- Las reglas de esta curaduría se o -

orientan por las reglas del enfermo mental, según lo señala el artículo 557 del C.C. En cuanto a la administración de sus bienes y los frutos se emplearán de preferencia en aliviar su condición y en procurarle una e

educación conveniente y en caso de necesidad, podrán invertirse también los capitales, desde luego con la previa autorización judicial.- art. 559 del C.C.

Con el nombre de curatelas generales se conocen aquellas que versan sobre la persona y los bienes del pupilo y son especiales cuando se refieren a los bienes o a una parte de ellos, por exigirlo de esta manera ciertas circunstancias que piden mayor protección para el menor o incapaz. Hay tres clases especiales que son: de bienes; adjuntos y ad litem.

A. Curadores de Bienes.- De esta clase existe una subdivisión, tal es el curador de los bienes del ausente; el curador de la herencia yacente, y el de los derechos eventuales del que está por nacer.- art. 433 C.C.

Se presenta el curador de bienes del ausente cuando:

a.- Se se sabe su paradero o cuando haya dejado de estar en comunicación con los suyos y de ellos se eigan perjuicios graves al ausente o a terceros.- art. 561 del C.C.- De ordinario estos curadores son nombrados en interés de terceros, que de ordinario son acreedores, ocurre que en la mayoría de las veces los ausentes son deudores de mala fe para eludir las obligaciones n. (16).

b.- Cuando no ha constituido un apoderado general o solamente lo ha constituido para negocios

CURATELAS ESPECIALES

Capítulo VIII

Con el nombre de curatelas generales se conocen aquellas que versan sobre la persona y los bienes del pupilo y son especiales cuando se refieren a los bienes o a una parte de ellos, por exigirlo de esta manera ciertas circunstancias que piden mayor protección para el menor o incapaz: Hay tres clases especiales que son: de bienes; adjuntos y ad litem.

A. Curadores de Bienes.- De esta clase existe una subdivisión, tal-

es el curador de los bienes del ausente; el curador de la herencia yacente, y el de los derechos eventuales del que está por nacer.- art. 433 C.C.

Se presenta el curador de bienes del ausente cuando:

a.- No se sabe su paradero o cuando haya dejado de estar en comunicación con los suyos y de ellos se sigan perjuicios graves al ausente o a terceros.- art. 561 del C.C.- "De ordinario estos curadores se nombran en interés de terceros, que de ordinario son acreedores, ocurre que en la mayoría de las veces los ausentes son deudores de mala fe para eludir las obligaciones". (16)*

b.- Cuando no ha constituido un apoderado general o solamente lo ha constituido para negocios

(16)* Gaceta Judicial. t., VLVII, pág. 691.

especiales. art.- 561 del C.C. El primero debe consti-
tuirse por medio de escritura pública.

Pueden solicitar el nombramiento de curador las
mismas personas que pueden provocar la interdicción del
enfermo mental y en particular toda persona que demues-
tre un interés serio y legítimo, como los acreedores.-
art. 562 C.C. Las personas que pueden ser nombradas pa-
ra la curaduría son las mismas que lo sean para el en-
fermo mental observando el mismo orden de preferencia.
Pero el juez puede apartarse de ese orden a petición de
los herederos, o acreedores si lo estimare conveniente-
y podrá dividir la administración de los bienes cuando-
sean cuantiosos y estén en diferentes departamentos.-
art. 563 C.C.- En el nombramiento de este curador es in-

dispensable la intervención del agente del ministerio -
público. Si hubiere dejado apoderados especiales, ellos
quedarán subordinados al curador general a no ser que -
medie autorización judicial.- art. 567 C.C.

La obligación fundamental de curador es repre-
sentarlo en el ejercicio de las acciones que se instau-
ren por los acreedores contra él, y tiene la facultad -
para alegar las prescripciones del caso, interponer re-
cursos legales, recibir el pago de acreencias, etc. Una
obligación legal es averiguar el paradero del ausente y
comunicarse con él.- art. 568 C.C.

El curador de bienes de la herencia yacente. -
Muerta una persona se abre la sucesión sobre el conjun-
to de bienes es lo que constituye la herencia, pero si-
trascurre el plazo legal y no se hubiere presentado -
ninguna persona a aceptar la herencia, pero si-
conlla, ni hubiere albacea a quien el testador le haya con-
ferido la tenencia de los bienes y que haya aceptado su cargo,

el juez, a instancia del cónyuge sobreviviente o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, de clarará yacente la herencia y procederá al curador.-art. 1297 C.C. Esta curaduría es dativa.- art. 569 C.C.-

Los tutores y curadores generales, deberán prestar fianza, y es necesario nombrarle curador, el cónsul de la nación a que éstos pertenecen tendrá derecho para proponer el curador o curadores que han de custodiar los bienes y el juez discernirá la curaduría propuesta por el cónsul, si la persona o personas fueren idóneas. Por solicitud de acreedores u otros interesados podrá agregarse a dicho curador o curadores otro u otros, según la cuantía y situación de los bienes.- art. 570 a 571 C.C.

El artículo 572 prescribe que trascurridos cuatro años desde el fallecimiento de la persona cuya herencia está en curaduría, el juez, a solicitud del curador y con conocimiento de causa, podrá ordenar que se vendan los bienes hereditarios existentes y que se ponga el producido a interés, con la seguridades debidas, y si esto no fuere posible, que se deposite en las arcas de la Nación. Este evento hoy en día no se presenta porque el artículo 66 de la ley 75 de 1.968 dispuso que dichos bienes cuando no hay herederos pasen al Instituto de Bienestar Familiar.

El curador del hijo póstumo.- Si el que está por nacer llega a tener existencia y dentro del tiempo que señala la ley, los bienes estarán a cargo de la madre, pero podrá el padre designarle un curador para la administración de los bienes que se le asigne al hijo, con cargo a la cuarta de mejoras o a la de libre disposición.

