



Mi Universidad

ANTOLOGÍA

Nombre de la materia

DERECHO DE LA FAMILIA Y LA NIÑEZ

Nombre de la Licenciatura

**TRABAJO SOCIAL Y GESTION
COYUNITARIA**

Cuatrimestre

QUINTO CUATRIMESTRE

Periodo ENERO-ABRIL

Marco Estratégico de Referencia

Antecedentes históricos

Nuestra Universidad tiene sus antecedentes de formación en el año de 1979 con el inicio de actividades de la normal de educadoras “Edgar Robledo Santiago”, que en su momento marcó un nuevo rumbo para la educación de Comitán y del estado de Chiapas. Nuestra escuela fue fundada por el Profesor Manuel Albores Salazar con la idea de traer educación a Comitán, ya que esto representaba una forma de apoyar a muchas familias de la región para que siguieran estudiando.

En el año 1984 inicia actividades el CBTiS Moctezuma Ilhuicamina, que fue el primer bachillerato tecnológico particular del estado de Chiapas, manteniendo con esto la visión en grande de traer educación a nuestro municipio, esta institución fue creada para que la gente que trabajaba por la mañana tuviera la opción de estudiar por las tardes.

La Maestra Martha Ruth Alcázar Mellanes es la madre de los tres integrantes de la familia Albores Alcázar que se fueron integrando poco a poco a la escuela formada por su padre, el Profesor Manuel Albores Salazar; Víctor Manuel Albores Alcázar en julio de 1996 como chofer de transporte escolar, Karla Fabiola Albores Alcázar se integró en la docencia en 1998, Martha Patricia Albores Alcázar en el departamento de cobranza en 1999.

En el año 2002, Víctor Manuel Albores Alcázar formó el Grupo Educativo Albores Alcázar S.C. para darle un nuevo rumbo y sentido empresarial al negocio familiar y en el año 2004 funda la Universidad Del Sureste.

La formación de nuestra Universidad se da principalmente porque en Comitán y en toda la región no existía una verdadera oferta Educativa, por lo que se veía urgente la creación de una institución de Educación superior, pero que estuviera a la altura de las exigencias de los jóvenes que tenían intención de seguir estudiando o de los profesionistas para seguir preparándose a través de estudios de posgrado.

Nuestra Universidad inició sus actividades el 18 de agosto del 2004 en las instalaciones de la 4ª avenida oriente sur no. 24, con la licenciatura en Puericultura, contando con dos grupos de cuarenta alumnos cada uno. En el año 2005 nos trasladamos a nuestras propias instalaciones en la carretera Comitán – Tzimol km. 57 donde actualmente se encuentra el campus Comitán y el corporativo UDS, este último, es el encargado de estandarizar y controlar todos los procesos operativos y educativos de los diferentes campus, así como de crear los diferentes planes estratégicos de expansión de la marca.

Misión

Satisfacer la necesidad de Educación que promueva el espíritu emprendedor, aplicando altos estándares de calidad académica, que propicien el desarrollo de nuestros alumnos, Profesores, colaboradores y la sociedad, a través de la incorporación de tecnologías en el proceso de enseñanza-aprendizaje.

Visión

Ser la mejor oferta académica en cada región de influencia, y a través de nuestra plataforma virtual tener una cobertura global, con un crecimiento sostenible y las ofertas académicas innovadoras con pertinencia para la sociedad.

Valores

- Disciplina
- Honestidad
- Equidad
- Libertad

Escudo



El escudo del Grupo Educativo Albores Alcázar S.C. está constituido por tres líneas curvas que nacen de izquierda a derecha formando los escalones al éxito. En la parte superior está situado un cuadro motivo de la abstracción de la forma de un libro abierto.

Eslogan

“Mi Universidad”

ALBORES



Es nuestra mascota, un Jaguar. Su piel es negra y se distingue por ser líder, trabaja en equipo y obtiene lo que desea. El ímpetu, extremo valor y fortaleza son los rasgos que distinguen.

Intervención Psicopedagógica.

Objetivo de la materia:

Estudiar la Familia como base de la sociedad, los derechos y deberes de cada uno de los miembros que la forman, teniendo a la persona como su centro y fin.

Criterios de evaluación:

| No | Concepto | Porcentaje |
|-----------------------------------------|-------------------------|------------|
| 1 | Trabajos Escritos | 10% |
| 2 | Actividades web escolar | 20% |
| 3 | Actividades Aulicas | 20% |
| 4 | Examen | 50% |
| Total de Criterios de evaluación | | 100% |

INDICE

Unidad I

Derecho De Familia

- I.1. Familia y su desarrollo.
- I.2. Concepto, origen, clases y funciones.
- I.3. Evolución histórica de la familia.
- I.4. Naturaleza del Derecho de Familia, su noción, ubicación y caracteres.
- I.5. Principios del Derecho de Familia.
- I.6. Concepto, principios y fundamentos del derecho de Familia en la Constitución de 1991.
- I.7. Fenómenos que modifican la estructura tradicional de la Familia
- I.8. Jurisdicción de Familia (decreto 2272 da 1989).
- I.9. El Parentesco.
- I.10. Definición y clasificación.
- I.11. Líneas.
- I.12. Grados.
- I.13. Efectos jurídicos.
- I.14. Matrimonio y su régimen personal.
 - I.14.1. La evolución Histórica del Matrimonio.
 - I.14.2. Promesa de matrimonio (Esponsales).
 - I.14.3. Definición y naturaleza.
 - I.14.4. Clases de Matrimonio.
 - I.14.5. Requisitos de fondo y de forma.
 - I.14.6. Impedimentos del matrimonio.
 - I.14.7. Efectos personales.
 - I.14.8. Nulidad del Matrimonio.
 - I.14.9. Causales de Nulidad.
 - I.14.10. Efectos de la Nulidad.

Unidad II

Disolución Del Matrimonio (Divorcio)

- 2.1. Evolución histórica
- 2.2. Causales de Divorcio.
- 2.3. Cesación de efectos civiles del matrimonio religioso.
- 2.4. Efectos del Divorcio.
- 2.5. Separación de cuerpos.
- 2.6. Unión Marital de Hecho.
 - 2.6.1. El concubinato.
- 2.7. Capitulaciones Matrimoniales.
- 2.8. Sociedad Conyugal.
- 2.9. Evolución histórica.
- 2.10. Bienes de la Sociedad Conyugal y de la Sociedad Patrimonial.
- 2.11. Pasivo de la Sociedad Conyugal y Sociedad Patrimonial.
- 2.12. Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal y Patrimonial.
- 2.13. Separación de Bienes.
- 2.14. Patrimonio de Familia inembargable.
- 2.15. Afectación a Vivienda Familiar.
- 2.16. Filiación Extramatrimonial.

Unidad III

Derecho De Infancia Y Adolescencia (Código De Infancia Y Adolescencia Ley 1098 De 2006)

- 3.1. Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- 3.2. Normas Internacionales relativas a la protección de la niñez.
- 3.3. Derechos fundamentales de los niños en la Constitución Nacional.
- 3.4. Principios del Derecho de infancia y adolescencia.

- 3.5 Principios del Derecho de infancia y adolescencia.
- 3.6. Proceso administrativo de protección.
- 3.7 Medidas de Protección
- 3.8 Alimentos en el Código del Menor
- 3.9 Restablecimiento de derechos.
 - 3.9.1 Autoridades Competentes.
 - 3.9.2 Verificación de garantía de derechos.
 - 3.9.3 Medidas de restablecimiento de derechos
 - 3.9.4 Proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

Unidad IV

Procesos Judiciales

- 4.1.- Homologación.
- 4.2.- Permiso para salir del país.
- 4.3.- Destitución internacional de niños (a) y adolescentes.
- 4.4.- Adopción.
- 4.5.- Custodia.
- 4.6.- Sistema de Responsabilidad penal de adolescentes.
 - 4.6.1.- Autoridades.
 - 4.6.1.- Autoridades.
 - 4.6.2.- Procedimiento.

UNIDAD I

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE FAMILIA

El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de la familia para con ellos y frente a terceros.

El derecho de familia, por la naturaleza de las relaciones jurídicas entre los sujetos y sus efectos, forma parte del derecho privado, y la intervención de los órganos del Estado sólo es auxiliar en la aplicación de las normas para el goce, el ejercicio, el reconocimiento y la exigibilidad de los derechos, deberes y obligaciones derivados de los vínculos familiares.

Conceptos generales del derecho de familia

Es importante abordar los conceptos fundamentales que integran el contenido del derecho de familia.

Concepto de derecho de familia

El derecho de familia se refiere a las normas de orden público e interés social que regulan y protegen a la familia y a sus integrantes, así como su organización y desarrollo integral, sobre la base del respeto a los derechos de igualdad, no discriminación y respeto a la dignidad humana, en orden a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por México, aplicables a la materia, fundamentalmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, así como del trabajo realizado por Naciones Unidas en favor de la familia a través de la División de Política Social y Desarrollo del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Instrumentos y actividades

universales y regionales que contienen disposiciones dirigidas, entre otros muchos aspectos, al fortalecimiento de la capacidad de la familia para atender sus propias necesidades, el equilibrio entre el trabajo y las responsabilidades familiares, la prevención y sanción de la violencia familiar y la mejora en la calidad de vida de los integrantes de la familia.

El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de la familia para con ellos y frente a terceros.

Familia

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, que como constitucionalmente se establece, requiere de protección al igual que sus integrantes; esto en atención y provecho de los individuos que la conforman, cumpliendo así con la función social que le corresponde.

Es decir que el interés familiar debe entenderse como el medio de protección de los intereses y derechos de los miembros del núcleo familiar, sobre la base de que se cumpla con los fines familiares, que son: la asistencia mutua, la solidaridad, la convivencia, la subsistencia, la reproducción, en su caso, la filiación, los fines morales y de socialización, la relación afectiva, la educación, la unidad económica y la formación de un patrimonio, como los fundamentales.

Concepto de familia

Desde el punto de vista social, la familia suele definirse como la institución formada por personas unidas por vínculos de sangre y los relacionados con ellos en virtud de intereses económicos, religiosos o de ayuda. Si consideramos las tendencias actuales, ampliaríamos el concepto, ya que dichas uniones no sólo se dan por vínculos de sangre, sino también de simple solidaridad, cuando cumplen con elementos de validez y existencia, como el que sea o se considere una unión estable, pública y voluntaria, y que cumpla con la obligación de proteger a sus integrantes identificándolos en la comunidad donde se desarrollan e interactúan como un solo núcleo solidario, para tales efectos.

La familia puede ser definida desde el punto de vista jurídico, en un sentido estricto, como: el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como por otras personas unidas a ellos por vínculos de sangre, matrimonio, concubinato o civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones.

Sin embargo, la realidad social y sus ajustes han impuesto la necesidad de concebir un concepto en sentido amplio. En este orden de ideas, se ha podido afirmar que la familia está constituida por dos o más personas que comparten una vida material y afectiva, en la que se dividen las tareas y las obligaciones, por cuanto hace a la satisfacción de aquellas actividades que permiten su subsistencia, desarrollo y calidad de vida integral; así como la convivencia solidaria, de la ayuda mutua y el apoyo moral y afectivo, dirigido todo ello a lograr y procurar el desarrollo personal e integral para todos los miembros del grupo familiar.

Clases de familia

Nuclear: el término —familia nuclear— hace referencia al grupo de parientes integrado por los progenitores, es decir, el padre y la madre y sus hijos.

Familia monoparental: la familia monoparental es aquella que se integra por uno solo de los progenitores: la madre o el padre, y los hijos. En ésta, los hijos pierden el contacto con uno de los padres, ya sea prolongada o definitivamente.

Extensa o ampliada: la familia extensa está conformada por los abuelos, los padres, los hijos, los tíos y los primos. Los miembros de la familia extensa están en contacto permanente, pueden vivir varias generaciones en la misma casa o predio. Se relaciona o interactúa como red social de apoyo, sobre la base de la ayuda mutua.

Ensamblada: aquellas familias integradas por familias reconstituidas, por dos familias monoparentales, por miembros de núcleos familiares previos, que al separarse se unen nuevamente, de hecho o de derecho, con nuevas personas o grupos familiares formando el ensamble o una nueva estructura familiar, sin que ello obste para que subsistan, salvo por disposición en contrario de la autoridad judicial, las obligaciones derivadas de los vínculos jurídicos originarios respectivamente, en su caso.

Sociedad de convivencia y/ o familiarización de amigos: conforme a la ley, la sociedad de convivencia se define como un acto jurídico bilateral que se verifica, y tiene consecuencias jurídicas, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, deciden establecer un hogar común, estable, para convivir voluntaria y públicamente sobre los principios de solidaridad y ayuda mutua.

