

LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL

MARITZA DE JESUS AHUMADA HERNANDEZ

MARTHA LUCIA BOTERO RAMOS.

Trabajo de grado presentado como
requisito parcial para optar al
título de ABOGADO.

Director: Dr. BLAS GONZALEZ

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1991

DL 0308

FAMICIA



Barranquilla, 1991

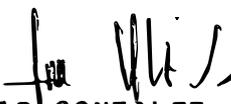
Doctor
CARLOS LLANOS SANCHEZ
Decano
Facultad de Derecho
Universidad Simón Bolívar
Ciudad.

Apreciado Doctor:

Por medio del presente escrito me permito rendir concepto favorable al trabajo de tesis realizado por las alumnas : MARITZA DE JESUS AHUMADA HERNANDEZ y MARTHA LUCIA BOTERO RAMOS; y denominado "LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL", por reunir los requisitos establecidos por los estatutos de nuestra universidad de manera concreta por la Facultad de Derecho.

Agradeciéndole de antemano la designación para tan interesante tema, me suscribo de usted.

Cordialmente,


BLAS GONZALEZ
Director de Tesis.

DIRECTIVA

RECTOR

DOCTOR JOSE CONSUEGRA

SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RAFAEL BOLAÑOS

DECANO

DOCTOR CARLOS LLANOS S.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1991

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, 1991.

DEDICATORIA

A la memoria de mis padres Juana Hernández y Julio Ahumada por haberme impulsado con su recuerdo.

A mis hermanos y sobrinos por contribuir con su esfuerzo en lo que hoy es mi carrera.

A todas estas personas y demás amigos dedico este trabajo fruto de mi indclinable voluntad de triunfo.

MARITZA.

DEDICATORIA

A mis hijos.

MARTHA.

AGRADECIMIENTOS

Las autoras expresan sus agradecimientos

A el Doctor Carlos Llanos, decano de la Facultad de Derecho.

A los Doctores Rodolfo Pérez, Blas Gonzalez y demás profesores de la Facultad de Derecho.

A nuestros amigos, empleados y colaboradores en el trabajo que con su contribución ayudaron a que pudieramos obtener este triunfo.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCION	
1. LA FAMILIA	1
1.1 EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA	3
1.2 FORMAS DE FAMILIA	5
1.3 LOS LAZOS FAMILIARES	7
2. LOS ALIMENTOS	11
2.1 OBJETO DEL CODIGO DEL MENOR	11
2.2 SITUACION IRREGULAR	12
2.3 DERECHO A LA ASISTENCIA PARA EL DESARROLLO INTEGRAL	13
2.4 DEFINICIONES	13
2.5 MEDIDAS DE PROTECCION	14
2.6 LA PRESENTACION DE ALIMENTOS EN PRO DEL MENOR	15
2.7 CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES DE ALIMENTOS	17
2.8 EL ACTO DE CONCILIACION SOBRE ALIMENTOS	18
2.9 EL PROCESO DE EJECUCION FORZADA	20
3. JURISDICCIONES PARA ASUNTOS DE DERECHO PRIVADO	22
3.1 ASUNTOS ATRIBUIDOS A LA JURISDICCION AGRARIA	22
3.2 ASUNTOS ATRIBUIDOS A LOS JUECES DEL CIRCUITO	

	Pág
especializado	23
3.3 ASUNTOS ATRIBUIDOS A LA JURISDICCION DE FAMILIA	24
3.4 ASUNTOS ATRIBUIDOS A LA JURISDICCION CIVIL ORDINARIA	24
3.5 ORGANOS DE JURISDICCION DE FAMILIA	24
3.6 ASUNTOS QUE LLEGARON A ESOS ORGANOS	25
3.7 PROCEDIMIENTOS	26
3.8 VIGENCIA	26
3.9 ENVIO DE EXPEDIENTE A LOS JUZGADOS DE FAMILIA	27
3.10 LA AUDIENCIA	28
3.11 LA SENTENCIA	28
4. EL DEFENSOR DE FAMILIA	30
4.1 LA INSTITUCION FAMILIAR	30
4.2 EL SISTEMA NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR	32
4.3 EL DEFENSOR DE FAMILIA	33
4.4 FUNCIONES, ATRIBUCIONES Y PODERES DEL DEFEN- SOR	33
4.5 DECISIONES DEL DEFENSOR	40
4.6 PERMISOS A MENORES PARA SALIR DEL PAIS	40
5. EL DIVORCIO	42
5.1 DEFINICION	42
5.2 RESEÑA HISTORICA DEL DIVORCIO EN COLOMBIA	42