Los curadores de bienes están sometidos a las reglas que señala los artículos 575 a 578 del C.C. y son:

1.- Los curadores de bienes, sin excepción - están sometidos a todas las formalidades que rigen para los tutores y curadores generales, deberán prestar fianza, ser autorizados por el juez para ejercer sus cargos, y hacer inventario solemne de bienes en las mismas condiciones que los guardadores generales, en su responsabilidad puede decirse que es igual y en el mismo grado, deben llevar y rendir cuentas en la misma forma que un guardador general.

2.- Si hay varios guardadores, se aplican - las mismas reglas que cuando se trata de varios guardadores generales.

3.- En cuanto a los poderes de administración sus facultades pues solo pueden realizar actos de simple administración, o sea de mera custodia y conservación, cobro de créditos y pago de deudas, le está vedado actos de disposición.

4.- De manera especial se les prohíbe alienar la forma de los bienes, contraer empréstitos y enajenar los bienes muebles que no sean corruptibles, a no ser que esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente, o de la herencia. art. 576 C.C.

5.- Los actos de disposición, serán válidos, si justificada su necesidad o utilidad, los autorizare el juez previamente.- art. 577 C.C. Pero esos poderes excepcionales no pueden ir más allá de los poderes ordinarios de un guardador general. El dueño de esos bienes

nes tendrá derecho a que se declare la nulidad de cualquiera de esos actos, cuando no han sido autorizados por el juez y declarada la nulidad será responsable el curador de todo perjuicio que de ello se derive, para dicha persona o para terceros.- art. 577, párr. 2o. del C.C.

6.ª - Corresponde a los guardadores de bienes el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus respectivos representados, y los que tengan créditos contra la persona cuyos bienes se encuentran en curaduría, podrán hacerlos valer contra los respectivos curadores.- art. 578 C.C.

La curaduría de bienes del ausente termina cuando por el regreso de éste, o por hacerse cargo de los negocios un apoderado general por escritura pública.- art. 579 C.C.

La curaduría de la herencia yacente termina por la aceptación de la herencia, que en última instancia la hará el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.- art. 579 C.C.

La curaduría de los derechos del que está por nacer cesa a consecuencia del parte, pues si esa persona adquiere la condición de tal queda bajo la patria potestad de la madre, y si no alcanza a ser persona, desaparece la curaduría por no haber pupilo.

Por último como estas curadurías se dan a los bienes y no a las personas, terminan cuando se extinguen los bienes.- art. 580 del C.C.

B. Curadores Adjuntos. - Se llaman curadores ad-

... juntos los que se dan-
 en ciertos casos a las personas que se hallan bajo la pa-
 tria potestad de los padres, o bajo tutela o curatela ge-
 nerales para que ejerzan una administración separada.-
 art. 434 C.C. Estos curadores adjuntos son nombrados ge-
 neralmente por testamento para que administren los bie-
 nes donados o dejados por herencia o legado al incapaz -
 con la condición de que los padres, el curador o tutor no
 tengan la administración de dichos bienes. En caso de -
 que por testamento se le dejen bienes a un incapaz, o que
 se le donen bienes por un acto entre vivos, con la condi-
 ción de que los padres, el tutor o curador no tengan la-
 administración de ellos, y no se indique la persona que-
 deba administrarlos, el juez le nombrará un curador adjun-
 to dativo.

Los tutores adjuntos tienen sobre los bienes que
 se dejen a su cargo, las mismas facultades administrati-
 vas que los tutores, a menos que se agreguen a los cura-
 dores de bienes. En este caso no tendrán más facultades
 que las de los curadores de bienes.- art. 581 del C.C.

Los curadores adjuntos cumplen sus funciones de-
 administración con independencia de los padres o guarda-
 dores generales; pero éstos tienen facultad para contro-
 lar su administración, y si no lo hacen incurrirán en res-
 ponsabilidad subsidiaria. Esta regla tiene una excepción
 cuando el curador adjunto administra en un departamento-
 diferente de aquel en donde ejercen sus funciones de ad-
 ministrador los padres o un guardador general.- art. 582
 del C.C.

C.- Curadores "Ad Litem".- Son curadores nombra-
 dos para un negocio-

particular, generalmente para representar al menor en un

negocio que se adelante en un juicio.- art. 435 C.C.

Con los cargos de curador "ad litem" los discierne siempre el juez que conoce el juicio, por lo cual se deduce que dichas curadurías son dativas.- art. 583 C.C. A diferencia de lo que ocurre con los curadores ordinarios, los curadores "ad litem" no están obligados a hacer inventario y solo deben expedir recibos de los documentos, cantidades o efectos que se pongan a su disposición para el desempeño de su cargo, pero tienen la obligación de dar cuenta fiel y exacta de esos efectos.

Los curadores "ad litem", no derivan la representación de la voluntad del representado, son mandatos o no pueden comparecer al juicio. Solo podrán ser curadores "ad litem" los abogados inscritos; y podrán constituir apoderados judiciales bajo su responsabilidad. art.-46 del C. de P. C.

Las funciones de un curador "ad litem" son de la misma naturaleza y tienen el mismo alcance que las funciones de un apoderado especial, con las limitaciones señaladas.