La sociedad de convivencia obliga a las partes en razón de la voluntad de permanencia, ayuda mutua y establecimiento del hogar común. La sociedad surte efectos frente a terceros cuando es registrada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del órgano político administrativo correspondiente. Existe impedimento para constituir una sociedad en convivencia en los casos de personas unidas en matrimonio, concubinato y aquellas que tengan vigente una sociedad de convivencia, al igual que con los parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colaterales hasta el cuarto grado. La sociedad de convivencia se registrará, en lo que fuere aplicable, conforme a las normas aplicables al concubinato, por lo que las relaciones jurídicas de los convivientes se producirán en términos del concubinato.

Relaciones familiares

Las relaciones de familia o en la familia se explican como el conjunto de deberes, derechos y obligaciones que existen y son exigibles, en razón de los vínculos jurídicos generados por el derecho, entre los integrantes de la familia. Dichos vínculos se generan como consecuencia o efecto del matrimonio, el parentesco o el concubinato.

Los supuestos jurídicos sobre los que descansan las relaciones familiares y que son elementos fundamentales para el sano desarrollo integral de la familia son la consideración, la solidaridad y el respeto recíprocos entre sus miembros.

Autonomía del derecho de familia.

La doctrina coincide en que el derecho de familia puede y debe ser una rama autónoma o independiente del derecho civil, ya que su estructura, contenidos y, en muchos casos, su tratamiento por el Poder Judicial, así lo permiten. Existe un criterio que permite identificar cuándo el contenido de un área del derecho puede considerarse una rama jurídica autónoma. En este caso, el derecho de familia puede llegar a ser una rama autónoma del derecho civil, siempre y cuando se actualicen todos y cada uno de los siguientes elementos:

- Autonomía legislativa: que exista un ordenamiento con la normativa específica de la materia.
- Autonomía didáctica: que en los planes y programas de estudio se establezca como asignatura específica.
- Autonomía doctrinal: que se desarrolle investigación y publicaciones específicas sobre el tema.
- Autonomía judicial: que existan tribunales y agentes del Poder Judicial designados específicamente al conocimiento de asuntos del orden familiar.

En el caso de la República mexicana, no se actualiza en todas la entidades federativas la autonomía legislativa. Por cuanto a la didáctica, en muchos casos el derecho civil se divide en cursos de los cuales uno es el derecho de familia, y, por otro lado, otros programas lo imparten como asignatura autónoma, por lo que podemos decir que en este caso tampoco se actualiza el supuesto de autonomía, en estricto sentido. Con respecto a la autonomía doctrinal, existen, al igual que en el caso anterior, colecciones de obras de derechos civil que cuentan con un volumen específico para el derecho de familia, así como también libros

específicos sobre derecho de familia, por lo que creemos que tampoco se actualiza el supuesto de autonomía en estricto sentido. Y finalmente, por cuanto al Poder Judicial, podemos afirmar que hay entidades federativas en las que existen juzgados familiares y otras en las que no, por lo que no se actualiza este supuesto de autonomía.

El derecho de familia pertenece al derecho privado.

En el siglo xx, Antonio Cicu elaboró un estudio que analizaba las coincidencias del derecho de familia con el derecho público y el derecho privado, para así determinar el área del derecho a la que correspondía.

En resumen se sostiene que siendo la característica fundamental del derecho público —la soberanía, que lleva implícito el reconocimiento de la situación que los sujetos, el Estado y los particulares o gobernados, guardan en las relaciones jurídicas, que en este caso, es decir, en el derecho público, son de autoridad y subordinación tanto en el mundo material como en el jurídico; mientras que en el derecho privado las relaciones entre los sujetos, particulares, son de igualdad y equidad mediante normas que regulan el actuar jurídico y sus consecuencias entre los mismos.

Por cuanto al derecho público, se han sostenido algunos argumentos a favor de considerar al derecho de familia en este ámbito. Uno de ellos es que aquél tiene injerencia sobre éste debido a la intervención de los órganos del Estado para la realización, disolución, reconocimiento jurídico y social de los actos realizados entre particulares. Así como también, en razón de que la exigibilidad de los derechos obligaciones y deberes de los integrantes de la familia, una vez establecido el vínculo jurídico familiar, no está sujeta exclusivamente a su voluntad, debido a que están dados, regulados y protegidos por el Estado, el que establece los medios, acciones, procedimientos y autoridades para su ejercicio, goce y exigibilidad.

Sin embargo, en cuanto al derecho privado, se ha sostenido que el derecho de familia forma parte de éste debido a la privacidad y contractualismo que caracterizan las relaciones entre particulares y que se encuentran sustentadas en la autonomía de la voluntad, es decir, que las relaciones jurídicas se establecen libre y voluntariamente entre las partes. Las relaciones jurídicas entre los miembros de la familia se generan y surten efectos entre ellos. Y es precisamente la consideración de los derechos y deberes recíprocos entre los sujetos del derecho familiar lo que designa y establece la igualdad jurídica entre los mismos, no la subordinación como en el derecho público, ya que éstos deberán ejercerse con

consideración, solidaridad y respeto mutuo. La realidad es que el derecho de familia por los argumentos señalados, y como lo establece Antonio Cicu, por la naturaleza de las relaciones jurídicas entre los sujetos y sus efectos, forma parte del derecho privado, y la intervención de los órganos del Estado sólo es auxiliar en la aplicación de las normas para el goce, ejercicio, reconocimiento y exigibilidad de los derechos, deberes y obligaciones derivados de los vínculos familiares.

- Sujetos del derecho de familia
- Cónyuges y /o concubinos.
- Parientes.
- Personas que ejercen y están sujetas a la patria potestad.
- Adoptantes y adoptados.
- Tutores, incapaces y curadores.

Contenido del derecho de familia.

El contenido del derecho de familia estará determinado por las relaciones que se establezcan entre sus miembros, es decir, entre los sujetos del derecho familiar, que a decir son:

- Matrimonio, divorcio y concubinato.
- Relaciones paternas filiales, derechos, deberes y obligaciones.
- Parentesco, derechos, deberes y obligaciones.
- Menores, incapacitados y su protección.

Régimen patrimoniales del matrimonio

Existen dos regímenes extremos y contrapuestos entre sí: el de la comunidad universal de bienes y deudas y el de la separación de patrimonios. Además, existen otros regímenes a los que podríamos calificar de mixtos. Analicemos.

Régimen de la comunidad universal de bienes y deudas.

La sociedad conyugal se convierte en el titular único de un solo patrimonio. No existen patrimonios de los cónyuges, pues el patrimonio del hombre y la mujer antes de casados, y por lo tanto independientes hasta el momento de contraer matrimonio, se fusionan a raíz de este en uno solo, no importando la causa o la época en que los bienes fueron adquiridos o contraídos las deudas.

En este régimen todos los bienes, tanto los llevados al matrimonio como los adquiridos por ambos durante la vigencia del matrimonio, tienen el carácter de comunes, responden por las deudas contraídas tanto por el marido como por la mujer, y los bienes existentes al término del régimen después de cubierto el pasivo, se dividen por igual entre los dos cónyuges.

Este régimen halla su fundamento en la idea de que la comunidad de vida que entraña el matrimonio no puede ser circunscrita a la esfera afectiva o moral, sino que debe abarcar la totalidad de los cónyuges. Se señala que la existencia de patrimonios separados implica intereses independientes y aun eventualmente opuestos, lo que daría lugar a un resquebrajamiento de esta unidad de vida, resultando en cuanto a los intereses económicos, que cada cónyuge fuera un extraño para el otro. Refieren que el matrimonio exige una plena comunidad de vida en todo orden de cosas, en tanto que se está ante un proyecto de vida en común, en donde no debería existir lo tuyo y lo mío pues se trata de dos personas que unen sus vidas para compartir todo, lo bueno y lo malo, y piensan que la existencia de patrimonios separados puede introducir un elemento de desavenencia y por qué no de confrontación.

Régimen de separación de patrimonios

En lo que se refiere al aspecto económico, el matrimonio no tiene mayores implicancias, pues las relaciones patrimoniales de que son sujetos el marido y la mujer subsisten como se hallaban antes del matrimonio, o se producen después como si este no se hubiera efectuado. Consiste este régimen en que cada cónyuge hace suyo tanto los bienes que lleva al matrimonio como los que adquiriera durante la vigencia de este por cualquier título, así como los frutos de uno u otro, y en ese mismo sentido asume sus propias deudas, y no tiene derecho cuando fenece el régimen matrimonial, a ninguna participación en los bienes del otro cónyuge, sin perjuicio de las normas de sucesión cuando la sociedad ha terminado por muerte de uno de los cónyuges.

El fundamento de esta tesis, curiosamente descansa en el mismo argumento de la comunidad de vida pero con otro enfoque. Así, refieren que la separación de patrimonios es una garantía de concordia entre los cónyuges, al mantener a cada uno de ellos apartado de la esfera de los intereses económicos del otro; además, elimina la ambición del pretendiente pobre y despeja la suspicacia del pretendiente afortunado: en otras palabras, impide matrimonios interesados. Los partidarios de esta tesis señalan que el vínculo matrimonial no debería afectar necesariamente a la actividad económica de los cónyuges, la que puede desarrollarse independientemente, sin perjuicio de las obligaciones por cumplir respecto a las necesidades de los hijos y en general del hogar.

Con respecto a terceros no habría mayor problema, pues estos garantizan sus relaciones económicas al celebrar actos jurídicos con el cónyuge titular de su patrimonio, no existiendo confusión pues no existiría para nada la sociedad conyugal como tal, con relevancia económica.

Regímenes mixtos

Existen diversos regímenes intermedios, algunos de ellos mixtos y otros derivados de los sistemas extremos, a saber: el dotal; el del disfrute por el marido; el de participación en gananciales; el de comunidad de muebles y gananciales; el de comunidad de gananciales; el de comunidad con gestión separada; y el de comunidad con bienes reservados. A continuación, analizaremos los de mayor importancia.

Comunidad parcial de muebles y gananciales

Comunidad de bienes solo respecto de los bienes muebles que los cónyuges llevan al matrimonio o adquieran durante él, los frutos de los bienes propios de cada cónyuge y de los comunes y de los inmuebles obtenidos a título oneroso. En cuanto a los demás bienes, tienen el carácter de propios del marido o la mujer. En este régimen las facultades de administración y disposición corresponden al marido. Se critica este régimen, por las desigualdades que pueden generarse cuando uno de los cónyuges aporta solo o principalmente bienes inmuebles, y el otro única o mayoritariamente bienes muebles, lo que convierte en injusto al régimen.

Separación pero con participación de gananciales

Llamado comunidad diferida o comunidad de administración separada, aquí los bienes adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio, quedan sujetos a la administración y disposición de cada uno de ellos como si se tratara de un régimen de separación, pero una vez disuelto el matrimonio, cada cónyuge tiene derecho a participar por mitad, en las ganancias obtenidas por el patrimonio del otro, mediante la doble estimación del patrimonio originario y el patrimonio final. En pocas palabras, funciona como la separación de bienes y se liquida como la comunidad de bienes.

Bienes propios

Bienes propios se dice propio porque pertenece exclusivamente a una persona son aquellos que pertenecen en forma exclusiva a cada uno de los cónyuges. En consecuencia, está debidamente identificada la titularidad del citado bien, y por lo tanto, las facultades dominicales se ejercen sin mayor contratiempo y sin intervención de terceros. Sin embargo, la existencia de los mismos al lado de lo que se llama la ley bienes sociales, que más adelante se explica, y en tanto que se encuentra dentro del régimen familiar, estos bienes propios, sufren una especie de restricción en cuanto a los frutos, rentas, productos que puedan derivarse del bien, pues ellos ya no le pertenecen en exclusividad al titular del bien sino que vienen a formar parte del llamado patrimonio social, del cual participa también el otro cónyuge.

Facultades que la ley concede a cada cónyuge sobre sus bienes propios.

Ha quedado establecido que el bien propio responde al dominio exclusivo de uno de los cónyuges respecto de un bien en particular. Así mismo, se ha señalado que tratándose de intereses patrimoniales, estos quedan subordinados al interés familiar, y por ello la propiedad del bien termina siendo restringida o limitada en algunos casos. Pues bien, bajo estas premisas diremos que si bien es cierto, la propiedad confiere a su titular las facultades de uso, disfrute, disposición y reivindicación, el cónyuge propietario del bien tiene en general estos atributos, pero con ciertas particularidades que pasamos a analizar.

Bienes sociales

En el Código Civil de 1936, a los bienes sociales se les denominó bienes comunes. Decir bienes sociales no significa referirnos a la sociedad de gananciales como una forma societaria, pues tal como dijimos, la sociedad de gananciales más que una persona jurídica bajo la forma de sociedad es una comunidad de bienes: su denominación persigue diferenciarlos de los llamados bienes propios que tienen sus propias reglas. Además, resulta atendible que el legislador no pueda haber previsto todos los bienes que tienen la calidad de bienes propios, y por lo tanto haya incurrido en omisiones.