	Pág
5.3 FUNCIONARIO COMPETENTE PARA CONOCER DEL DIVORCIO	43
5.4 CAUSALES QUE DEBEN PROBARSE ANTE EL JUEZ	44
5.5 ANALISIS DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO	45
5.6 PARTES EN EL PROCESO	48
5.7 TRAMITE JUDICIAL	49
5.8 DEMANDA	49
5.9 EFECTOS DEL DIVORCIO	49
CONCLUSION	
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCION

La palabra familia es de uso tan común, y se refiere a un tipo de realidad tan ligado a la experiencia cotidiana.

Hemos visto que cuando a la familia se le concede un reducido valor funcional tiende a desaparecer incluso por debajo del nivel del tipo conyugal. Por el contrario, si recibe gran valor funcional existe muy por encima del nivel conyugal. La supuesta universalidad de la familia conyugal corresponde, de hecho, más a un equilibrio inestable entre los extremos que a una necesidad permanente y duradera proveniente de las exigencias profundas de la naturaleza humana.

Para completar hemos de considerar finalmente aquellos casos en los que la familia conyugal difiere de la nuestra, no tanto con referencia a una diferencia de valor funcional, sino más bien porque su valor funcional es concebido de una forma cualitativamente diferente de nuestras propias concepciones.

1. LA FAMILIA

La palabra familia es de uso tan común y se refiere a un tipo de realidad tan ligado a la experiencia cotidiana, que podría pensarse que este trabajo se enfrenta con una situación simple. Sin embargo, sucede que los antropólogos pertenecen a una extraña especie: les gusta convertir lo "familiar" en misterioso y complicado. De hecho, el estudio comparativo de la familia entre los diferentes pueblos ha suscitado el estudio de algunas de las polémicas más ásperas de toda la historia del pensamiento antropológico y probablemente su cambio de orientación más espectacular.

Durante la segunda mitad del siglo XIX y a principios del siglo XX, los antropólogos trabajaban bajo la influencia del evolucionismo biológico. Su idea era ordenar los datos de forma que coincidieran las instituciones de los pueblos más simples con una de las primeras etapas de la evolución de la humanidad, mientras que nuestras instituciones corresponderían a las etapas más avanzadas de la evo-

lución.

Durante los últimos años, los antropólogos han realizado grandes esfuerzos para mostrar que, incluso entre los pueblos que practican el préstamo de esposas, ya sea periódicamente con motivo de ceremonias religiosas, ya sea estatutariamente (como sucede cuando se permite a los hombres entrar en un tipo de amistad institucional que implica el préstamo de esposas entre los miembros), estas costumbres no deben interpretarse como supervivencia del "matrimonio de grupo" por cuanto coexisten con la familia y además, implican su reconocimiento. Es evidente que para prestar la propia esposa es preciso antes poseer una. No obstante, si consideramos el caso de algunas tribus australianas como los wunambal de la región noroeste, podremos darnos cuenta de que un hombre que se mostrara reacio a prestar su esposa a otros maridos potenciales durante las ceremonias religiosas, sería considerado "muy egoísta", ya que trataría de monopolizar un privilegio que el grupo social considera que debe compartir con todas las personas que tienen derecho a dicho privilegio. Si, además, tenemos en cuenta que dicha actitud con respecto al del acceso a las mujeres va acompañada con el dogma oficial de que los hombres no desempeñan papel alguno en la procreación fisiológica (lo que aportaba dos buenas razones para negar la existencia

de lazo alguno entre el marido y los hijos (as de los esposas), la familia se convierte en un grupo económico basado en la división sexual del trabajo: el marido aporta los productos de la caza y la esposa los de la recolección. Los antropólogos que pretenden que esta unidad económica basada en el principio de "dar y tomar" es una prueba de la existencia de la familia incluso entre los grupos más salvajes, no están ciertamente en una base más firme que aquellos antropólogos que afirman que dicho tipo de familia no tiene en común más que el término utilizado para referirse al otro tipo de familia tal y como puede observarse en otros lugares.