D.- Tutelas y Curatelas de Hecho.- Sobre este interesante

tema se debe estudiar: 1.- La noción y clases de guarda de hecho; 2.- El régimen jurídico de las guardas de hecho; 3.- Necesidad de reforma del derecho tutelar; 4.- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

1.- Noción y clases de guardas de hecho.- En la vida diaria se presentan situaciones que dentro del orden jurídico son anormales que ignorando la ley-

se toman atribuciones que no les corresponden y sin llevar ninguno de los requisitos desempeñan funciones de curadores, administradores y llevan la representación del incapaz y es necesario que por medio del derecho se entre a considerar soluciones puesto que es muy difícil deshacer lo realizado. Estas tutelas o curatelas que funcionan a espaldas de la ley reciben el nombre de tutelas o curatelas de hecho y se debe distinguir: guardas putativas y guardas irregulares.

Las tutelas o curatelas putativas son constituidas normalmente, pero ocurre que al tutor o curador le hace falta el título, como cuando es nombrado por un testamento viciado de nulidad absoluta, o basado en un testamento que posteriormente ha sido revocado y el juez le reconoce personería para actuar como tal. Estos tutores o curadores putativos deben ser tratados en la misma forma que los legales a no ser que se demuestre su mala fe. No se debe anular lo actuado por los terceros; este es uno de los casos en que la simple apariencia, se transforma en realidad y le da valor jurídico a las situaciones de hecho, es decir, la buena fe creadora de derechos.

Las tutelas y curatelas constituidas irregularmente son aquellas que habiendo sido discernidas por el juez, no obstante les hace falta algún requisito legal para su plena validez, como no haber presentado fianza el tutor o curador sin estar excusado de ella, o no haber formado el inventario.

Casos de guardas de hecho: 1.- Cuando el tutor o curador continúa administrando los bienes del pupilo cuando este ha cumplido la mayoría de edad, en este evento se supone que el pupilo ignora su plena capacidad.

"Los autores franceses discuten si existe tutela o no. Para unos no existe porque ya no hay pupilo, y solo habría un mandato o una administración de negocios; pero otros autores consideran que esa opinión es un tanto sutil y artificial, porque los hechos posteriores tienen el mismo significado jurídico que los que han precedido a la mayoría de edad, y por que tantos unos como otros giran alrededor de la curatela, por ejercerse en función de ella, y los realiza su tutor dentro del espíritu y el ambiente curatelar". (17)*

Explicaciones de orden práctico permiten afirmar que la administración del curador posterior a la mayor edad es una curatela de hecho. Si no fuera así la prescripción de las acciones que tiene el pupilo contra el tutor o curador en razón de las cuentas de la curaduría, comenzarían a prescribir desde el momento en que alcanzó la mayor edad y una vez prescrita solo podría exigirle cuentas a partir de la mayor edad, y esto por virtud de un mandato tácito. Igualmente se hace necesario que la responsabilidad de los tutores o curadores de hecho se rija por la responsabilidad de los guardadores legales, y que la cuenta de la administración quede sometida a las reglas prescritas para los curadores legales. Además el código dice que la prescripción comenzará a contarse a partir del día que salga del pupilaje, esto es de la dependencia, la cual existe en las curatelas de hecho.

2.- También se puede presentar la curatela de hecho cuando el pupilo alcanza mayor edad, sale de la curatela a que estaba sometido a causa de la edad y queda sometido a una curatela en virtud de enfermedad

(17)* JOSSEBRAND LOUIS. Curso de derecho civil., t I, Pág. 467.

mental, sordumudez o disipación, si el antiguo curador del menor continúa ejerciendo la guarda del mayor incapaz, sin discernimiento del juez.

3.- Por último hay curatela de hecho cuando una persona toma la dirección del incapaz y la administración de sus bienes sin ser llamada por testamento, o por la ley o por el juez, o aunque habiendo sido llamada, no cumpla con los requisitos ordenados por la ley, especialmente el que consiste en la autorización judicial o en el discernimiento. Este caso suele presentarse cuando ciertos mandatarios generales de una persona continúan administrando, una vez muerta ésta, los bienes que les pertenecen a los hijos menores de edad.

2.- Régimen jurídico de las guardas de hecho.- Se debe distinguir entre tutores o curadores de buena o mala fe la distinción de estos dos tutores o curadores se encuentra en el artículo 515 del C.C. y da lugar a importantes aplicaciones prácticas :

1.- Los tutores y curadores de hecho de buena fe tendrán todas las obligaciones y responsabilidades de los tutores o curadores legales y sus actos no obligarán al pupilo sino en cuanto le hubiere reportado ventajas.- art. 515 del C.C. Estos tutores deberán presentar cuentas de su administración y se hace indispensable probar todos los actos realizados y en compensación de sus servicios les corresponderá la décima parte de los frutos que produjeren los bienes administrados. Para que el pupilo se responsabilice ante terceros se debe tomar en forma global los actos realizados por el guardador, puesto que si se los analiza en forma independiente, unos le pueden ser adversos y otros-

favorables. Pero se debe señalar respecto a los terceros, si estos no tuvieron conocimiento de cuáles eran los poderes reales del tutor, los actos de estos serán plenamente válidos. Para ello no se debe perder de vista la buena fe de los terceros para que sus actos tengan plena validez.

La buena fe del tutor o del curador debe traducirse en lo siguiente, creer que en verdad es el encargado de la administración de los bienes del pupilo, y obrar con una conciencia recta, leal tanto consigo mismo como con los terceros y con el pupilo.

Se insiste de manera muy especial en el error de los terceros que ha de ser de buena fe excusable y se requiere que su buena fe no sea un producto de la culpa, ignorancia sino un error invencible. De todas maneras tiene que ser el error excusable para que los actos de un tercero que realizó negocios con un curador de hecho, se transformen en actos legales. Esta posibilidad de solución se desprende del artículo 80. de la ley 153 de 1887, según la cual la falta de ley positiva se aplicarán las reglas generales del derecho y aquí se encuentra de que un error excusable por ser común a muchos, transforma la simple apariencia en realidad y el hecho en derecho.