En esa circunstancia, siempre bajo la óptica del interés familiar y como una especie de categoría residual, se señala que cualquier bien que no esté expresamente considerado como propio tiene la categoría de bien social. Así lo encontramos en el artículo 310 del Código Civil de 1984, que señala son sociales todos los bienes no comprendidos en la enumeración del artículo 302 artículo referido a los bienes propios. Sin embargo, por la importancia del caso se precisa algunos bienes sociales específicos:

Facultades que la ley otorga a los cónyuges sobre los bienes sociales

Con la legislación anterior, bajo el régimen de la potestad marital era el marido el que administraba los bienes sociales y quien tenía la facultad de disposición. Solo le era prohibido disponer de los bienes sociales a título gratuito, norma que llevó a muchas injusticias, y que tal como ya ha sido mencionado, dio lugar a que en 1968 se dictara el decreto ley 17838, que modificó el artículo 188 del Código de 1936, exigiendo la presencia de la cónyuge en los actos de disposición de los bienes comunes. Hoy, con la igualdad legal del hombre y la mujer ya no existe la potestad marital, y la mujer y el marido tienen iguales derechos y responsabilidades en el hogar, lo que significa que en el ámbito económico sean los dos, con iguales derechos y deberes, los que se encuentren al frente del patrimonio social.

Deudas personales y sociales

Ha quedado claro a la luz de la legislación, la calidad de patrimonio autónomo de la sociedad de gananciales. Pues bien, este patrimonio no se forma solo con bienes que constituyen el activo sino también con las deudas que integran el pasivo, las cuales pueden ser propias de cada cónyuge o sociales. Decir deudas sociales no es referirse a la sociedad conyugal como deudora, porque la sociedad de gananciales nunca puede obligarse directamente; por cuanto carece de personalidad jurídica, los que actúan y se obligan son siempre el marido y la mujer. Sin embargo, el fundamento de las deudas personales se halla en la finalidad perseguida por el

cónyuge al contraerlas, y así, si no han servido para atender las cargas del hogar, se consideran personales.

Deudas personales

Al calificar los bienes propios señalamos, en primer lugar, que tales bienes lo constituían los adquiridos antes del nacimiento del régimen de la sociedad de gananciales. Pues bien, este criterio también sirve para considerar a una deuda como propia y personal del cónyuge que la contrajo antes del matrimonio. En general, los bienes propios de cada cónyuge responden

por sus deudas personales, y así las deudas que este contrajo antes de la vigencia del régimen de gananciales, no tienen por qué afectar los bienes propios del otro, ni tampoco los bienes sociales. Sin embargo, si las deudas se hubieran contraído en beneficio del futuro hogar, por ejemplo, el contrayente que asume una deuda con un banco para amoblar su futura casa conyugal, y luego de casado comienza a devengarse la obligación del pago del préstamo y no tuviere bienes propios, entonces los bienes sociales quedan afectados. Ello nos parece razonable, por cuanto dichos bienes están destinados al servicio del hogar conyugal, y práctico si se tiene en cuenta que dentro del matrimonio, principalmente lo que existe como bienes son los ingresos que perciben los cónyuges por su trabajo, y dichos bienes, como sabemos, tienen la calidad de sociales. En atención a ello mostramos conformidad con lo dispuesto en el artículo 307 del Código Civil.

Otro supuesto está referido a la deuda a título personal contraída por uno de los cónyuges estando vigente el régimen de sociedad de gananciales, deuda personal y que por lo tanto debe ser honrada con sus bienes propios, no teniendo por qué afectar los bienes propios del otro. Hasta aquí resulta lógica la norma, pero si se ha probado que esa deuda personal se contrajo en provecho de la familia, y el deudor carece de bienes propios, entonces dice el artículo 308 del Código Civil, que los bienes propios del otro consorte terminan siendo afectados en el pago de tales deudas. Sobre el particular cabe preguntarse por qué el legislador no se pronunció primero por la afectación de los bienes sociales; si fueran insuficientes o no los hubiera, recién se podría afectar los propios del otro consorte, tal como sucede en el supuesto del numeral 307, supuesto basado en la consideración de que la deuda fue contraída en provecho de la familia.

Por ejemplo, uno de los cónyuges adquiere personalmente un préstamo para sufragar los gastos de una intervención quirúrgica de uno de los hijos del matrimonio, y al devengarse tal obligación, resulta que carece de bienes propios. En ese caso, ¿por qué no afectar en primer

lugar los bienes sociales y si no los hubiera o si son insuficientes recién pensar en afectar los propios? Nos parece que el legislador ha dado tratos diferentes a situaciones similares.

¿Pueden afectar las deudas personales el patrimonio social?

Debemos señalar que algunos autores calificados, como Tedeshi, Castán Tobeñas Colín y Capitant Guastavino, niegan cualquier derecho que sobre los bienes sociales puedan pretender los acreedores personales. Nuestro Código Civil, en los artículos 307 y 308 ya analizados, no hace referencia a la posibilidad de que los acreedores personales puedan dirigirse, en vigencia de la sociedad de gananciales, por deudas contraídas individualmente en su propio beneficio, contra el patrimonio social o contra la porción indivisa que sobre los mismos le correspondería a su deudor.

Por nuestra parte, y en consideración a haber calificado la sociedad de gananciales más que como una sociedad, como una comunidad de bienes a la que no debe aplicársele las normas de la copropiedad en función de la diferencia que existe entre ellas, consideramos al igual que estos conocidos juristas que no cabe que por deudas personales se pueda afectar el patrimonio social, ni la expectativa de derecho ganancial del cónyuge deudor con medidas cautelares u otras, lo que no significa desconocer el derecho del acreedor a verificar su crédito.

Sin embargo, no ha de hacerlo por esa vía; el mismo legislador contempla la posibilidad de la declaración de insolvencia del cónyuge deudor, y ante esa declaración, finalizar el régimen de la sociedad de gananciales, y por ende, liquidarla, momento en el cual al ya estar debidamente identificadas las cuotas de los cónyuge se podrá proceder al embargo y remate de los bienes que le pudieran corresponder al cónyuge, o si no ha habido aún partición, al embargo de la alícuota y su posterior ejecución.

Régimen de separación de patrimonios

Como sabemos, con la legislación anterior solo existía el régimen de sociedad de gananciales, el mismo que operaba automáticamente por el hecho del matrimonio. No había opción pues había un único régimen. Es cierto que se previó la separación de bienes, pero solo como resultado de un proceso judicial por un abuso de las facultades de administración que causaba perjuicio al otro. El vigente Código Civil de 1984 otorga a los futuros contrayentes la posibilidad de escoger entre el régimen de sociedad de gananciales o el de separación de patrimonios. Esta posibilidad sigue existiendo durante el matrimonio, y en las oportunidades

que los cónyuges deseen, bastando solo el acuerdo de ambos, debiendo precisarse que no se ha dejado de lado la separación de bienes, como resultado del proceso judicial por perjuicio económico al cónyuge solicitante.

El régimen de separación de patrimonios no implica un decaimiento del vínculo matrimonial, el mismo que se mantiene con todos los derechos y deberes que nacen del matrimonio. Sobre el particular, el artículo 300 del Código Civil refiere que cualquiera que sea el régimen en vigor, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas. Lo que caracteriza al régimen de separación de patrimonios no solo es que cada cónyuge conserva la propiedad de sus bienes, sino que también conserva la administración y disposición de los mismos.

En consecuencia, los cónyuges adquieren, disfrutan y disponen de sus bienes sin limitación alguna, como si no estuvieran casados. Los frutos de los bienes de cada cónyuge le corresponden al titular del bien. En este régimen excepcional, todos los bienes que adquieran los cónyuges por cualquier concepto, sea gracioso u oneroso, durante la vigencia del matrimonio, ingresan a sus respectivos patrimonios, de tal forma que pueden ejercer todos los actos inherentes al dominio. En cuanto a las deudas en el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge que ha contraído una deuda debe responder por ella con su propio patrimonio, no comprometiendo para nada al otro cónyuge.

Como es natural, el régimen de separación de patrimonios puede afectar a terceros, especialmente cuando se ha llegado a él dentro del matrimonio por cambio de régimen, esto es, cuando se ha pasado de un sistema de sociedad de gananciales a otro de separación de patrimonios. En esa medida, la ley exige la inscripción del régimen en el registro personal, que debe entenderse como registro personal de cada cónyuge. A propósito del estudio de la sociedad de gananciales, señalamos que este sistema fue el único en los códigos civiles de

1852 y 1936. Por lo tanto, es un régimen que se ha entronizado en el alma del pueblo peruano y no llama la atención de que la gran mayoría de los matrimonios civiles que se contraen o de los que ya existen estén bajo ese régimen y sólo una minoría haya optado por el de la separación de patrimonios. Sobre el particular, resulta ilustrativa una información registral de Lima y Callao que abarca desde 1984 —el 14 de noviembre de 1984 entró en vigencia el presente Código Civil— hasta julio de 1995 y que arrojó los siguientes resultados:

2581 separaciones de patrimonio, y de esta cifra 527 fueron antes del matrimonio, es decir entre novios, y 2054 durante el matrimonio, esto es, ya entre cónyuges; por otro lado, se detectaron 228 casos de separaciones judiciales de bienes.

Pues bien, estos números nos indican que no ha habido una aceptación importante de la separación de patrimonios, muchos dicen que por la poca difusión del sistema. Ello puede ser

cierto, pero también habría que buscar las causas, tal como dijimos, en la idiosincrasia del pueblo peruano que ve el matrimonio como una fusión de personas, una entrega total, en la que la comunidad debe darse tanto en lo personal como en lo económico y en la que una separación de bienes atentaría contra esa comunión. Se ha señalado que el régimen de separación de patrimonios es el régimen de bienes en el matrimonio que menos se identifica con la institución matrimonial, ya que establece en el campo patrimonial, un sistema según el cual los cónyuges disponen de sus bienes como si no estuvieran unidos en matrimonio. Por otro lado, no es menos cierto que otorga una gran protección a los cónyuges, lo que no necesariamente ocurre en el régimen de la sociedad de gananciales, en donde los cónyuges pueden cometer abusos en la administración y disposición de los bienes, aun cuando esto último es relativo por la administración y disposición conjunta de los bienes sociales.

Por otro lado, hay que considerar que el régimen de separación de patrimonios puede desfavorecer al cónyuge que se dedica al cuidado del hogar y de los hijos y que por lo tanto no genera ingresos reales en tanto que no se dedica a un trabajo, oficio, industria. Al no generar ingresos propios, aunque preste apoyo al otro cónyuge dentro del hogar, su patrimonio no se incrementará, y nada de lo que adquiera el otro cónyuge le corresponderá, pues en este régimen nada se comparte sino que todo está dividido. Por lo excepcional del régimen, pues lo común es que los que se casan o los que ya están casados adopten el régimen de sociedad de gananciales, para optar por el régimen de separación de patrimonios constituye un requisito formal bajo sanción de nulidad, el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. En consecuencia, si no se ha cumplido con esta exigencia formal ad-solemnitatem no habrá separación de patrimonios. El régimen de separación de patrimonios por cambio de régimen, esto es, cuando se pasa de uno de sociedad de gananciales al de separación, implica obligatoriamente la liquidación de aquel y la inscripción en el registro. En caso contrario, tampoco habrá separación. En lo que se refiere a los casos en que se llega al régimen de separación de patrimonios, debemos señalar que procede antes del matrimonio y aun dentro del matrimonio. Veamos por separado cada uno de ellos.

Régimen de separación antes del matrimonio

Los novios son libres de elegir el régimen económico que gobernará sus intereses económicos en el futuro matrimonio, elección que se da entre dos regímenes: el de la comunidad de bienes y el de la separación de patrimonios. Pues bien, si eligen este último, necesariamente deberán otorgar escritura pública bajo sanción de nulidad e inscribir en el registro personal, comenzando a producir efectos el régimen de separación cuando se celebre el matrimonio.

UNIDAD II

SEPARACIÓN Y DIVORCIO. ANTECEDENTES

La separación conyugal puede entenderse como la ruptura que se da en la convivencia de los cónyuges, pero dicho alejamiento no afecta jurídica y legalmente al vínculo matrimonial en los términos de la ley; es decir, los cónyuges, por voluntad de uno o ambos, sin una resolución judicial, deciden terminar la cohabitación en forma permanente, pero todos los efectos y consecuencias del matrimonio continúan vigentes.

En este caso, los cónyuges continúan unidos en matrimonio, por lo que se encuentran impedidos para celebrar nuevas nupcias. Esta situación se denomina separación de hecho.

La separación de cuerpos se da cuando la vida conyugal termina por resolución de la autoridad judicial competente (el juez de lo familiar), que suspende exclusivamente los deberes relativos al débito carnal y la cohabitación, determinando, en su caso, la procedencia de la liquidación de la sociedad conyugal, o de la división de bienes comunes entre los cónyuges; sin embargo, subsistirá el vínculo matrimonial, por lo que los cónyuges no podrán celebrar nuevas nupcias.