1.1 EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA

Como ya hemos indicado el matrimonio puede ser monógamo o polígamo. Es conveniente insistir inmediatamente en el hecho de que el primer matrimonio es mucho más frecuente que el segundo, incluso mucho más de lo que un precipitado inventario de sociedades humanas llevaría a creer. Un buen número de las llamadas sociedades polígamas son auténticamente tales, pero muchas otras establecen una marcada diferencia entre la "primera", y estrictamente la única y auténtica esposa, dotada con todos los derechos que concede el status conyugal, y las otras que en ocasiones son po-

co más que concubinas.

En consecuencia, no es necesario devanarse los sesos para explicar el predominio del matrimonio monógamo en las sociedades humanas.

Que la monogamia no está inscrita en la naturaleza del hombre lo demuestra claramente el hecho de que la poligamia existe en muy diversos lugares y formas y en muchos tipos de sociedades; por otra parte, la preponderancia de la monogamia es consecuencia del hecho de que, normalmente es decir, salvo que se produzcan voluntaria o involuntariamente condiciones especiales, por cada hombre no existe más que una mujer disponible. En las sociedades modernas, razones de tipo moral, religioso y económico han oficializado el matrimonio monógamo (regla que en la práctica es transgredida por medios tan diferentes como la libertad prematrimonial, la prostitución y el adulterio). Pero en sociedades con un nivel cultural mucho más bajo, donde no existe prejuicio alguno contra la poligamia e incluso donde la poligamia puede en realidad estar autorizada o ser preferida a otras formas, se consigue el mismo resultado en la ausencia de diferencias sociales o económicas, de tal forma que ningún hombre posee ni los medios ni el poder para obtener más de una esposa y donde, en consecuen-

cuencia, todo el mundo está obligado a convertir la necesidad en virtud.

1.2 FORMAS DE FAMILIA

Es preciso recurrir a casos tan extremos como el nayar ya descrito para hallar sociedades en las que no existe siquiera una unión temporal de facto del marido, la esposa y los hijos(as). Pero no debiéramos olvidar que si bien en nuestra sociedad dicho grupo constituye la familia y goza de reconocimiento legal, no sucede lo mismo en un gran número de sociedades humanas. Es cierto que existe un instinto maternal que compele a la madre a cuidar de sus hijos(as) y que hace que encuentre en el ejercicio de dichas actividades una profunda satisfacción; también existen impulsos psicológicos que explican por qué un hombre puede sentir afecto por los hijos(as) de una mujer con la que vive y cuyo crecimiento presencia paso a paso, aun en el caso de no creer (como sucede en las tribus de las que se dice desconocen la paternidad fisiológica) que haya tomado parte alguna en la procreación. Algunas sociedades tratan de reforzar estos sentimientos convergentes; por ejemplo, algunos autores han tratado de explicar la couvade costumbre de acuerdo con la cual un hombre comparte las penalidades (naturales o socialmente impuestas) de

la mujer partuarienta como un intento por construir una unidad soldada a partir de unos materiales no demasiado homogéneos.

La supuesta universalidad de la familia conyugal corresponde, de hecho, más a un equilibrio inestable entre los extremos que a una necesidad permanente y duradera proveniente de las exigencias profundas de la naturaleza humana.

Como veremos más adelante, hay muchos pueblos entre los que el tipo de cónyuge con el que uno debe casarse es mucho más importante que el tipo de unión que formarán juntos. Estos pueblos están dispuestos a aceptar uniones que a nosotros, no sólo nos parecerían increíbles, sino en contradicción directa con los fines y propósitos de fundar una familia. Por ejemplo, los chukchee de Siberia no mostraban la menor repulsión por el matrimonio de una chica de veinte años con un bebé-marido de dos o tres años. En este caso la joven mujer, madre gracias a un amante autorizado, cuidaría conjuntamente a su propio bebé y a su bebé marido. Por su parte, los indios mohave de Norteamérica tenían la costumbre opuesta: un hombre se casaba con una niña, a la que cuidaba hasta que fuera lo suficiente mayor como para cumplir con sus deberes conyugales. Se suponía que dichos matrimonios eran en extremo duraderos dado que los

sentimientos naturales que existen entre marido y esposa vendrían reforzados por el recuerdo del cuidado maternal o paternal concedido por uno de los cónyuges sobre el otro.