Tocando en forma sintética el tema de los tutores o curadores de mala fe, el artículo 515 en su párrafo 3o. dispone que estos serán removidos de la guarda, perderán todos los enolumentos y estarán sometidos a todas las responsabilidades, sean de origen civil como de origen penal.

Puede presentarse, por último, la tutela en estado de necesidad con el objeto de amparar al pupilo. En

una situación de esta naturaleza debe acudir ante el juez quien haya tomado la administración de los bienes del pupilo, para que provea la tutela o curatela y mientras el juez se pronuncia procederá como un agente oficioso y tendrá las obligaciones y los derechos de tal. Toda mora en recurrir a la justicia le hará responsable hasta de la culpa levisima, según lo señala el artículo 516 del C.C.

3.- Necesidad de Reformar el Derecho Tutelar. Por una parte encontramos que el código civil colombiano, regla de una manera minuciosa la institución de las tutelas y las curatelas, en títulos especiales desde el artículo 428 hasta el 632. Nuestro sistema debe reformarse teniendo en cuenta que el código con el transcurrir del tiempo ha venido sufriendo una serie de reformas aisladas y no de conjunto que no corresponden a una técnica científica acorde con la evolución social con el derecho moderno.

La técnica legislativa debe ser ante todo lo más simple posible tanto para su interpretación como cumplimiento. El cargo de tutor o curador como está establecido, debe ser reformado ya que exige que la aceptación es de carácter obligatorio, esta misma situación ha hecho que el legislador prevea una serie de disculpas para la aceptación, entorpeciendo de esta manera los trámites para su correcta ejecución y desarrollo de las funciones del cargo.

La aceptación del cargo de tutor o curador debe ser de libre aceptación ya que por una parte se tiene que será remunerado con la décima parte de los frutos y por otra no se corre el riesgo de que una persona que no es obligada a desempeñar un cargo lo realice, en forma correcta para beneficio del pupilo.

Se critica el código por cuanto los requisitos exigidos para desempeñar ese cargo son en extremo abundantes quizá ello sea la explicación de que el código haya tenido que dedicarle un título especial a este asunto y a la reglamentación de las incapacidades.

Creo que debe ser suficiente con que la persona que voluntariamente acepta la designación de tutor o curador, tenga plena capacidad para desempeñar sus funciones como cualquier otro acto jurídico.

Hay un cúmulo de disposiciones, si se quiere, que le dan mayor importancia a los bienes del pupilo que a la persona de éste; sin tener en cuenta que las disposiciones de todo honesto desarrollo del cargo. Se debe decir que un buen porcentaje de las normas relativas a las tutelas y curatelas son de escasa aplicación, haciéndose indispensable una reforma científica, acorde con el derecho moderno.

Se argumenta que existen razones de carácter científico como la de despojarlo del exagerado individualismo que caracteriza al código, con el fin de permitir el control de las autoridades judiciales y administrativas y lograr así que estas instituciones funcionen correctamente.

Los actos del tutor y curador deben limitarse sin hacer distinciones entre bienes muebles o inmuebles, por cuanto en la actualidad tanto los unos como los otros tienen valores muy elevados según sea la clase de bien. Como uno de los criterios modernos que deben introducirse en el derecho de familia, sería la profesionalización de la institución de la tutela o curatela, ejercida por establecimientos especializados no solo

en la administración de los bienes sino en la educación, desarrollo integral de los menores por igual a aquellos que han sido abandonados de la fortuna, como aquellos que la suerte les depara un patrimonio económico.

4.- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.- Este establecimiento público creado por la ley 75 de 1.968 y se le otorga recursos provenientes del estado y de particulares, para mayor prevención y control de una amplia franja del mundo, que empieza a vivir. Porque de nada vale que se reforme la justicia, o se hagan reformas agrarias, tributarias, administrativas si el amparo de la niñez es nulo, como esquivada es la educación del mismo. De que sirve el juez de menores, si los juzgados no disponen de personal especializado como psicólogos o de un siquiatra, para guía de la infancia, ni de sitios adecuados para la detención. Lo cierto es que estas leyes sobre el beneficio del niño y la familia se encuentran en plena ejecución con las consabidas dificultades que presentan la burocratización de estos establecimientos; las funciones señaladas al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se las puede sintetizar en la siguiente forma:

a.- Cuidar de los menores no colocados bajo patria potestad o guarda, estén bajo la atención inmediata de las personas o establecimientos mejor indicados para ello teniendo en cuenta su edad y demás condiciones del menor.

b.- Vigilar que quienes ejercen la patria potestad o la guarda cumplan sus deberes para con el menor, prestando en caso necesario su cooperación para la elección de las personas o establecimientos a cuyo inmediato cuidado haya de estar el menor, si los padres o

guardadores se encontraren en imposibilidad absoluta de darles el cuidado, o si tal medida apareciere conveniente para la salud física o moral y la educación del menor.- Ley 75/68, art. 26, párr. 20. ¹¹ y de rehabilitación de menores.- Ley 75/68, art. 53, letras d, e, f, g.

c.- Ejercer las funciones encomendadas al Consejo Colombiano de Protección Social del Menor y de la Familia, y las de la División de menores del Ministerio de Justicia, como las de la misma naturaleza instauradas por la ley 83 de 1.946 y las del Instituto Nacional de Nutrición.- Ley 75 de 1.968, arts. 51 y 52.

d.- Fundar, dirigir y administrar centros pilotos de bienestar familiar y protección de menores con el objeto de investigar la mejor manera de coordinar la acción de los establecimientos públicos y privados en lo tocante a la salud, educación y rehabilitación de los menores, la vinculación de los grupos comunitarios a la protección de la familia y del niño y el ejercicio de la acción tutelar del estado.- Ley 75/68, art. 53, letra f.