En México es posible la separación de cuerpos decretada por autoridad judicial, exclusivamente, en el caso de aquellos cónyuges que no queriendo el divorcio, soliciten la suspensión de la obligación de cohabitar, cuando uno de ellos padeciera una enfermedad incurable, contagiosa o hereditaria, la impotencia incurable e irreversible, siempre que esta última no tenga su origen en la edad avanzada del cónyuge que la sufre; o cuando sufra un trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción del cónyuge enfermo. En este caso salvo la obligación de cohabitar, todas las demás que derivan del matrimonio continúan subsistentes.

Por cuanto al divorcio vincular, se define como la disolución del vínculo matrimonial mediante una sentencia judicial. Éste permite a los cónyuges divorciados volver a contraer matrimonio, en los términos establecidos por la ley.

Concepto de divorcio

La acción de divorcio es exclusiva para el ejercicio de los cónyuges, sólo se extingue por la muerte de uno o de ambos consortes, no es transmisible, es imprescriptible e irrenunciable anticipadamente. La acción se extingue, también, por reconciliación de los cónyuges, la que deberá hacerse del conocimiento de la autoridad competente después de haber interpuesto la demanda de divorcio.

Entonces, el divorcio es la forma jurídica de disolver el matrimonio, y sólo es válido mediante la sentencia de una autoridad judicial competente que declare disuelto el vínculo matrimonial, a la petición de uno o ambos cónyuges, con fundamento en las causas y formas establecidas por la ley.

Así las cosas, la legislación mexicana define al divorcio como aquella acción que disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Clases de divorcio

El divorcio se clasifica en: Divorcio voluntario: Administrativo. Voluntario contencioso. Necesario o causal.

Unilateral por la vía judicial. Divorcio voluntario

Esta clase divorcio es la que se da como consecuencia del acuerdo de voluntades entre los cónyuges para terminar con el matrimonio.

Divorcio administrativo

Procede el divorcio administrativo cuando después de un año de celebrado el matrimonio, ambos cónyuges deciden divorciarse. Se requiere para poder ejercer esta acción:

- Que los cónyuges sean mayores de edad.
- Que hayan liquidado la sociedad conyugal, en su caso.
- Que la mujer no esté embarazada.
- Que no tengan hijos en común, o teniéndolos sean mayores de edad.
- Que ni los hijos o uno de los cónyuges requiera alimentos.

En este caso, el juez del registro civil, que será la autoridad competente, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio, y los citará a los quince días para que ratifiquen su solicitud.

Al ratificarla, el juez del registro civil los declarará divorciados, y hará la anotación correspondiente al margen del acta de matrimonio anterior.

Si se descubre o comprueba que los cónyuges no cumplieron con los requisitos exigidos para el divorcio administrativo, éste quedará sin efectos y el matrimonio subsistirá, sin perjuicio de las sanciones que correspondan conforme a la ley.

Divorcio voluntario contencioso

La acción de divorcio en este caso se somete al juez de lo familiar o al juez de lo civil, que es la autoridad competente. En este caso lo denominaremos divorcio voluntario por la vía judicial.

Procede por la vía judicial cuando los cónyuges no cumplen con los requisitos para solicitar el divorcio por la vía administrativa, y sin embargo lo solicitan por mutuo consentimiento ante el juez de lo familiar, siempre que cumplan con los requisitos establecidos para ello, es decir, que haya pasado un año o más a partir de que se celebró el matrimonio, y que presenten con la demanda un convenio en el que se establezca lo relativo a la guarda y custodia de los hijos, los alimentos, la vivienda y la administración de los bienes.

El procedimiento se desarrollará como sigue:

Los cónyuges interesados deberán presentar la demanda de divorcio firmada por ambos y acompañada del convenio, el cual deberá contener:

- Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos, menores e incapaces.

- La forma en la que el progenitor que no tenga la guarda y la custodia de los hijos ejercerá el régimen de visitas y de convivencia, respetando los horarios de comida, descanso y estudio de los hijos.

El modo de atender las necesidades de los hijos a quienes deba darse alimentos. Deberá especificarse la forma de pago, así como la de la garantía para asegurar su cumplimiento.

La designación del cónyuge al que corresponde el uso del domicilio o casa en que se habita antes y durante el proceso.

En su caso, determinar la casa que servirá de habitación al cónyuge y a los hijos, menores o incapaces, durante el procedimiento y después de su ejecución, obligándose ambos a comunicarse los cambios de domicilio, inclusive después de decretarse el divorcio.

La cantidad que integrará la pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor señalando la forma de pago y la de garantizarla.

La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, presentando para tal efecto las capitulaciones matrimoniales, el inventario, el avalúo y la forma de partición.

Mientras se resuelve el divorcio voluntario, el juez de lo familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio presentado con la demanda.

El juez convocará a los divorciantes para la celebración de dos audiencias de avenencia o conciliación, a las cuales están obligados a asistir los cónyuges solicitantes.

En caso de no avenirse o reconciliarse, deberán ratificar su demanda de divorcio en las dos ocasiones, y cumpliendo el convenio con los requisitos de ley, el juez de lo familiar dictará sentencia decretando el divorcio.

Los cónyuges solicitantes del divorcio podrán reunirse y reconciliarse durante cualquier tiempo del procedimiento, siempre que sea antes de que se dicte sentencia que decrete el divorcio, con lo que quedará sin efecto la solicitud de divorcio, y no podrán volver a ejercitar la acción de divorcio hasta pasado un año a partir de su reconciliación.

En tratándose de menores de edad, para poder solicitar el divorcio se requiere que éstos estén representados por los que dieron su consentimiento, conforme a la ley o por un tutor legítimo, debido a los intereses familiares que están involucrados.

Divorcio necesario o causal

No existe acuerdo entre los cónyuges respecto al divorcio, uno quiere divorciarse y el otro no, por una o varias de las causales que para demandar el divorcio establece el Código Civil en su artículo 266. En este caso podrán demandar una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que se hubieren adquirido durante la existencia del matrimonio siempre que:

- Hubieren estado casados bajo el régimen de separación de bienes.

- El demandante se hubiera dedicado, durante el matrimonio, preponderantemente a las labores del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos.

- Durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios, o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte.

- En este caso, el juez de lo familiar deberá de resolver en la sentencia de divorcio lo conducente, atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso.

Causales

- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

- Que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia.

- La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando el mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él.

La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito.

La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada.

Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo; la separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses.

La separación de los cónyuges por más de un año, independiente- mente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses.

La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga esta que preceda la declaración de ausencia.

La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos.

La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones relativas a su contribución económica al sostenimiento del hogar, a la manutención de los hijos, así como a la educación de los mismos.

La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.

El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.

Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.

La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en la ley.

El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar.

El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.

El empleo de métodos de fecundación asistida realizada sin el consentimiento de su cónyuge.

Impedir uno de los cónyuges al otro realizar una actividad cuando ésta cumpla con los requisitos de ser lícita y no se descuiden las obligaciones relativas al manejo del hogar y al cuidado de los hijos.

Término para el ejercicio de la acción

El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y siempre que lo haga dentro del término de seis meses a partir del día siguiente al que tuvo conocimiento de los hechos en que funda su demanda. Excepción al término de seis meses, son los casos específicos de sevicias, las amenazas y los malos tratos, de violencia familiar, y de incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales ordenadas con el fin de corregir los actos de violencia familiar, en los que se contará con un término de dos años para ejercer la acción de divorcio.

Causas de extinción o sobreseimiento de la acción de divorcio

El desistimiento de los cónyuges a la acción del divorcio, es decir, su re- conciliación, termina con el juicio en cualquier estado que se encuentre, siempre que sea antes de que se dicte sentencia, lo que deberán comunicar al juez de lo familiar.

El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede otorgar el perdón al cónyuge culpable, siempre que sea antes de que se dicte sentencia, con lo que se terminará con el juicio de divorcio. Sin embargo, en este caso, no podrán volver a pedir el divorcio por los mismos hechos o causas que fueron perdonados, pero sí por otros nuevos y diferentes, aunque sean de la misma especie, o por otros distintos que constituyan una causa de divorcio conforme a la ley.

Efectos de la sentencia de divorcio Los efectos del divorcio se pueden clasificar en: Efectos respecto a los hijos La sentencia definitiva del juez de lo familiar fijará la situación de los hijos, para lo cual debe haber resuelto todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, así como sobre la guarda y la custodia, y sobre los alimentos.

La recuperación de la patria potestad procede únicamente en los casos en los que se haya perdido por cuestiones alimentarias, siempre que se acredite que se ha cumplido con dicha obligación. Lo mismo sucede en el caso de la recuperación de la custodia.

La protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas, cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente. El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Efectos respecto a las personas mayores de edad, enfermas e incapaces

Para el caso de los mayores e incapaces sujetos a la tutela de alguno de los ex cónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas para su protección.

Cuando se trate de cónyuges enfermos e incapaces, tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar, y no procede la indemnización por daños y perjuicios.

Efectos respecto a los bienes

El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a aquél. El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

En la sentencia que decrete el divorcio se fijará lo relativo a la división de los bienes, y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los ex cónyuges tendrán la obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, su subsistencia y educación hasta que éstos lleguen a la mayoría de edad.

Efectos respecto al cónyuge

En los casos de divorcio necesario, el juez de lo familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de los alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso, entre ellas:

- La edad y el estado de salud de los cónyuges.
- Su calificación profesional y posibilidades de acceso a un empleo.
- Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia.
- Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge.
- Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades.
- Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En todos los casos en que el cónyuge inocente carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente al cuidado del hogar y de los hijos, y que esté imposibilitado para trabajar tendrá derecho a alimentos.

La pensión alimenticia, en los casos de divorcio necesario, se extinguirá cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El cónyuge inocente tiene derecho, además, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Éstos se regirán por las reglas establecidas para los hechos ilícitos.

Como consecuencia del divorcio, los cónyuges recobrarán su aptitud o capacidad para contraer matrimonio.

La muerte de uno de los cónyuges termina con el juicio de divorcio, y los herederos tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiere existido dicho juicio.

Procedimiento una vez ejecutoriada la sentencia.

Ejecutoriada la sentencia de divorcio, el juez de lo familiar enviará copia certificada de ella al juez del registro civil que celebró el matrimonio, para que levante el acta de divorcio, y haga la anotación correspondiente en la del matrimonio disuelto.

Divorcio unilateral por la vía judicial

Esta clase de divorcio es aplicable, por el momento, únicamente en el Distrito Federal, a partir de las reformas al Código Civil, publicadas en el Diario Oficial de la Federación, del 3 de octubre de 2008.

Concepto

El divorcio termina con el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en posibilidad de contraer nuevas nupcias. El divorcio podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges, cuando cualquiera de ellos lo pida a la autoridad judicial competente, manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que para ello sea necesario señalar la causa por la cual se solicita, pero únicamente a partir del año de celebrado el matrimonio, y siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el Código Civil.

Requisitos

El cónyuge que de manera unilateral decida ejercitar la acción de divorcio deberá:

Presentar la solicitud de divorcio ante la autoridad competente, el juez de lo civil o lo familiar.

Acompañar su solicitud de la propuesta de convenio en el que se regulará lo relativo a las consecuencias, obligaciones, deberes y derechos que deben ser consideradas respecto de las partes e interesados como resultado de la disolución del matrimonio, y que deberá contener, por lo menos, los siguientes requisitos:

La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces.

La forma en que el progenitor que no tenga la guarda y custodia ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.

El modo de atender la obligación alimentaria de los hijos y, en su caso, del otro cónyuge a quien deba darse alimentos. Deberá especificarse la forma, lugar y fecha de pago de la misma, así como la garantía para asegurar su cumplimiento.

El nombramiento del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del mobiliario.

La manera en que se administrarán los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, el avalúo y el proyecto de partición.

En el caso del régimen de separación de bienes, deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido durante el matrimonio, a que tendrá derecho el cónyuge que se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar, y, en su caso, al cuidado de los hijos, o que no ha- ya adquirido bienes propios durante el matrimonio, o bien que habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los del otro cónyuge. El juez de lo familiar resolverá atendiendo las circunstancias de cada caso concreto.

En este caso, el juez de lo familiar deberá suplir las deficiencias o las omisiones que las partes presenten en el convenio señalado.

Cuando se solicita la separación, pero no el divorcio

Cuando uno de los cónyuges no quiere pedir el divorcio, estará en posibilidad de solicitar que se suspenda la obligación de cohabitar con el solicitante del divorcio, quedando subsistentes las demás obligaciones derivadas del vínculo matrimonial.