De ningún modo deben concebirse estos ejemplos como casos excepcionales que debieran explicarse con referencia a extraordinarias anomalías mentales. Todo lo contrario.

De hecho, podríamos traer a colación ejemplos de otras partes del mundo: América del Sur, Nueva Guinea (tanto en las tierras altas como en el trópico), etc.

Finalmente existen algunos casos, ciertamente menos llamativos, en los que la familia conyugal era considerada necesaria para la procreación de los hijos pero no para su crianza, por cuanto cada familia trataba de quedarse con los hijos(as) de otra familia (a ser posible de status superior) para criarlos, al tiempo que sus propios hijos pertenecían (en ocasiones antes del nacimiento) a otra familia. Esto sucedía en algunas partes de Polinesia, mientras que el "fosterage", es decir, la costumbre de que un hijo varón era criado por el hermano de su madre, era práctica común en la costa noroeste de Norteamérica, así como en la sociedad feudal europea.

1.3 LOS LAZOS FAMILIARES

En el transcurso de varios cientos de años nos hemos acos-

tumbrado a la moralidad cristiana que considera el matrimonio y el establecimiento de una familia como la única manera de prevenir que la gratificación sexual sea pecaminosa. Si bien esta asociación existe en alguno que otro lugar, no es ni mucho menos frecuente. Entre la mayor parte de los pueblos, el matrimonio tiene poco que ver con la satisfacción del impulso sexual, dado que el ordenamiento social proporciona numerosas oportunidades para ellos; dichas oportunidades no son sólo externas al matrimonio, sino que incluso en ocasiones en contradicción a él. Por ejemplo, entre los muria de Bastar (India Central), la llegada de la pubertad significa que chicos y chicas son enviados a vivir en chozas comunales donde disfrutan de plena libertad sexual; tras vivir unos años en dichas condiciones, los jóvenes muria se casan de acuerdo con la regla de no unirse con ninguno de sus amantes de adolescencia. Sucede, pues, que en un poblado más bien pequeño, cada hombre está casado con una esposa que ha conocido en sus años mozos como la amante de su vecino (o vecinos) actual.

Por otra parte, si como hemos visto es cierto que las consideraciones sexuales no son de importancia fundamental para el matrimonio, las necesidades económicas se hallan presentes en lugar primordial en todas las sociedades. Ya hemos mostrado que lo que convierte el matrimonio en una

necesidad fundamental en las sociedades tribales es la división sexual del trabajo.

Como las formas familiares, la división del trabajo es consecuencia más de consideraciones sociales y culturales que de consideraciones naturales. Ciertamente que en cada grupo humano las mujeres son las que paren y cuidan a los hijos - y los hombres se especializan en la caza y en las actividades guerreras. Pero incluso en este campo, hay casos ambiguos: no cabe duda de que los hombres no pueden dar a luz pero en muchas sociedades como hemos visto con la covada están obligados a simularlo.

Las condiciones son del todo diferentes en las llamadas sociedades primitivas, donde la cifra de población global es pequeña, si bien puede variar de unas pocas docenas de personas a varios miles.

La vida social impone sobre los stocks consanguíneos de la humanidad un viaje incesante de una parte a otra; la vida familiar es poco más que la expresión de la necesidad de aflojar la marcha en los cruces y tomar la oportunidad para descansar. Pero las órdenes son de continuar la marcha. Y no puede decirse que la sociedad esté compuesta por familias de la misma forma que no puede decirse que un viaje esté formado por las paradas que lo descomponen en una se-

rie de etapas discontinuas. En conclusión, la existencia de familia es, al mismo tiempo, la condición y la negación de la sociedad.

La sociedad pertenece al reino de la cultura, mientras que la familia es la emanación, al nivel social, de aquellos requisitos naturales sin los cuales no podría existir la sociedad y, en consecuencia, tampoco la humanidad.

2. LOS ALIMENTOS

2.1 OBJETO DEL CODIGO DEL MENOR

Tiene por objeto este Código, principia el artículo 1o. del decreto 2737 de 1989.

1.- Consagrar los derechos fundamentales del menor.

2.- Definir las situaciones irregulares bajo las cuales pueda encontrarse el menor; origen, características y con secuencias de cada una de tales situaciones.

3.- Determinar las medidas que deben adoptarse con el fin de proteger al menor que se encuentre en situación irregular.

4.- Señalar la competencia y los procedimientos para garantizar los derechos del menor.