e.- Crear establecimientos especializados en el manejo y tratamiento de los niños afectados por retardo de su desarrollo mental, y establecimientos de rehabilitación de menores, lo mismo que auxiliar técnica y económicamente a los que de esta naturaleza existen en el país y dirigir y administrar los de propiedad nacional que hoy funcionan.- Ley 75/68, art. 53, letra g.-

f.- Crear cargos necesarios de defensor de menores promover la formación de personal especializado en el ejercicio de los cargos de juez y defensor de menores; formular y dirigir la ejecución de progra-

mas de prevención de estados antisociales en la población juvenil y de protección de la mujer; promover la formación de personal especializado en el manejo de establecimientos de asistencia infantil y de rehabilitación de menores.- Ley 75/68, art.53, letras d, e, f, - g, h, i,.-

La concepción del término "patria potestad", debe ser substituido por un concepto acorde con la evolución del derecho, vale la pena debatir el propuesto por el Doctor Valencia Lea, como "potestad Parental" criterio que lo tiene la legislación francesa y que atañe a ambos padres.

El concepto de patria potestad desde el antiguo derecho romano hasta la época moderna, estaba atribuido en forma exclusiva al padre, desmenuándose este derecho a la madre en la casi totalidad de las legislaciones. Hoy se reconoce este derecho en forma conjunta a los padres.

La emancipación del menor es una figura mediante la cual el menor adquiere su capacidad y puede ser voluntaria o legal.

El estado, constituye a los padres de sus derechos sobre los hijos menores cuando quiera que aquellos pierdan su capacidad para dirigir, administrar y establecer a sus hijos.

Cuando la representación legal del menor despierta controversias entre los padres, deberán acudir ante la autoridad para que dirima el conflicto. Aspecto similar se presenta cuando uno de los padres ejerce la representación judicial, el otro desde luego puede oponer

CONCLUSIONES

Del estudio de los distintos capítulos se destacan los siguientes aspectos:

La concepción del término "patria potestad", debe ser substituído por un concepto acorde con la evolución del derecho, vale la pena debatir el propuesto por el Doctor Valencia Zea, como "Potestad Parental" criterio que lo tiene la legislación francesa y que atañe a ambos padres.

El concepto de patria potestad desde el antiguo derecho romano hasta la época moderna, estaba atribuído en forma exclusiva al padre, desconociéndose este derecho a la madre en la casi totalidad de las legislaciones. Hoy se reconoce este derecho en forma conjunta a los padres.

La emancipación del menor es una figura mediante la cual el menor adquiere su capacidad y puede ser voluntaria o legal.

El estado, sustituye a los padres de sus derechos sobre los hijos menores cuando quiera que aquellos pierdan su capacidad para dirigir, administrar y establecer a sus hijos.

Cuando la representación legal del menor despierte controversias entre los padres, deberán acudir ante la autoridad para que dirima el conflicto. Aspecto similar se presenta cuando uno de los padres ejerce la representación judicial, el otro desde luego puede oponer

La institución de la patria potestad y de la guarda en el actual régimen civil colombiano, se excluyen o sea que si existe la primera, no se podrá nombrar guardador, con la excepción de que cuando el pupilo reciba una donación de bienes, con la condición de que no los administre el padre. Estas instituciones tienen como semejanza en que ambas tienen por objeto el cuidado del menor y la representación de los derechos que le sean inherentes. mayoría de edad; los de la autarquía potestativa son permanentes.

La guarda en el derecho comparado, se puede decir que la principal diferencia ha estribado en la administración de los muebles o inmuebles, así se tiene que los redactores del código de 1.804 dejaron la fortuna mobiliaria en total desamparo. El derecho alemán le da una importante intervención al estado. Las legislaciones socialistas han sido en este sentido las más preocupadas por la constitución, formación y protección de la familia de manera especial al menor concediendo el ejercicio de la patria potestad en forma conjunta.

Los sujetos que intervienen en las tutelas o curatelas. El gobierno familiar en cualquier tipo de sociedad, representa una serie de obligaciones recíprocas entre padres y los hijos, las cuales se las puede agrupar en dos clases de orden patrimonial y de carácter personal. Se concluye que las de orden personal las origina el derecho natural. Respecto de las segundas se tiene un control estatal pero que muy difícilmente se puede controlar ya que los funcionarios judiciales tienen muchas limitaciones, por ejemplo el exceso de trabajo acumulado, la falta de mecanismos para ejercer el control económico de los bienes del menor en la práctica, a pesar de estar reglado. Se debe tener en cuenta que al ser suspendida la patria potestad al padre o la madre, por decisión judicial, ésta no tiene el mérito

to de cosa juzgada porque se puede revisar en cualquier tiempo cuando las condiciones lo permitan.

La diferencia quizá fundamental entre patria potestad y autoridad paterna, estriba en que la primera es creación legal, la segunda emana del derecho natural, otra sería que los poderes y facultades que emanan de la patria potestad son de carácter temporal por que desaparecen con la mayoría de edad; los de la autoridad paterna son permanentes.

Existe una diversidad entre tutelas y curatelas, la cual debe eliminarse porque en el fondo las dos instituciones son una misma cosa, en este sentido debe reformarse el código y dejar una sola institución por cuanto que la diferencia más notable gira en que la tutela es para los impúberes y la curatela para los menores adultos y los interdictos. Se la critica precisamente por fundamentarse en la edad.

Los sujetos que intervienen en las tutelas o curatelas, se denominan genéricamente guardadores, son los encargados de cumplir con la función de administrar los bienes del incapaz y la persona sometida a los guardadores, recibe el nombre de pupilo.