Los supuestos enunciados limitativamente, por la ley, para que proceda la suspensión son: Que padezca cualquier enfermedad incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria.

Padezca impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada.

Padezca trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo.

Reconciliación

La reconciliación de los cónyuges termina con el procedimiento de divorcio, en cualquier estado en que se encuentre, siempre que no se haya dictado sentencia y se haya ejecutoriado. Para que esto proceda, se requiere que los interesados comuniquen su reconciliación al juez de lo familiar.

Medidas provisionales.

Desde que se presenta la demanda de controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes, las cuales estarán vigentes hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo con las disposiciones siguientes:

De oficio.

El juez de lo familiar dictará las medidas que considere necesarias y adecuadas para salvaguardar la integridad y la seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, sobre las que tendrá toda la libertad para dictar aquellas que protejan a las víctimas.

Señalará y asegurará las cantidades que por alimentos debe proporcionar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos procreados que les corresponda.

Las que sean necesarias para que los cónyuges no se causen perjuicios respecto de sus bienes comunes o de los propios.

Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones reguladas por el Código.

Una vez contestada la solicitud

En este caso, las acciones que debe tomar el juez no son limitativas, sino, por el contrario, quedan abiertas las posibilidades para que dicte todas aquellas que considere necesarias, sin embargo, hace una enumeración básica de aquellas que se considera deben dictarse para proteger la seguridad jurídica de las partes y el interés de los miembros de la familia.

El juez de lo familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos:

Cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar.

Previo inventario, los bienes y enseres que continúen en la vivienda familiar, así como aquellos que retirará para llevarse el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado.

El cónyuge que salga de la vivienda familiar deberá informar a la autoridad y al otro cónyuge su lugar de residencia.

Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges; pudiendo éstos compartir la guarda y custodia mediante convenio. En defecto de ese acuerdo, el juez de lo familiar resolverá tomando en cuenta la opinión del menor o menores de edad.

Los menores de doce años quedarán bajo la guarda y custodia de la madre, excepto:

En los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o cuando exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos.

El que la madre carezca de recursos económicos, no es causa para que pierda el derecho a ejercer la guarda y custodia de sus hijos.

Por cuanto al progenitor que no conserve la guarda y custodia, el juez de lo familiar resolverá, respecto al derecho de convivencia y el régimen de visitas, tomando en cuenta el interés superior de los hijos, los que deberán ser escuchados por el juez.

Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición.

El juez de lo familiar, durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso requiera para resolver.

Efectos del divorcio

La sentencia de divorcio fija la situación de los hijos menores de edad, por ello deberá resolver sobre:

- Todo lo que se refiere a los derechos y deberes relativos al ejercicio de la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación.
- Todo lo relativo a la guarda y custodia de los hijos, así como al derecho de convivencia y régimen de visitas con respecto a los mismos.
- La determinación y asignación respecto a las obligaciones de crianza y aquellas acciones y decisiones relacionadas con el derecho de los hijos a convivir con ambos padres.
- Sobre todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que ponga en peligro su desarrollo integral y su calidad de vida, su bienestar o sus intereses.

Lo relativo a la obligación de los padres, ex cónyuges, de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.

Sobre las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar y en la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Distrito Federal, las que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos del Código Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Fijará lo relativo a la división de los bienes, y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos.

Para el caso de que no exista acuerdo respecto a la compensación a que tendrá derecho el cónyuge que se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar, y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios durante el matrimonio, o bien que habiéndolos adquirido sean notoriamente menores a los del otro cónyuge, el juez de lo familiar resolverá sobre los términos en que procederá la compensación, considerando cada caso particular.

Cuando se trate de las obligaciones de uno de los cónyuges para con mayores incapaces, sujetos a su tutela, deberán establecerse las medidas para su protección que estime convenientes para proteger su integridad física, psicológica y calidad de vida.

Se resolverá sobre el pago de alimentos a favor del cónyuge que, teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes, tomando en cuenta las siguientes circunstancias:

La edad y el estado de salud de los cónyuges.

Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo.

La duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia. La colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge.

Los medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades. Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

El derecho a los alimentos se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato o haya transcurrido un término igual a la duración del matrimonio.

El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, continúan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Cuando muere uno de los cónyuges durante el proceso termina el juicio de divorcio, y los herederos tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiere existido dicho juicio.

Una vez emitida la sentencia de divorcio, el juez de lo familiar, bajo su responsabilidad, enviará una copia de la misma al juez del registro civil que celebró el matrimonio, para que levante el acta de divorcio y proceda a hacer las anotaciones respectivas en la del matrimonio disuelto.

UNIDAD III

Principios y definiciones.

Artículo 1°. Finalidad. Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.

Artículo 2°. Objeto. El presente código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado.

Artículo 3°. Sujetos titulares de derechos. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.

Parágrafo 1°. En caso de duda sobre la mayoría o minoría de edad, se presumirá esta. En caso de duda sobre la edad del niño, niña o adolescente se presumirá la edad inferior. Las autoridades judiciales y administrativas, ordenarán la práctica de las pruebas para la determinación de la edad, y una vez establecida, confirmarán o revocarán las medidas y ordenarán los correctivos necesarios para la ley.

Parágrafo 2°. En el caso de los pueblos indígenas, la capacidad para el ejercicio de derechos, se regirá por sus propios sistemas normativos, los cuales deben guardar plena armonía con la Constitución Política.

Artículo 4°. Ámbito de aplicación. El presente código se aplica a todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, a los nacionales que se encuentren fuera del país y a aquellos con doble nacionalidad, cuando una de ellas sea la colombiana.

Artículo 5°. Naturaleza de las normas contenidas en este código. Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en este código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes.

Artículo 6°. Reglas de interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas.

Artículo 7°. Protección integral. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

Artículo 8°. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Artículo 9°. Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

Artículo 10. Corresponsabilidad. Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección. La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado.

No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.

Artículo 11. Exigibilidad de los derechos. Salvo las normas procesales sobre legitimidad en la causa para incoar las acciones judiciales o procedimientos administrativos a favor de los menores de edad, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

El Estado en cabeza de todos y cada uno de sus agentes tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Parágrafo. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como ente coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, mantendrá todas las funciones que hoy tiene (Ley 75/68 y Ley 7ª/79) y definirá los lineamientos técnicos que las entidades deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y para asegurar su restablecimiento. Así mismo coadyuvará a los entes nacionales, departamentales, distritales y municipales en la ejecución de sus políticas públicas, sin perjuicio de las competencias y funciones constitucionales y legales propias de cada una de ellas.

Artículo 12. Perspectiva de género. Se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. Esta perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este código, en todos los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad.

Artículo 13. Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos. Los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y el presente Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización social.

Artículo 14. La responsabilidad parental. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.

Artículo 15. Ejercicio de los derechos y responsabilidades. Es obligación de la familia, de la sociedad y del Estado, formar a los niños, las niñas y los adolescentes en el ejercicio responsable de los derechos. Las autoridades contribuirán con este propósito a través de decisiones oportunas y eficaces y con claro sentido pedagógico.

El niño, la niña o el adolescente tendrán o deberán cumplir las obligaciones cívicas y sociales que correspondan a un individuo de su desarrollo.

En las decisiones jurisdiccionales o administrativas, sobre el ejercicio de los derechos o la infracción de los deberes se tomarán en cuenta los dictámenes de especialistas.

Artículo 16. Deber de vigilancia del Estado. Todas las personas naturales o jurídicas, con personería jurídica expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sin ella, que

aún, con autorización de los padres o representantes legales, alberguen o cuiden a los niños, las niñas o los adolescentes son sujetos de la vigilancia del Estado.

De acuerdo con las normas que regulan la prestación del servicio público de Bienestar Familiar compete al Instituto Colombiano de Bien- estar Familiar como ente rector, coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, reconocer, otorgar, suspender y cancelar personerías jurídicas y licencias de funcionamiento a las Instituciones del Sistema que prestan servicios de protección a los menores de edad o la familia y a las que desarrollen el programa de adopción.

Derechos y libertades

Artículo 17. Derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente.

La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano.

Parágrafo. El Estado desarrollará políticas públicas orientadas hacia el fortalecimiento de la primera infancia.

Artículo 18. Derecho a la integridad personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.

Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.

Artículo 19. Derecho a la rehabilitación y la resocialización. Los niños, las niñas y los adolescentes que hayan cometido una infracción a la ley tienen derecho a la rehabilitación y resocialización, mediante planes y programas garantizados por el Estado e implementados por las instituciones y organizaciones que este determine en desarrollo de las correspondientes políticas públicas.

Artículo 20. Derechos de protección. Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:

1. El abandono físico, emocional y psico-afectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención.
2. La explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes vivan con ellos, o cualquier otra persona. Serán especialmente protegidos contra su utilización en la mendicidad.
3. El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización.
4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad.
5. El secuestro, la venta, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre.
6. Las guerras y los conflictos armados internos.
7. El reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley.
8. La tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanas, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria.
9. La situación de vida en calle de los niños y las niñas.
10. Los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin.

11. El desplazamiento forzado.

12. El trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo es probable que pueda afectar la salud, la integridad y la seguridad o impedir el derecho a la educación.

13. Las peores formas de trabajo infantil, conforme al Convenio 182 de la OIT.

14. El contagio de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, o la exposición durante la gestación a alcohol o cualquier tipo de sustancia psicoactiva que pueda afectar su desarrollo físico, mental o su expectativa de vida.

15. Los riesgos y efectos producidos por desastres naturales y demás situaciones de emergencia.

16. Cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren.

17. Las minas antipersonales.

18. La transmisión del VIH-SIDA y las infecciones de transmisión sexual.

Cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos. Artículo 21. Derecho a la libertad y seguridad personal. Los niños, las niñas y los adolescentes no podrán ser detenidos ni privados de su libertad, salvo por las causas y con arreglo a los procedimientos previamente definidos en el presente código.

Artículo 22. Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella.

Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo

previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación.

Artículo 23. Custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

Artículo 24. Derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.

Artículo 25. Derecho a la identidad. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia.

Artículo 26. Derecho al debido proceso. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados.

En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta.

Artículo 27. Derecho a la salud. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud.

En relación con los niños, niñas y adolescentes que no figuren como beneficiarios en el régimen contributivo o en el régimen subsidiado, el costo de tales servicios estará a cargo de la Nación. Incurrirán en multa de hasta 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes las autoridades o personas que omitan la atención médica de niños y menores.

Parágrafo 1°. Para efectos de la presente ley se entenderá como salud integral la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones, conducentes a la conservación o la recuperación de la salud de los niños, niñas y adolescentes.

Parágrafo 2°. Para dar cumplimiento efectivo al derecho a la salud integral y mediante el principio de progresividad, el Estado creará el sistema de salud integral para la infancia y la adolescencia, el cual para el año fiscal 2008 incluirá a los niños, niñas y adolescentes vinculados, para el año 2009 incluirá a los niños, niñas y adolescentes pertenecientes al régimen subsidiado con subsidios parciales y para el año 2010 incluirá a los demás niños, niñas y adolescentes pertenecientes al régimen subsidiado. Así mismo para el año 2010 incorporará la prestación del servicio de salud integral a los niños, niñas y adolescentes pertenecientes al régimen contributivo de salud.

El Gobierno Nacional, por medio de las dependencias correspondientes deberá incluir las asignaciones de recursos necesarios para dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo, en el proyecto anual de presupuesto 2008, el plan financiero de mediano plazo y el plan de desarrollo.

Artículo 28. Derecho a la educación. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a una educación de calidad. Esta será obligatoria por parte del Estado en un año de preescolar y nueve de educación básica. La educación será gratuita en las instituciones estatales de acuerdo con los términos establecidos en la Constitución Política. Incurrirá en multa hasta de 20 salarios mínimos quienes se abstengan de recibir a un niño en los establecimientos públicos de educación.

Artículo 29. Derecho al desarrollo integral en la primera infancia. La primera infancia es la etapa del ciclo vital en la que se establecen las bases para el desarrollo cognitivo, emocional y social del ser humano. Comprende la franja poblacional que va de los cero (0) a los seis (6) años de edad. Desde la primera infancia, los niños y las niñas son sujetos titulares de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en este Código. Son derechos impostergables de la primera infancia, la atención en salud y nutrición, el esquema completo de vacunación, la protección contra los peligros físicos y la educación

inicial. En el primer mes de vida deberá garantizarse el registro civil de todos los niños y las niñas.

Artículo 30. Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho al descanso, esparcimiento, al juego y demás actividades recreativas propias de su ciclo vital y a participar en la vida cultural y las artes.

Igualmente, tienen derecho a que se les reconozca, respete, y fomente el conocimiento y la vivencia de la cultura a la que pertenezcan.