Todo menor, agrega el artículo 3o. tiene derecho a protec

ción, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social. Estos derechos se reconocen desde la concepción.

Se entiende por menor, puntualiza el artículo 28, a quien no haya cumplido los dieciocho (18) años. En caso de duda y mientras por los medios legales no se establezca la mayoría de edad, no se aplicarán en un caso dado las medidas aplicables a los mayores.

2.2 SITUACION IRREGULAR

Con ese objeto y para garantizar el derecho a la asistencia necesaria para un adecuado desarrollo físico, mental y social, teniendo como meta el interés superior del menor (art.20) y como fundamento su protección (art.21) se prevé que un menor se halla en situación irregular cuando.

Sea lo primero notar cómo se define claramente un objeto como horizonte tras el cual marchan las instituciones y organismos, procurando la satisfacción de las necesidades que demanden el interés superior que guía las actividades de instituciones y organismos.

En segundo lugar la definición de quienes, por lo menos

para el propósito del Código, un menor cogiendo de paso lo que en el léxico corriente se expresa con el vocablo, y unificando hasta cierto grado la edad, con lo que se contribuye a la claridad en la expresión y en el entendimiento y la aplicación de las normas.

Y en tercer lugar guardar una armonía en las instituciones y en la previsión de las situaciones de hechos y sus consecuencias.

2.3 DERECHO A LA ASISTENCIA PARA EL DESARROLLO INTEGRAL

Es por esto último por lo que en la parte primera, bajo el título general "De los menores en situación irregular", luego de señalar las situaciones anómalas en el artículo 30, se ocupa en particular de la situación irregular consistente en la carencia de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas (art. 30-2), en el título tercero de dicha parte primera; esto es, estructura las reglas encaminadas a la abolición de esa situación irregular para satisfacer uno de los derechos del menor: El de la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo desde la concepción (art. 30.).

2.4 DEFINICIONES

Pero antes de indicar las medidas para proteger ese dere-

cho y de señalar el contenido de las prestaciones correlativas, creyó prudente determinar cuándo un menor carece de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas, lo que equivale a decir cuándo un menor no está recibiendo la prestación encaminada a su adecuado desarrollo físico, mental, moral y social, a cuándo un menor no obtiene ese derecho que le reconoce la ley. Y creyó prudente decir que el Estado, de una parte, le prestará al menor que lo requiera, el concurso para imponer a los obligados irresponsables el cumplimiento respectivo y de otra, para sí esas personas no pudieron cumplir dicha prestación o solo lo hicieron imperfectamente, prestarla en subsidio el Estado con el concurso de la familia del menor y de la comunidad.

2.5 MEDIDAS DE PROTECCION

La situación irregular de hallarse el menor en condiciones de carecer de lo que exige su ser y su naturaleza para un desarrollo integral, es atendida con las llamadas medidas de protección, pero partiendo de la base que orienta la organización política del Estado de derecho; es la familia la célula fundamental a la que incumbe proteger a sus menores el Estado ayuda a la familia en el cumplimiento de sus deberes, coordina y en últimas la sustituye cuando realmente

dicha célula no puede proteger sus menores, y hace intervenir a la comunidad como interesada en el presente y en el futuro de la sociedad.

Tales medidas son:

- 1.- Asesoramiento en las reclamaciones por alimentos en beneficio del menor frente a quienes tengan a su cargo cumplir, según la ley, con la prestación (art. 131-1).
- 2.- Vincular al menor en los programas que en su beneficio desarrollen entidades públicas o privadas (art. 131-2)

Como personificación del Estado corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar promover la asesoría a las personas que tienen el cuidado del menor o iniciar el ejercicios de la acción pertinente, en cualquier caso buscando apoyar la familia para la atención integral del menor "procurando no separarlo de su medio familiar" (art. 131, inciso).

2.6 LA PRESENTACION DE ALIMENTOS EN PRO DEL MENOR

Orientados quizás, los redactores del Código por un criterio que comprendiera un desarrollo integral del menor, incluyendo por supuesto un desarrollo completo en sus aspectos fi-

sicos, intelectual, moral y social, se dio en el artículo 133 una definición de alimentos que mira de frente la del derecho español (art. 142 del C.C. español), que ad peder letters dice:

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia, médica recreación, formación integral y educación o instrucción del menor. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.