Es interesante señalar que solo los padres pueden ejercer el cargo de tutores, aunque estos no puedan leer ni escribir, lo cual no acontece con personas diferentes para desempeñar el cargo. El padrastro, está impedido de servir de tutor o curador y la razón fundamental debe ser que no existiendo parentesco de consanguinidad mal podría la ley entregarle los bienes del menor a un tercero, así sea muy honorable.

Existen tres clases de tutelas que bien pueden reducirse a dos: La testamentaria y la legal, en la cual se puede reglamentar, la dativa que es la que otorga el juez siguiendo un orden de preferencia, o sea teniendo en cuenta a los parientes o el cónyuge del pupilo. Pudiéndose nombrar uno o más tutores o curadores según sea el caso.

La constitución de las tutelas o curatelas por ser un acto jurídico reglado por la ley, debe someterse a ciertas formalidades, cuyo incumplimiento da lugar a declarar la nulidad de los actos realizados, incluso originado la responsabilidad penal a que ellos puede dar lugar y debe ser así para garantizar el fiel cumplimiento del trabajo, que el ejercicio de estas funciones reclama, teniendo en cuenta por otra parte que la ley señala el valor que debe recibir el tutor o curador. El pago que la ley ha fijado es la décima parte de los frutos, una vez sacados todos los gastos o sea del líquido producido se obtendrá el valor que se le pagará al tutor o curador. Entre las formalidades de imperativo cumplimiento se tienen las siguientes: La fianza, el discernimiento y la formación del inventario desde luego que la ley exime por razones obvias a algunas personas la constitución de la fianza.

La conclusión general de las funciones del tutor o curador, es que tienen igual relación con las desarrolladas por los padres en función de la patria potestad, teniendo en cuenta la división de bienes muebles e inmuebles y las respectivas limitaciones para el ejercicio de la representación, ya que los actos dispositivos en tratándose de bienes inmuebles, se requiere de autorización judicial. Igual cosa sucede con la inversión de dinero de bienes raíces no podrá ser desti-

nado a otro fin. Puede el tutor o curador realizar donaciones con las limitaciones que la ley provee. En síntesis los actos jurídicos de importancia, todos requieren de decreto judicial. Los actos que perjudiquen al pupilo así sea la culpa leve serán sancionados, la disposición más gravosa la trae el código penal vigente, señalando una pena de prisión de 6 meses a dos años y multa de mil a cien mil pesos.

Los incapaces los considera la ley así: impúberes, según la edad sea de menos de 14 años para los varones y las menores de 12; los menores adultos, el enfermo mental, del disipador y del sordomudo que no puede darse a entender por escrito. Varios de estos incapaces a pesar de llegar con el tiempo a la mayoría de edad no adquieren su capacidad plena y la ley ha establecido unas reglas especiales para el ejercicio de las tutelas o curatelas.

Se ha establecido con el nombre de curatelas especiales a aquellas que se refieren en forma determinada a los bienes o a una parte de ellos y son: curadores de bienes; curadores adjuntos y "ad litem"; presentándose en el primer caso una especie de subdivisión por la situación del titular de ese derecho, o sea curador de bienes del ausente, del que está por nacer y de la herencia yacente.

Existe en nuestro medio las llamadas tutelas y curatelas de hecho, como su nombre lo indica, personas carentes de conocimiento, por interés individual u otra circunstancia ejercen funciones de curadores o tutores sin el lleno de los requisitos exigidos por la ley y ésta se ha encargado mediante algunas normas reglamentarias haciendo algunas distinciones cuando quieran que

estos personajes actúan de buena o mala fe. *ión de fami-*
lia, la...
 Dentro de este estudio, fácilmente resalta, a la-
 vista, la necesidad de entrar a reformar el derecho tu-
 telar y recoger toda esa cantidad de normas que se han
 dictado, entrando a formar la jurisdicción de la fami-
 lia, promulgando en forma ordenada y codificada las -
 normas sustantivas tal como están establecidas las ju-
 risdicciones existentes y es de vital importancia dar
 ese trascendental paso por que no hay justificación va-
 ledera que a nivel mundial, se hable en foros, se edi-
 ten obras, sobre los derechos de la mujer, del niño y
 de la familia y en nuestro país aún no se tenga una le-
 gislación ordenada y asimilada a una jurisdicción espe-
 cializada. Su necesidad a más de ser imperiosa debe -
 ser el reflejo de un Estado en permanente preocupación
 por el avance jurídico de las instituciones que como -
 la familia, son el núcleo de una sociedad. Por tanto-
 nuestro sistema jurídico debe ser enriquecido con la -
 creación de la jurisdicción mencionada para lograr los
 fines de protección a que tienen derecho los asociados
 y de manera especial la familia. Como bien se deja es-
 tablecido los asuntos que resuelven los jueces de men-
 res, civiles, laborales, penales, o la jurisdicción ec-
 clesiástica, son casuísticos lo que significa que son
 tratados en forma aislada y en forma parcial en algu-
 nos casos con la natural entrabación en la solución de
 los problemas originados con los menores o con la fami-
 lia que con el transcurso del tiempo se vuelven más -
 complejos por las condiciones sociales, políticas y ec-
 nómicas principalmente, tendiendo a desestabilizar -
 la familia y a la cual el estado debe toda clase de -
 protección. Como es lógico con la promulgación de un
 código sustantivo deberá ser acompañado de su respecti-
 vo código de procedimiento para que tenga una verdadera
 no solo de las tutelas y curatelas, sino de la familia