Parágrafo 1º. Para armonizar el ejercicio de este derecho con el desarrollo integral de los niños, las autoridades deberán diseñar mecanismos para prohibir el ingreso a establecimientos destinados a juegos de suerte y azar, venta de licores, cigarrillos o productos derivados del tabaco y que ofrezcan espectáculos con clasificación para mayores de edad.

Parágrafo 2º. Cuando sea permitido el ingreso a niños menores de 14 años a espectáculos y eventos públicos masivos, las autoridades deberán ordenar a los organizadores, la destinación especial de espacios adecuados para garantizar su seguridad personal.

Artículo 31. Derecho a la participación de los niños, las niñas y los adolescentes. Para el ejercicio de los derechos y las libertades consagradas en este código los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a participar en las actividades que se realicen en la familia, las instituciones educativas, las asociaciones, los programas estatales, departamentales, distritales y municipales que sean de su interés.

El Estado y la sociedad propiciarán la participación activa en organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, cuidado y educación de la infancia y la adolescencia.

Artículo 32. Derecho de asociación y reunión. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho de reunión y asociación con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos o de cualquier otra índole, sin más limitación que las que imponen la ley, las buenas costumbres, la salubridad física o mental y el bienestar del menor.

Este derecho comprende especialmente el de formar parte de asociaciones, inclusive de sus órganos directivos, y el de promover y constituir asociaciones conformadas por niños, las niñas y los adolescentes.

En la eficacia de los actos de los niños, las niñas y los adolescentes se estará a la ley, pero los menores adultos se entenderán habilitados para tomar todas aquellas decisiones propias de la actividad asociativa, siempre que afecten negativamente su patrimonio.

Los impúberes deberán contar con la autorización de sus padres o representantes legales para participar en estas actividades. Esta autorización se extenderá a todos los actos propios de la actividad asociativa. Los padres solo podrán revocar esta autorización por justa causa.

Artículo 33. Derecho a la intimidad. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la intimidad personal, mediante la protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, la de su familia, domicilio y correspondencia. Así mismo, serán protegidos contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad.

Artículo 34. Derecho a la información. Sujeto a las restricciones necesarias para asegurar el respeto de sus derechos y el de los demás y para proteger la seguridad, la salud y la moral, los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas a través de los distintos medios de comunicación de que dispongan.

Artículo 35. Edad mínima de admisión al trabajo y derecho a la protección laboral de los adolescentes autorizados para trabajar. La edad mínima de admisión al trabajo es los quince (15) años. Para trabajar, los adolescentes entre los 15 y 17 años requieren la respectiva autorización expedida por el Inspector de Trabajo o, en su defecto, por el Ente Territorial Local y gozarán de las protecciones laborales consagrados en el régimen laboral colombiano, las normas que lo complementan, los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, la Constitución Política y los derechos y garantías consagrados en este código.

Los adolescentes autorizados para trabajar tienen derecho a la formación y especialización que los habilite para ejercer libremente una ocupación, arte, oficio o profesión y a recibirla durante el ejercicio de su actividad laboral.

Parágrafo. Excepcionalmente, los niños y niñas menores de 15 años podrán recibir autorización de la Inspección de Trabajo, o en su defecto del Ente Territorial Local, para desempeñar actividades remuneradas de tipo artístico, cultural, recreativo y deportivo. La autorización establecerá el número de horas máximas y prescribirá las condiciones en que esta actividad debe llevarse a cabo. En ningún caso el permiso excederá las catorce (14) horas semanales.

Artículo 36. Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad. Para los efectos de esta ley, la discapacidad se entiende como una limitación física, cognitiva, mental, sensorial o cualquier otra, temporal o permanente de la persona para ejercer una o más actividades esenciales de la vida cotidiana.

Además de los derechos consagrados en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales, los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad tienen derecho a gozar de una calidad de vida plena, y a que se les proporcionen las condiciones necesarias por parte del Estado para que puedan valerse por sí mismos, e integrarse a la sociedad. Así mismo:

1. Al respeto por la diferencia y a disfrutar de una vida digna en condiciones de igualdad con las demás personas, que les permitan desarrollar al máximo sus potencialidades y su participación activa en la comunidad.
2. Todo niño, niña o adolescente que presente anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad, tendrá derecho a recibir atención, diagnóstico, tratamiento especializado, rehabilitación y cuidados especiales en salud, educación, orientación y apoyo a los miembros de la familia o a las personas responsables de su cuidado y atención. Igualmente tendrán derecho a la educación gratuita en las entidades especializadas para el efecto.

Corresponderá al Gobierno Nacional determinar las instituciones de salud y educación que atenderán estos derechos. Al igual que el ente nacional encargado del pago respectivo y del trámite del cobro pertinente.

A la habilitación y rehabilitación, para eliminar o disminuir las limitaciones en las actividades de la vida diaria.

Obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado.

Artículo 38. De las obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado. Además de lo señalado en la Constitución Política y en otras disposiciones legales, serán obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado en sus niveles nacional, departamental, distrital y municipal el conjunto de disposiciones que contempla el presente código.

Artículo 39. Obligaciones de la familia. La familia tendrá la obligación de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y debe ser sancionada. Son obligaciones de la familia para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes:

1. Protegerles contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal.
2. Participar en los espacios democráticos de discusión, diseño, formulación y ejecución de políticas, planes, programas y proyectos de interés para la infancia, la adolescencia y la familia.
3. Formarles, orientarles y estimularles en el ejercicio de sus derechos y responsabilidades y en el desarrollo de su autonomía.
4. Inscribirles desde que nacen en el registro civil de nacimiento.
5. Proporcionarles las condiciones necesarias para que alcancen una nutrición y una salud adecuadas, que les permita un óptimo desarrollo físico, psicomotor, mental, intelectual, emocional y afectivo y educarles en la salud preventiva y en la higiene.
6. Promover el ejercicio responsable de los derechos sexuales y reproductivos y colaborar con la escuela en la educación sobre este tema.

7. Incluirlos en el sistema de salud y de seguridad social desde el momento de su nacimiento y llevarlos en forma oportuna a los controles periódicos de salud, a la vacunación y demás servicios médicos.

Artículo 40. Obligaciones de la sociedad. En cumplimiento de los principios de corresponsabilidad y solidaridad, las organizaciones de la sociedad civil, las asociaciones, las empresas, el comercio organizado, los gremios económicos y demás personas jurídicas, así como las personas naturales, tienen la obligación y la responsabilidad de tomar parte activa en el logro de la vigencia efectiva de los derechos y garantías de los niños, las niñas y los adolescentes. En este sentido, deberán:

1. Conocer, respetar y promover estos derechos y su carácter prevalente.
2. Responder con acciones que procuren la protección inmediata ante situaciones que amenacen o menoscaben estos derechos.
3. Participar activamente en la formulación, gestión, evaluación, seguimiento y control de las políticas públicas relacionadas con la infancia y la adolescencia
4. Dar aviso o denunciar por cualquier medio, los delitos o las acciones que los vulneren o amenacen.
5. Colaborar con las autoridades en la aplicación de las disposiciones de la presente ley.
6. Las demás acciones que sean necesarias para asegurar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Medidas de restablecimiento de los derechos

Artículo 50. Restablecimiento de los derechos. Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados.

Artículo 51. Obligación del restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra, la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales.

Artículo 52. Verificación de la garantía de derechos. En todos los casos, la autoridad competente deberá, de manera inmediata, verificar el estado de cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, consagrados en el Título I del Libro I del presente código. Se deberá verificar:

1. El Estado de salud física y psicológica.
2. Estado de nutrición y vacunación.
3. La inscripción en el registro civil de nacimiento.
4. La ubicación de la familia de origen.
5. El Estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos.
6. La vinculación al sistema de salud y seguridad social.
7. La vinculación al sistema educativo.

Autoridades competentes para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Artículo 79. Defensorías de Familia. Son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, en- cargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Las Defensorías de Familia contarán con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista.

Los conceptos emitidos por cualquiera de los integrantes del equipo técnico tendrán el carácter de dictamen pericial.

Artículo 80. Calidades para ser Defensor de Familia. Para ser Defensor de Familia se requieren las siguientes calidades:

1. Ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente.
2. No tener antecedentes penales ni disciplinarios.

Acreditar título de posgrado en Derecho de Familia, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derechos Humanos, o en Ciencias Sociales siempre y cuando en este último caso el estudio de la familia sea un componente curricular del programa.

Artículo 81. Deberes del Defensor de Familia. Son deberes del Defensor de Familia:

1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran.
2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este

Código le otorga.

3. Prevenir, remediar y sancionar por los medios que señala la ley, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.
4. Emplear las facultades que esta ley le otorga en materia de pruebas, siempre que estime conducente y pertinente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias.
5. Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta. El mismo deber rige para los servidores públicos de la Defensoría de Familia.
6. Dictar las providencias dentro de los términos legales; resolver los procesos en el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal; fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal, y asistir a ellas.
7. Parágrafo. La violación de los deberes de que trata el presente artículo constituye falta que se sancionará de conformidad con el respectivo régimen disciplinario.

Artículo 82. Funciones del Defensor de Familia. Corresponde al Defensor de Familia:

1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza.
2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes.
3. Emitir los conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas.
4. Ejercer las funciones de policía señaladas en este Código. Dictar las medidas de restablecimiento de los derechos para los niños y las niñas menores de catorce (14) años que cometan delitos.
5. Asumir la asistencia y protección del adolescente responsable de haber infringido la ley penal ante el juez penal para adolescentes.
6. Conceder permiso para salir del país a los niños, las niñas y los adolescentes, cuando no sea necesaria la intervención del juez.

7. Promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente
8. Aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal, la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios.
9. Citar al presunto padre con miras al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial nacido o que esté por nacer y, en caso de producirse, extender el acta respectiva y ordenar la inscripción o corrección del nombre en el registro del estado civil.
10. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar.
11. Representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos.
12. Fijar cuota provisional de alimentos, siempre que no se logre conciliación.
13. Declarar la situación de adaptabilidad en que se encuentre el niño, niña o adolescente
14. Autorizar la adopción en los casos previstos en la ley.
15. Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito.
16. Ejercer las funciones atribuidas por el artículo 71 de la Ley 906 de 2004.

17. Asesorar y orientar al público en materia de derechos de la infancia, la adolescencia y la familia.

18. Solicitar la inscripción del nacimiento de un niño, la corrección, modificación o cancelación de su registro civil, ante la Dirección Nacional de Registro Civil de las personas, siempre y cuando dentro del proceso administrativo de restablecimiento de sus derechos se pruebe que el nombre y sus apellidos no corresponden a la realidad de su estado civil y a su origen biológico, sin necesidad de acudir a la jurisdicción de familia.

Artículo 83. Comisarías de familia. Son entidades distritales o municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, cuya misión es prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como entidad coordinadora del Sistema Nacional de Bienestar Familiar será el encargado de dictar la línea técnica a las Comisarías de Familia en todo el país.

Artículo 84. Creación, composición y reglamentación. Todos los municipios contarán al menos con una Comisaría de Familia según la densidad de la población y las necesidades del servicio. Su creación, composición y organización corresponde a los Concejos Municipales.

Procedimiento administrativo y reglas especiales.

Artículo 96. Autoridades competentes. Corresponde a los defensores de familia y comisarios de familia procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el presente Código.

El seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas por los defensores y comisarios de familia estará a cargo del respectivo coordinador del centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Artículo 97. Competencia territorial. Será competente la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente; pero cuando se encuentre fuera del país, será competente la autoridad del lugar en donde haya tenido su última residencia dentro del territorio nacional.

UNIDAD IV

La mediación familiar

En principio, el Estado establece, entre otras, una serie de normas, a las que denominamos normas de derecho, para regular las relaciones de los ciudadanos, que cuando son cumplidas producen situaciones de satisfacción o normalidad, pero que en caso contrario, cuando se produce el incumplimiento o desconocimiento generan situaciones de conflicto a las cuales hay que dar solución, tratando de buscar la paz social, a través de una solución justa. El crecimiento de la sociedad y la evolución de la misma ha generado que el conjunto de normas tendentes a solucionar los posibles conflictos sean inoperantes en tanto en cuanto no resuelven de manera eficaz los mismos.

El mecanismo más habitual para solucionar los conflictos en nuestro ordenamiento jurídico es el Proceso. Sin embargo existen otras formas de solucionar los conflictos denominados métodos auto-compositivos caracterizados normalmente por su carácter voluntario y extrajudicial, es decir, se configuran como una manera alternativa al proceso de solucionar los conflictos.

Entre estos métodos extrajudiciales de solución están la conciliación y la mediación, también conocidas como las ADR (alternativa dispute resolución). Con ellos se pretende que la solución del conflicto se haga de manera rápida, eficaz, reportando por supuesto un abaratamiento en los costes. Asimismo, con estos mecanismos la solución será propuesta, y no impuesta, por una persona que actúa «inter partes», al que podemos denominar mediador o conciliador.