En esta definición de alimentos para el menor quedan incluidos los principios contenidos en los artículos 253, 257, 264 entre otros, del Código Civil, y desde luego la idea del 413 ibídem. A esa concepción ha llegado el legislador siguiendo la labor constructora de nuestra jurisprudencia que paulatinamente, pero firme y vehemente, ha venido dando contenido al concepto de alimentos para comprender en ella la educación, la instrucción, las atenciones médicas, odontológicas, recreacionales, el establecimiento en una profesión u oficio y hoy, aun teniendo oficio o profesión si no se consigue trabajo, no se le puede negar al hijo, inclusive mayor, el alojamiento, el vestuario y la comida.

2.7 CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES DE ALIMENTOS

Uno de los aspectos importantes de mayor trascendencia en el campo de la vida real, es quizá el contenido de los alimentos; contenido que apenas se avizora de los que prescribe el artículo 132, que a la letra pregoná.

Para hacer efectivas las reclamaciones de que trata el numeral primero del artículo anterior, el Defensor de Familia promoverá en beneficio del menor las acciones de alimentos que fueren necesarias, de conformidad con las reglas que se expresan en el capítulo siguiente.

En conclusión el Defensor de Familia, en pro de los derechos del menor, en particular los de alimentos, puede promover tanto procesos de conocimiento como de ejecución y por supuesto intentar diligencias preprocesales y extra-procesales, sin que a esa función se oponga que el menor tenga representante legal, porque el Defensor puede asesorar al miembro de la familia que tenga a su cargo el cuidado del menor, como sustituto si es negligente o doloso.

De ahí que primeramente el Defensor tiene a su cargo promover a la familia a que asuma su responsabilidad.

2.8 EL ACTO DE CONCILIACIÓN SOBRE ALIMENTOS

Cuando la persona que según la ley no cumpla la prestación de alimentos, o la cumpla imperfectamente, cualquier persona legitimada (sus padres, otro pariente, el guardador, quien tenga al menor bajo su cuidado) puede provocar la conciliación sobre alimentos. Con la solicitud deberá acompañarse la prueba de la legitimación e indicar la persona obligada a prestar los alimentos (art. 136).

La solicitud se dirigirá al funcionario competente, que lo es el de la residencia del menor, a prevención (Defensor de Familia, Juez de Familia, Comisario de Familia, Inspector de Policía) (art. 136).

El acto de la audiencia y de lo pertinente del precitado artículo 101, el funcionario director de la actuación procederá así:

a) Si antes de la hora señalada alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, señala nueva fecha para dentro del quinto día siguiente, auto que carece de todo recurso.

Si hay prueba de fuerza mayor de que alguna de las partes no podrá comparecer en esta segunda fecha, o de que se halla en el exterior, la audiencia tendrá lugar con el apoderado judicial, el cual se presume tiene facultad conciliar.

Salvos estos casos, la no concurrencia de la parte debidamente citada constituye indicio grave en su contra.

b) Debe examinar los escritos y los documentos que las partes hayan aportado.

c) Dialogar directamente con las partes en torno al tema que motivó la audiencia y permitir el diálogo de aquéllas con sus apoderados sobre el mismo tema.

d) Estimular a las partes a que concilien sus diferencias (cuantía de la prestación, forma de pago, lugar de pago, persona a quien debe entregarse el dinero).

e) Controlar con respecto pero con firmeza la actitud de los apoderados judiciales, en especial cuando estorben los propósitos de los poderdantes.

f) Presentar a las partes fórmulas de conciliación al no

llegar con las propias a un acuerdo.

g) Levantar un acta en que con fidelidad se consignen los datos esenciales que conducen a la conciliación y con exactitud describir el acuerdo, cerciorándose del cabal entendimiento de las partes.

h) Dictar, separándolo con el título auto aprobatorio de la conciliación, el auto respectivo, motivado y reproduciendo, si la claridad lo exige, en la parte resolutive, la conciliación.

En esta conciliación por mandato particular del artículo 136, debe determinarse la cuantía de la prestación alimentaria, sus reajustes si se quiere ser previsivo, la forma de cumplimiento y el lugar, la persona a "quien debe hacerse el pago, los descuentos al obligado, las garantías para asegurar el pago", y además aspectos que se estimen pertinentes. Sobre tales tópicos deben versar los diálogos y las fórmulas de modo que el funcionario tiene que impedir lo extraño a esos extremos.