eficacia; pero la creación de la jurisdicción de familia, implica algo más complejo como lo es la creación de todas las instituciones o ampliación o mejoramiento de las existentes y la capacitación de personal especializado que entre a prestar sus servicios de tipo social, cultural y científico al menor, la justicia y por ende a la familia colombiana. vista civilista y - no está por demás insistir que la existencia de una - gran No debemos dejar de decir algo sobre la moral de nuestros honorables padres de la patria quienes deben tomar conciencia sobre la necesidad de introducir dentro de la carta fundamental de la República por lo menos un artículo a través de un acto legislativo en el cual se precise la obligación del Estado de proteger a la familia en forma amplia, o concediéndole amplias facultades al ejecutivo para sacar avante una reglamentación familiar como bien lo tienen establecido los testados socialistas, los cuales encuentran en la familia la importancia que realmente ella tiene. basar síg- tiva la demanda de alimentos y muchos aspectos más dep- tro de Finalmente, se debe señalar que el código civil al reglamentar en sus normas las instituciones objeto de este estudio, éstas persiguen tanto la protección del menor como la administración de los bienes, pero la realidad demuestra que solo hay tutelas de bienes por no tener mecanismos que controlen y no permitan la violación de sus disposiciones. Cuando un incapaz carece de recursos, difícilmente por no decir imposible encontrará quien lo eduque, lo dirija, de donde se concluye que si no hay bienes, pues tampoco habrá tutela o curatela, por ello es quizá que como se encuentra organizada esta institución no representa un beneficio al menor que la suerte, o la falta de responsabilidad de sus padres, le haya deparado un futuro adverso en todos los campos, por lo tanto la organización no solo de las tutelas y curatelas, sino de la familia

en general, salga de éste ámbito del derecho privado y se vea una mayor intervención estatal como un clamor socializante de los estados modernos.

Es indispensable hacer un pequeño comentario acerca de la legislación en general del menor, por cuanto se ha presentado desde el punto de vista civilista y no está por demás insistir que la existencia de una gran cantidad de leyes, decretos, resoluciones, aún proyectos, en las distintas jurisdicciones como: penal, laboral, civil, estatuto de menores, la ley 20 de Enero 22 de 1.982 y la más reciente la ley 29 de Febrero 24 de 1.982, hacen que sea más compleja la situación de los menores en cuanto se encuentran ubicados en todas las jurisdicciones, así es como en vía de ejemplo en la jurisdicción civil, regula un amplio campo de los derechos y obligaciones de los menores, en procedimiento encontramos que sus disposiciones reglamentan la investigación de la paternidad, la forma de hacer efectiva la demanda de alimentos y muchos aspectos más dentro de la vida del menor.

En materia penal, se regula los delitos contra la familia, en síntesis del artículo 259 al 267 C.P. tipifica las conductas que atentan contra la familia; el código de procedimiento penal, con un buen criterio proteccionista del menor regula su conducta en cuanto a los mecanismos a observarse para no causarle ningún daño ni físico ni síquico.

La jurisdicción laboral, tiene una gran cantidad de disposiciones, tendientes a proteger y darle garantías a los menores, respecto de horarios, clases de trabajos, forma de conceder las vacaciones. La Ley 20 del 82 trae como novedad la creación de "La Dirección General del Menor Trabajador" y se asimila como una

dependencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuya filosofía es la de promover, desarrollar, emplear y ejecutar el programa del menor trabajador y de prestar los servicios de atención y protección que requieran los trabajadores menores de edad.

En resumen trae criterios en favor del menor y estableciendo limitaciones a los patronos que abusan del menor que labora bajo su dependencia, relativas al ejercicio de la tutela o curatela, y las que se

La ley 83 de 1.946 sobre la protección de la niñez, busca entre otros objetivos, la defensa del menor en estado de abandono cuando quiera que carezca de quien le suministre alimentos, o si tiene está imposibilitado de hacerlo. Busca proteger la formación moral del menor. Lo cierto es que toda esta legislación ha sido incorporada a conseguir amparo y defensa del menor.

Los anteriores criterios y muchos otros existentes sobre la vida jurídica del menor en las distintas jurisdicciones, es igualmente imprescindible reunir en forma adecuada, técnica y científica toda la legislación sobre el menor y entrar a codificarla, en beneficio de la defensa, protección, educación integral de los menores del país y no se retarde más la promulgación de la ley que adopte el código del menor que perfectamente encuadraría dentro de la jurisdicción de familia, cuyo proyecto de ley No. 71 de Octubre 13 de 1.980, fue presentado en esa fecha y tendría competencia sobre los siguientes asuntos:

1.- Suspensión, rehabilitación y privación de la patria potestad en los casos previstos por la ley;

2.- Controversias relativas a la custodia o cuidado personal del menor y al ejercicio del derecho de visitas;

3.- Discernimiento, remoción y rendición de cuentas de tutores y curadores;

4.- Controversias que se suscitan entre los guardadores y sus pupilos o sus parientes, relativas al ejercicio de la tutela o curatela, y las que se presenten entre las personas que ejerzan en forma adjunta o conjunta una guarda, con ocasión de la administración de sus cargos;

5.- Alimentos debidos por disposición de la ley, aumento, disminución o exoneración de ellos, ejecución y restitución de pensiones alimenticias;

6.- Adopciones;

7.- Celebración de matrimonio civil;

8.- Nulidad y divorcio del matrimonio civil;

9.- Separación de cuerpos en los casos que sea procedente;

10.- Nulidad de capitulaciones matrimoniales;

11.- Separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal;

12.- Controversias entre cónyuges o entre éstos y sus hijos por causa o con ocasión del ejercicio de la patria potestad o de la dirección del hogar,

en los casos que según la ley, es procedente la intervención del juez; en todas las formas, la misma situación económica, política y social del país harán que sea

nuevo juez 13.- Acciones referentes al estado civil de las personas, y especialmente, las relativas a la investigación de la paternidad, o de la maternidad y a la paternidad o maternidad disputadas; las diligencias para establecer la prueba supletoria del estado civil, de conformidad con la ley;

14.- Permisos para que un menor pueda salir del país;

15.- Interdicción del disipador y su rehabilitación;

16.- Procesos de jurisdicción voluntaria;

17.- Todos los demás negocios civiles de que actualmente conoce los juzgados promiscuos de menores y civiles de menores, y

18.- Los negocios penales de que actualmente conocen los juzgados promiscuos de menores y penales de menores.