Es habitual encontrarse el juego de estas medidas de solución extrajudicial en otros ámbitos, como el derecho del trabajo, en los que es posible la búsqueda de una solución a un conflicto individual o colectivo a través de conciliaciones o mediaciones, bien a través de servicios administrativos, bien de servicios de origen convencional. No obstante, ahora nos interesan las implicaciones de dichos métodos en el campo privado, donde tradicionalmente se ha hecho uso de los mismos, hasta el punto de regularse expresamente en el Código Civil, el contrato de transacción (art. 1.809), y permitir que un tercero colabore en la solución de los conflictos.

Cierto es que la mediación familiar puede adquirir cierto tinte de novedad, pero la realidad es que la mediación se viene realizando desde que en 1981 se implantó el divorcio en España por la Ley 30/1981 de 7 de Julio, por la que se regulaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, previendo un sistema por el que las partes debían de acordar lo más ventajoso para sus intereses, perjudicándose así lo menos posible.

Tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, en aquellas separaciones que son consensuadas (denominadas «separaciones de mutuo acuerdo»), es requisito necesario que las partes, al interponer la demanda, la acompañen con el convenio regulador, de acuerdo con lo establecido en el art. 777.2 LEC. El convenio regulador que surja como consecuencia del acercamiento de las posturas de las partes, debe hacer mención a la determinación de la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio..., tal y como establece el artículo 90 del Código Civil.

Lo acordado sobre estos términos en el convenio regulador pactado por las partes debe ser revisado por el órgano judicial competente para, si se ajusta a Derecho, aprobarlo mediante Sentencia que declarará la separación del matrimonio o disolución en su caso.

No obstante, desde que en 1998 el Consejo de Europa (a través de la Recomendación a los Estados miembros sobre la mediación familiar) instaran a los países miembros al establecimiento o mejora de un servicio de mediación familiar para la solución de los conflictos que puedan surgir en el seno de una familia y sobre todo cuando existen intereses de menores por medio del mismo, son muchos los países que han puesto en marcha este concreto sistema de solución a través de los cuales pueden solventar las crisis conyugales y así evitar las consecuencias más conflictivas que reporta el proceso. Además se aprobó por los gobiernos de los diferentes Estados de la UE, un Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia - Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior en diciembre de 1998 - en la que se establece que se adoptará la medida conducente a estudiar la posibilidad de elaborar soluciones no judiciales de las controversias, haciendo especial referencia a los conflictos familiares transnacionales.

En este contexto, debería estudiarse la posibilidad de mediación para resolución de conflictos familiares. Ahora bien, no en todos los Estados donde se ha implantado el servicio de mediación familiar se ha configurado de la misma manera. Por ello podemos diferenciar un primer grupo, compuesto por Andorra, Finlandia, Suecia, Noruega, Irlanda y Alemania, donde la mediación tiene carácter público y en ocasiones gratuito.

Un segundo grupo, formado por Francia e Inglaterra, en los que la mediación suele tener carácter privado y retribuido. Y finalmente un tercer grupo, formado por Estados Unidos de América, Italia, Suiza o Inglaterra (pioneros en el servicio de mediación familiar), que han recogido en sus ordenamientos la necesidad de acudir a la mediación familiar como vía previa al proceso de separación o divorcio. La concepción de estas nuevas medidas de solución de los conflictos, tienen como fin primordial la protección de los intereses familiares, no sólo de las relaciones entre los miembros del entorno, sino también porque pueden conllevar mayor protección de los menores de edad a los que afecte el conflicto.

En nuestro ordenamiento jurídico existen diversas legislaciones 2 reguladoras de la materia como son la Ley 1/2001, de 15 de marzo de 2001, de mediación familiar de Cataluña [BOE 16 de abril de 2001]; Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en Galicia [BOE 2 de julio de 2001]; Ley 7/2001, 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, 3 en el ámbito de la Comunidad Valenciana [BOE 19 de diciembre de 2001.]; Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar, de aplicación en Canarias [BOE 5 de junio de 2003]; Ley 1/2006, de 6 de abril de mediación familiar en Castilla León [BOE 3 de mayo de 2006].

Sin embargo todas ellas tienen un denominador común, entendiendo la mediación familiar como un sistema de solución de conflictos, en el caso concreto, familiares, que debe ser voluntario y donde el mediador debe ser una persona imparcial y sometida al deber de confidencialidad con respecto tanto de las partes como del asunto que se trate tal y como se refleja en la Recomendación emitida por el Consejo de Ministros de la Unión Europea. A la iniciativa autonómica de regular la mediación como método voluntario, apto a la solución de conflictos familiares, se une la reciente reforma del código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

De este modo, se incorpora la mediación familiar a la generalidad del ordenamiento jurídico. Ésta se prescribe como una solución alternativa a los problemas que se derivan, en muchas ocasiones, de los largos, duros y conflictivos procesos de separación, más si tenemos en cuenta la existencia de menores de edad o incapacitados.

Además, mediante la mencionada Ley 15/2005, el Gobierno se compromete a remitir al Congreso una Ley de Mediación familiar aplicable en todo el territorio nacional, inspirada, en todo caso, en los principios de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas. La mediación familiar tiene ámbito de aplicación determinado y común en todas las leyes mencionadas. Así podrán someterse a la mediación familiar aquellos asuntos que surjan en todos los matrimonios, parejas de hecho o parejas en las que exista un hijo común, menor de edad, influido por el conflicto, aun cuando ésta se haya disuelto pero siempre y cuando las controversias surgidas se encuentren en el elenco de supuestos que prevén 4 las diferentes leyes de mediación familiar.

No hay duda del sentido de la mediación familiar cuando se trata de parejas unidas por vínculo matrimonial, en tanto en cuanto para la disolución del mismo es necesario que se declare por sentencia y en la que se incluirá el convenio regulador o las medidas que el órgano judicial estime oportunas para regular la situación. Sin embargo, en el caso de las parejas de hecho y 5 atendiendo a las diferentes legislaciones autonómicas que las regulan , pueden inscribir un documento en el Registro de Uniones de hecho correspondiente, que regule las relaciones patrimoniales y personales derivadas de la convivencia, siempre que no sean contrarios a Derecho ni perjudiquen a terceros.

Asimismo en caso de disolución de la pareja de hecho, uno de los miembros puede solicitar del otro una pensión periódica, el establecimiento de un régimen de guarda y visitas de los hijos menores en aquello supuestos en que existan. Para que todos los acuerdos sobre estas materias tengan fuerza ejecutiva, será necesario que sean ratificados por el órgano judicial, teniendo entonces presente la importancia de la mediación familiar en la adopción del acuerdo para así poder satisfacer, lo mejor que se pueda, los intereses de todos.

La necesidad de que estos acuerdos sean ratificados judicialmente, está en la indisponibilidad de parte del objeto litigioso en cuestión. Así, el artículo 751 LEC , en relación al 748 del mismo texto legal se establece la indisponibilidad del objeto litigioso, en los que no surtirá efecto ni el allanamiento, ni la renuncia. Por ello, lo aconsejable en estos casos es que sean

las propias partes, y sobre todo en el caso de la existencia de un menor en el conflicto, las que propongan y acepten de mutuo acuerdo la solución. La mediación familiar puede versar sobre todos los puntos conflictivos existentes entre las partes o bien sólo sobre alguno de ellos. Por eso podemos diferenciar entre mediaciones totales o parciales.

Otras de las cuestiones llamativas es el carácter retributivo de la mediación familiar. Ésta solo será gratuita para aquellas personas que gocen del 8 derecho a la asistencia jurídica gratuita. El reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita se deberá realizar para cada cónyuge, es decir, se le reconocerá a aquel que tenga menos poder adquisitivo. Así el cónyuge al que no se le haya reconocido el beneficio de la gratuidad de la mediación, deberá abonar la mitad correspondiente al ejercicio.

El mediador

El mediador debe actuar una vez que las partes han manifestado su 9 voluntad inequívoca de someterse a este método de solución de conflictos, 10 debe ser una persona imparcial con respecto al asunto y a las partes del conflicto, debiéndose así al principio de confidencialidad, garantizando el respeto a la vida privada de las partes en cuestión durante y tras la mediación familiar. El mediador será acordado de común acuerdo entre las partes, que lo elegirán de entre una lista existente en el Registro de Personas Mediadoras Familiares sito en cada Comunidad Autónoma correspondiente.

El mediador en ningún caso impondrá una solución sino que su trabajo se centra en el acercamiento de las posturas de las partes, pudiendo proponer la solución al mismo, pero son las partes las que deberán finalmente llegar a la solución del conflicto teniendo en cuenta los intereses del cónyuge más perjudicado y los de los hijos menores en su caso.

El mediador podrá ser un trabajador social, un psicólogo o un abogado. En este último caso, la tarea del mediador (abogado) no podemos entenderla como la tarea de letrado de una de las partes.

De esta forma en caso de que por la mediación no se llegue a ningún acuerdo satisfactorio para las partes, el mediador deberá declinar en el abogado para que redacte el acuerdo a modo de convenio regulador y plantee el caso por la vía contenciosa, no siendo conveniente que sea la persona que ha actuado como mediador, el 11 abogado de alguna de las partes.

Otras Cuestiones

Una vez que hemos analizado los fundamentales rasgos de la mediación familiar y de las ventajas que la misma reporta sobre todo en torno a la rapidez y la eficacia con que son resueltos los conflictos, es necesario traer a colación diferentes puntos que nos parecen interesantes para poder llegar a un mayor acople de la mediación familiar en el ordenamiento jurídico español.

Entre estos puntos están:

1. La mediación familiar como método alternativo de solución de conflictos puede ser menos perjudicial para los menores que se vean inmersos en este tipo de controversias, pero si en un proceso judicial la existencia de un menor de edad provoca la intervención del Ministerio Fiscal para la defensa de sus intereses, en la mediación familiar cabe preguntarse si se tendría que establecer su intervención necesaria.
2. Si la mediación familiar se determina como un método al que las partes asisten voluntariamente y así se ha reflejado en las legislaciones reguladoras de la materia, parece confusa la facultad que se le otorga al órgano judicial, en aquellos supuestos en que la mediación se origine en el curso del proceso, de instar a las partes para que acudan a la mediación familiar.
3. En relación al punto anterior, en estos casos el proceso judicial en marcha se suspende. Pero, tal y como se refleja en el apartado 4 del art. 19 LEC la potestad de suspensión la tienen las partes, por lo tanto si el órgano judicial insta a las partes al proceso de mediación familiar, éste de oficio estaría suspendiendo el procedimiento, facultad que no le concede 12 la LEC .
4. Por último, en caso de que la mediación familiar finalice de manera satisfactoria, es decir, se llegue a la elaboración de un acuerdo entre las partes que determine la solución sobre los puntos objeto de conflicto, uno de los problemas fundamentales es la homologación judicial.

Si la mediación familiar se da en un proceso en marcha no hay problema puesto que se introduce en el proceso como convenio regulador. Ahora bien, el problema de la homologación judicial de los acuerdos derivados de la mediación familiar tiene su razón de ser en los supuestos en que la mediación se lleve a cabo desde un principio por las partes, puesto que si aun habiendo llegado a un acuerdo alguna de las partes incumpliera lo acordado, ¿cómo se hace valer?

La intervención del Ministerio Fiscal.

Entre las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal se encuentra la 13 relativa a la defensa de los menores de edad e incapacitados. En los procesos de separación o divorcio, es frecuente la existencia de menores, por ello será obligatoria la intervención del Ministerio Fiscal, tal y como se 14 desprende del artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Así, será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, en materia de patria potestad, para promover medidas de protección de los hijos de familia, para procurarles alimentos, evitarles perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titularidad de la guarda y custodia y en general evitarles perjuicios.

Por ello, cuando las partes deciden acudir a la mediación familiar para solventar controversias, y se da la existencia de un menor o incapacitado, la solución más satisfactoria con el carácter de la mediación será la necesidad de la intervención del Ministerio Público cuando se vaya a ratificar judicialmente el acuerdo resultante de la mediación, para que éste vele por la defensa de sus intereses en el caso en que el acuerdo suponga un menoscabo en los intereses de los menores o incapacitados. B.-

Voluntariedad de la mediación y la suspensión del procedimiento

La mediación familiar puede darse en tres momentos diferentes. En primer lugar cuando surge el conflicto entre las partes y deciden solucionarlos a través de este medio alternativo, no obstante el resultado de esta mediación puede ser la reconciliación de los cónyuges. En caso de imposibilidad de reconciliación, y habiendo llegado a un acuerdo en el procedimiento de mediación familiar, los cónyuges acudirán al proceso de separación y divorcio consensuado, regulado en el Art. 777 LEC, para la homologación del acuerdo.