2.9 EL PROCESO DE EJECUCIÓN FORZADA

El acta de conciliación y el auto que la aprueba agrega el

artículo 136 prestarán mérito ejecutivo. Por eso la claridad y precisión que en el acta debe procurar el funcionario que preside la actuación.

La ejecución con este título se delanta por el procedimiento del proceso ejecutivo de mínima cuantía ante el Juez de Familia ó Promiscuo de Familia del domicilio del menor (art. 8o, decreto 2272 de 1989). Si en el municipio domicilio del menor no hubiere ese juez, la ejecución se delantará ante el juez municipal de ese lugar (arts 7o.-2 y 5o.-i, decreto 2272 de 1989).

Nótase, empero, falta de lógica. En efecto. Si en el municipio hay juzgado de familia o promiscuo de familia, el proceso lo conoce dicho juez en única instancia (art. 5o., letra i) del decreto 2272; si no hay ese juzgado conoce el municipal en primera (art. 7o., numeral 2, decreto 2272), cuando debería haberse atribuido estos asuntos siempre en primera instancia a los jueces municipales, con apelación en el efecto devolutivo.

3. JURISDICCIONES PARA ASUNTOS DE DERECHO PRIVADO

Uno de los aspectos importantes de la llamada Reforma Integral de la Administración de Justicia, denominación dada porque se dice que comprende los factores social, económico y cultural, proyectada con base en las autorizaciones conferidas por la ley 30 de 1987, es el relacionado con el propósito de "deskudicializar" muchos asuntos y el de descongestionar las oficinas judiciales.

3.1 ASUNTOS ATRIBUIDOS A LAS JURISDICCION AGRARIA

Con vigencia a partir del 1o. de junio de 1990 el decreto 2303 de 7 de octubre de 1989 creó la jurisdicción agraria, la cual tendrá a su cargo el conocimiento y decisión de los conflictos que se originen en las relaciones de naturaleza agraria, así como de las controversias que susciten la aplicación de las disposiciones que regulen la conservación, mejoramiento y adecuada utilización de los recursos naturales renovables de índole agraria y la preservación del

ambiente rural, como también de los conflictos que surjan por aplicación de disposiciones de índole agraria, aunque estén contenidas en ordenamientos legales distintos de los agrarios y en fin de las materias que menciona el artículo 1o. del decreto, salvo las que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conociendo especialmente de los procesos que relaciona al artículo 2o, en cuanto estén relacionadas con actividades o bienes agrarios.

3.2 ASUNTOS ATRIBUIDOS A LOS JUECES CIVILES DEL CIRCUITO ESPECIALIZADOS

El decreto 2273 de 7 de octubre de 1989, con vigencia a partir del 1o. de marzo de 1990, creó 23 juzgados civiles del circuito especializados, cuyas sedes les señaló en su artículo 1o, y en el 3o. enumeró los asuntos de su competencia en áreas del derecho comercial, facultando a los tribunales superiores para especializar juzgados civiles del circuito cuando las necesidades así lo exijan, para el conocimiento de los asuntos enumerados en el artículo 3o. (art. 1o. inciso segundo del párrafo).

3.3 ASUNTOS ATRIBUIDOS A LA JURISDICCION DE FAMILIA

El decreto 2272 de 7 de octubre de 1989 organizó la jurisdicción de familia, señaló los órganos que la ejercerán y anumeró los asuntos que sometió a su conocimiento (arts 5o. y 7o.), como arriba se detalló.

3.4 ASUNTOS ATRIBUIDOS A LA JURISDICCION CIVIL ORDINARIA

En primer lugar debe advertirse que a esta jurisdicción corresponde lo que le atribuya la ley, como los que menciona el artículo 16, y lógicamente todo asunto de derecho privado no atribuido a otro órgano (art. 16, numeral 11, C. de P.C)

Así que a grandes rasgos esta es la estructura de la jurisdicción para asuntos de derecho privado. Pero es necesario hacer hincapié en que las jurisdicciones especializadas únicamente tienen competencia para los asuntos que expresamente les competen.

3.5 ORGANOS DE JURISDICCION DE FAMILIA

Como precedentemente se indicó, los artículos 2o. y 4o. del decreto 2272 son los órganos que ejercerán esta justicia especial, denominada por la misma Jurisdicción de Fa-

milia.