La jurisdicción sería ejercida por la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia.

Las salas de familia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los jueces de circuito de familia y los de protección del menor.

Este proyecto es de trascendental importancia por cuanto reviste al ejecutivo Nacional para expedir el código del menor, se critica que no haya tenido

desde la fecha de su presentación hasta ahora un avance significativo, de todas formas, la misma situación-económica, política y social del país harán que esa nueva jurisdicción sea una verdadera realidad.

- 2.- Alfonso, Joaquín -
Raúl: El divorcio, una jurisdicción especializada de familia: -
definición y problema? 1.978
- 3.- Alvarez No. 000256. Julio -
11 de 1.977.
- 4.- Castro, Raúl Castro:
La paternidad responsable. -
Biblioteca actualidad jurídica. -
Edic., publicitaria. -
Bogotá 1.980.
- 5.- Castro, Raúl:
El divorcio de familia. República
socialista de Cuba. Edic.
Cuba. 1.975. Burefrontera.
- 6.- Castro, Raúl:
Constitución. Ley Fundamen-
tal de las Repúblicas Socialistas
de América. Edic., -
Progreso Vecchi, 1.977
- 7.- De Ibarrola Antonio:
Divorcio de familia. Edic.
rial Porfirio. México 1.978
- 8.- De Ibarrola Antonio:
Decreto 2870. Diciembre 20
de 1.974
- 9.- Engels, Federico:
El origen de la familia. La
propiedad privada y el estado
92. Ediciones Pepe Madellín.
- 10.- Garavito:
Justicia Judicial. t. I. No. 20
33 y 1034.
- 11.- Garavito:
Justicia Judicial. t. XIX. -
Pág. 908.
- 12.- Garavito:
Justicia Judicial. t. XVII. -
Pág. 681.
- 13.- Garavito:
Justicia Judicial. t. VIII. -
Pág. 216.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Angarita, Gómez Jorge: Lecciones de derecho civil.
Edit., Tercer mundo 1.976
- 2.- Almeyda, Amézquita -
Raúl: Un código, una jurisdicción
especializada de familia,
solución o problema? 1.978
- 3.- Acuerdo No. 00056. Julio -
21 de 1.977.
- 4.- Castro, Felix José: La paternidad responsable.,
Biblioteca actualidad jurí-
dica., Edi., publicitaria,-
Bogotá 1.980.
- 5.- Código de familia. Repúbli
ca socialista de Cuba., Edit.
Laher. 1.975, Bucaramanga.
- 6.- Constitución. Ley fundamen
tal de las repúblicas socia
listas soviéticas. Edit., -
Progreso Moscú, 1.977
- 7.- De Ibarrola Antonio: Derecho de familia. Editio-
rial Porrúa. México 1.978
- 8.- Decreto 2820., Diciembre 20
de 1.974
- 9.- Engels, Federico: El origen de la familia, la
propiedad privada y el esta
do. Ediciones Pepe Medellín.
- 10.- Garavito Jurisprudencia., t, I Nos. 10
33 y 1034.
- 11.- Gaceta Judicial., t, XXX. -
Pág. 308.
- 12.- Gaceta Judicial., t, XLVII,-
Pág. 621.
- 13.- Gaceta Judicial., t, VIII,-
Pág. 216.

- 14.- Universal... Gaceta Judicial., t, XLIV, pág. 114.
- 15.- Gómez, Piedrahita Hernán: Introducción al derecho de familia. Ediciones librería del profesional 1.981
- 16.- Gunther, Beitake: Familienrecht T, I, Berlín 1.960
- 17.- Henri, León y Jean Mazeaud: Lecciones de derecho civil.
- 18.- Instituto Colombiano de Bienestar familiar: Compilación del derecho de familia y de menores. Bogotá 1.980
- 19.- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: Del estado civil de las personas compilación concordada. Bogotá 1.973.
- 20.- Jossierand, Louis: Curso de derecho civil. pág. 315.
- 21.-
- 22.- Ley 5a. de Enero 10 de 1.975
- 23.- Ley 20 de Enero 22 de 1.982
- Ley 29 de Febrero 24 de 1.982.
- 24.- Nuñez, Castillo Adolfo: Derecho de familia., Edit., librería del profesional - 1.979, Bogotá.
- 25.- Ortega, Torres: Código civil colombiano., - Edit. Temis. 1.980 Bogotá.
- 26.- Sumarriva, Undurraga: Derecho de Familia., edit.- Nacimiento Santiado de Chile 1.961.
- 27.- Suárez, Franco Roberto: Derecho de familia., tomo I, edit. Temis 1.979 Bogotá.
- 28.- G. Sverdlov: Fundamentos del derecho soviético. Moscú 1.962, págs. 461 ss.

- 29.- Universidad Ex. de Col. Nuevo código de derecho--
penal. Febrero 4 de 1.980
- 30.- Valencia, Zea Arturo: Derecho civil, derecho de
familia., edit. Temis Bo-
gotá 1.977.-

AN
T
D346.2
A283
Ej.2

29241

Aguilar Torres, Luis Antonio.
La representación legal
del menor.

		VENCE
NOMBRE	<i>Olivado Ojeda</i>	
Nº del Carnet		
NOMBRE	<i>Antonio Gages A</i>	
Nº del Carnet	<i>8477155</i>	
NOMBRE	<i>Wilson Alvarez</i>	
Nº del Carnet		

AN
T
D346.2
A283
Ej.2

29241