La mediación familiar es incompatible con la incoación de un proceso de separación y divorcio; es por ello, por lo que se prevé que en el caso de que las partes decidan acudir a este medio alternativo, deberán solicitar la suspensión de las actuaciones judiciales tal y como establece el artículo 770 LEC, debiendo reservarse ésta para cuando no exista acuerdo entre las partes o bien el contenido del mismo resulte lesivo a los intereses de los menores, incapacitados o uno de los cónyuges, conforme a la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Esta situación provocaría la suspensión del procedimiento, por un plazo 16 máximo de 60 días, admitida en nuestro ordenamiento jurídico siempre que sean las partes las que voluntariamente la soliciten, siempre y cuando dicha suspensión no perjudique el interés general o de terceros y que el objeto del 17 proceso sea de derecho disponible, tal y como se refleja en el apartado cuarto del artículo 19 de la LEC, en virtud del principio dispositivo que inspira el proceso civil español.

Por tanto, las partes que hayan comenzado un proceso de separación o divorcio podrán solicitar la suspensión del procedimiento iniciado para acudir a la mediación.

Terminada la mediación si se llega a un acuerdo, las partes podrán pedir la modificación de los trámites del proceso para la homologación del mismo a través del procedimiento consensuado. Así se establece en el artículo 770.5 de la LEC. Hay que recordar que el carácter voluntario de la mediación hace posible la suspensión del procedimiento que esté en curso para que ésta se lleve a 18 cabos entre las partes, facultad que la LEC les concede solo a ellas.

Por eso resulta criticable la potestad que las legislaciones autonómicas sobre Mediación familiar han otorgado al órgano judicial, puesto que la posibilidad de modificación de las leyes procesales es de competencia estatal como así queda reflejado en el artículo 149.1.6ª de la CE. Hay que tener presente que si la mediación familiar no ostenta el carácter voluntario y espontáneo entre las partes, ésta sería ineficaz para resolver las controversias familiares.

Con lo cual podemos llegar a la conclusión de que la facultad otorgada al órgano judicial para instar a la mediación entre las partes en el curso de un proceso convertiría a ésta en obligatoria, y por tanto, contraria a los principios característicos de la mediación familiar, amén de suscitar enormes dudas respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por último cabe que la mediación familiar se lleve a cabo una vez que haya recaído sentencia firme en el proceso de separación o divorcio.

Homologación

Cuando las partes, una vez terminada la mediación familiar llegan a la elaboración y firma del acuerdo de mediación familiar, podemos decir que la mediación ha concluido satisfactoriamente. Pero en estos supuestos las partes tendrán que acudir al órgano judicial para que homologue el acuerdo. Esta homologación se llevará a cabo a través del proceso de separación o 19 divorcio consensuado regulado en el artículo 777 de la LEC. En los supuestos en que las partes no homologaran judicialmente el acuerdo, su exigibilidad vendría determinada por la naturaleza misma del acuerdo, es decir, como si de un contrato privado se tratara, produciéndose así el marco 20 obligatorio en el que se ha de desarrollar la relación entre aquellos.

Para la homologación de los acuerdos adoptados en aquellas parejas en las que sólo se discuta la guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos, se procederá a través de los trámites establecidos para la adopción de medidas (art. 770.6 LEC).

En los casos en que la mediación familiar se llevara a cabo en el momento en que ha recaído sentencia firme sobre la separación o divorcio, la homologación se producirá por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la modificación del convenio regulador, y puesto que se entiende que dicha modificación se realizará de conformidad con los dos cónyuges, se sustanciará por los trámites del proceso de separación y divorcio consensuado (Art. 777 LEC).

Un todo caso, para que el proceso de separación o divorcio tenga efectos jurídicos será necesario que sea declarado conforme con la legislación 21 vigente a través del procedimiento legal oportuno.

El derecho penal de menores de edad. Antecedentes.

De un modelo jurídico-tutelar a un modelo jurídico-garantista.

La creación o surgimiento del Derecho de Menores data de hace más o menos un siglo, período que abarca dos fases importantes claramente diferenciadas. La primera, centrada en la concepción tutelar que se inicia con la creación del primer Tribunal Juvenil en el año 1899 y trasciende hasta la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989. No obstante logró mantener su influencia posterior en algunos países. La segunda, basada en un modelo jurídico-garantista, que parte de la vigencia de la CIDN, que inicia importantes cambios legislativos en la última década.

El desconocimiento de los derechos de los niños motivó la necesidad de crear una jurisdicción especializada, con miras a sustraer a los menores de la justicia penal de adultos. Así, impulsado por el movimiento Salvadores del Niño, surge el primer Tribunal Juvenil en Chicago –Illinois, 1899–, iniciativa de gran relevancia en el mundo jurídico que influyó en América Latina y provocó cambios sustanciales en el Derecho de Menores y consolidó una nueva propuesta de justicia penal juvenil, que impuso un tratamiento penal diferenciado a los infractores mayores de edad, llamado a perdurar hasta el advenimiento de la CIDN en 1989.

Modelo jurídico-tutelar

A partir de 1899 comienza a gestarse un sistema de justicia penal conocido como modelo —tutelarll o —paternalistall, centrado en la consideración del menor como objeto de compasión-represión, al considerar que como incapaz, indefenso, dependiente o inadaptado, requería la función tuitiva del Estado ante situaciones llamadas irregulares como abandono, violencia o pobreza, o cuando hubiere realizado conductas delictivas. Casos en los cuales se entendía que requería ayuda para su reincorporación a la sociedad.

En síntesis, se vive un proceso que se resume en la consideración del menor como objeto de compasión-represión y no como sujeto activo de derechos, lo cual trajo como consecuencia una protección restrictiva que consolidó una cultura jurídico-institucional con graves repercusiones en el tratamiento legal de los menores en el que no se distinguía entre menores abandonados y delincuentes, aplicándose indiscriminadamente medidas tendientes a solucionar las dificultades en las que estos aparecían involucrados.

Este modelo estuvo presente en la legislación interna⁵¹ hasta la vigencia del Decreto 2737 de 1989 –Código del Menor–. Frente a este, no puede desconocerse que el legislador generó un avance significativo al consagrar entre sus principios rectores el reconocimiento del —interés superiorll –artículo 21–, la finalidad protectora en la interpretación y aplicación de la ley – artículo 22–, la no discriminación en materia de reconocimiento de los derechos de los menores consagrados en la Constitución Nacional, en el mismo Código y en las demás disposiciones vigentes. Sin embargo, el legislador no logró desarrollar en todo su contexto la doctrina de la —Protección Integralll y optó por orientar sus disposiciones bajo la óptica de la —situación irregularll.

El modelo jurídico garantista en el campo penal

Como rasgos principales del modelo jurídico garantista, en el campo penal, pueden citarse los siguientes:

1. Diferenciación y especificidad del derecho penal, en cuanto a las normas, las autoridades e instituciones, la estructura del proceso, los procedimientos y las sanciones, aunque se nutre de principios que rigen el derecho penal en general, tales como el de legalidad, tipicidad y culpabilidad. En estos términos, el sistema de responsabilidad penal es diferente del que se aplica a los adultos y toma en cuenta las circunstancias específicas propias de la condición de menor infractor.
2. Jerarquización de la función judicial. Como garantía de la doble instancia.
3. Diferenciación de grupos etarios. Para efecto de intervención penal, debe establecerse una edad mínima a partir de la cual los niños son destinatarios de la ley, y tomando en cuenta las etapas de desarrollo propias de la edad, dentro de dicha categoría, diferenciar grupos etarios con el propósito de posibilitar mayores garantías para los grupos más jóvenes.
4. Proceso judicial garantista. Exige el reconocimiento y respeto de todos los derechos y garantías procesales mínimas que le corresponden al niño como persona y por su especial condición. El proceso debe ser flexible, en el sentido que propende a alternativas de terminación del proceso diferentes a la sentencia, como la conciliación y los arreglos con la víctima. Además, el proceso debe ser sumario al proponer una intervención procesal mínima y con la mayor celeridad posible.
5. Plantea la posibilidad de formas anticipadas de terminación del proceso.
6. Proporcionalidad y flexibilidad en las sanciones aplicables. Aplicación de la que mejor convenga con el interés superior del niño y en forma proporcionada a la gravedad del delito y a las circunstancias del delincuente.
7. Discrecionalidad. El funcionario debe estar en capacidad de modificar las medidas a imponer al infractor, en atención a sus condiciones individuales y en función a su proceso de protección y resocialización.
8. Exigencia de personal especializado en los asuntos de la niñez, que permita garantizar la idoneidad profesional de quienes intervienen en el proceso.
9. Carácter eminentemente pedagógico, tanto del proceso, como de las medidas.

La responsabilidad penal de los adolescentes en el ámbito normativo nacional

Código de la Infancia y la Adolescencia –Ley 1098 de 2006.

Ajustar la legislación nacional a la letra y al espíritu de la Carta Política de 1991 y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, suponía tener incorporado a la normativa interna importantes cuerpos normativos de carácter internacional, en especial, la

Convención sobre los Derechos del Niño, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil —Directrices de Riadll, las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores —Reglas de Beijingll y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad. Dicha adhesión permitió, en desarrollo del bloque de constitucionalidad por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, consolidar una reforma acorde con los mandatos internacionales y que exigían un cambio sustancial de la legislación.

Por virtud de la adopción de los postulados de la esfera internacional, en respuesta a la problemática de los adolescentes en conflicto con la ley penal, el Código de la Infancia y la Adolescencia formula un conjunto de acciones, procedimientos y medidas, que desde la perspectiva del interés superior y la prevalencia de sus derechos están orientadas a su protección y bienestar. Por supuesto, tal cometido no podría estar asegurado sin el reconocimiento y positivización de los principios y de las garantías procesales que deben rodear los procesos de investigación y juzgamiento que se adelanten contra los adolescentes acusados de violar la ley penal y, que por fortuna, plasma acertadamente el legislador en el nuevo Estatuto.

Así, en desarrollo del principio de especificidad y diferenciación, la ley establece el denominado Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, definido como el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por adolescentes entre catorce (14) y dieciocho (18) años de edad.

Lo anterior, atendiendo la CIDN en cuanto dispone que los Estados Partes deben tomar las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido estas leyes. (Artículo 40.3).

En consonancia con el principio de justicia especializada, que se erige como uno de los aspectos fundamentales que contempla la ley, se organiza la jurisdicción especial de adolescentes. Con la atribución de nuevas funciones a órganos ya existentes, y la creación de órganos nuevos encargados de la investigación y juzgamiento de los delitos y de la ejecución de las sanciones. También, como entes de apoyo, se organiza la policía judicial y el cuerpo técnico especializado adscritos a la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales para Adolescentes.

La responsabilidad penal en el sistema jurídico nacional.

En el sistema jurídico colombiano se encuentra proscrita la responsabilidad objetiva; la jurisprudencia nacional, en especial la Corte Constitucional⁶¹, ha señalado que la culpabilidad es supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, es decir, que la actividad punitiva del Estado solo puede tener lugar a partir de la responsabilidad subjetiva del sujeto de la misma.

Con relación al grado de culpabilidad, se ha dicho por la Corte Constitucional,⁶² que involucra consideraciones que tocan con la intencionalidad del hecho, es decir, —de la conciencia y voluntad presentes en su realización, en virtud de los cuales se considera que la persona habría podido actuar de otra manera⁶³; o lo que es lo mismo, que no hay lugar a responsabilidad penal si la conducta delictual no está fincada en un acto consciente y voluntario de una persona que pudiendo obrar de otro modo y teniendo capacidad psíquico-física para comprender el hecho, voluntariamente realiza el comportamiento que amerita reproche punitivo.

Esto significa entonces que en nuestro sistema rige un Derecho Penal de acto y no un Derecho Penal de autor⁶³. Y, es claro, que por su inmadurez o enfermedad mental y psicológica, los menores de 14 años y los discapacitados no tienen capacidad para comprender los alcances de su conducta o las previsiones contenidas en normas jurídicas.

Bibliografía básica y complementaria:

- BONASSO, Alejandro. Adolescente en conflicto con la ley penal. Derechos y Responsabilidades. 2005.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: C-225 de 1992, C-673 de 2005, C-839 de 2001, C-979 de 2005.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio. 2006. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Derecho de la Infancia - Adolescencia en América Latina.
- GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. La jurisdicción de Familia y Alimentos. Fuentes del MCódigo del Menor.
- 1ª edición. Fascículo 2. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. —La oportunidad como principio fundante del proceso penal de la adolescencia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.
- MENDIZÁBAL OSES, Luis. Derecho de Menores. Ediciones Pirámide. OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS.
- Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos. Derecho internacional humanitario. Derecho penal internacional. Volumen I. 2002. PALOMBA, Federico.
- Tendencias evolutivas en la protección de los menores de edad, en: —La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. UNICEF e ILANUD, Primera Edición. Ministerio de Justicia. El Salvador. 1995.
- TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. Teoría General de Niñez y Adolescencia. Universidad de los Andes.