3.6 ASUNTOS QUE LLEGARAN A ESOS ORGANOS

A los órganos de esta jurisdicción especial no les van a llegar todos los asuntos de familia. Absolutamente, Únicamente los de esa naturaleza que la ley expresamente les atribuya. Los que no les asigne corresponden a la jurisdicción civil ordinaria, como se anotó arriba, o alguna de las otras especiales se en ellas se las encomienda la ley, como a la agraria o a la de comercio.

Por lo tanto, de acuerdo con los artículos 4o. y 7o. del decreto 2272, a los órganos investidos de la jurisdicción de familia, les llegarán estos asuntos de familia:

- 1.- Todos los asuntos civiles de que conocen los jueces civiles y promiscuos de menores.
- 2.- Los asuntos de familia que conocen los jueces civiles del circuito y que enumera el artículo 5o, del decreto 2272.
- 3.- Los asuntos de familia que se defieren al juez civil o promiscuo municipal, o al territorial (art. 7o.).

3.7 PROCEDIMIENTOS

El artículo 50. prescribe que los jueces de Familia conocen de conformidad con el procedimiento señalado en la ley Por consiguiente y reiterando lo antes dicho, para saber el procedimiento es indispensable examinar cada uno de los asuntos que menciona dicho artículo y establecer cuál procedimiento señala la ley para ese asunto.

Para el de alimentos cuando el alimentario es menor, el procedimiento lo señala el Código del Menor" (arts. 140 y ss).

Para la celebración del matrimonio civil, que se le atribuye claramente al juz civil o promiscuo municipal, el procedimiento lo indica el Código Civil (arts. 128 y ss).

3.8 VIGENCIA

Las disposiciones de derecho de familia contenidas en el Código del Menor (decreto 2737 de 27 de noviembre de 1989) empiezan a regir el 10. de marzo de 1990, salvo la Sección Quinta todo lo relativo a la adopción que empezó con la publicación del decreto según se desprende de la pésima redacción del artículo 354 de dicho Código.

Las reglas del decreto 2272 de 1989 comenzarán a tener vigor el 1o. de febrero de 1990, conforme al artículo 17, aunque la plena aplicación y quizá parezca contradictorio no pueda empezar sino cuando se cumplan las supuestas de este artículo.

3.9 ENVIO DE EXPEDIENTES A LOS JUZGADOS DE FAMILIA

No obstante lo dispuesto por los precitados artículos 354 del C. del M. y 17 del decreto 2272 en cuanto al comienzo de vigencia de los preceptos, su aplicación por los Juzgados de Familia no podrá hacerse sino cuando se cumplan estas condiciones que nítidamente contiene el artículo 17:

1.- Cuando el correspondiente tribunal superior autorice la remisión de los expedientes de la jurisdicción civil ordinaria a los órganos de la Jurisdicción de Familia.

Los tribunales no podrán dar esta autorización sino a medida que entren en funcionamiento los despachos judiciales creados.

De donde se sigue que la aplicación de las normas puede que no sea en un mismo momento para todo el territorio nacional toda vez que son los tribunales superiores los que determi-

narán la remisión de expedientes para que sigan conociendo de ellos los juzgados de familia.

2.- Cuando la comisión para el Desarrollo de la Reforma Judicial haga la programación correspondiente para desarrollar la reforma y determine en cuáles distritos judiciales o departamentos se empezarán a hacer esas remisiones, es decir en cuáles deberán los tribunales autorizar esas remisiones por estar listos locales, elementos y personal.

3.10 LA AUDIENCIA

Prevenidas las partes en el auto de señalamiento de la audiencia para que a ésta lleven los documentos y los testigos (art. 143) llegados el día y la hora señalados a menos que antes alguna parte hubiere presentado prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer (art. 145, inciso primero, C. del M, y art. 101 párrafo 2o.-1, C. de P.C.), el juez celebrará la audiencia con la parte o el apoderado que concurra, teniendo como indicio grave en contra de los pretensiones o de las excepciones de mérito según la parte que no comparezcan, salvo que se presenten las situaciones indicadas en el numeral 1o. del párrafo 2o. del art. 101 del C. de P.C.

Si concurre una sola parte o un solo apoderado, con ella o con él celebra el juez la audiencia. Si la parte que no concurrió debía absolver interrogatorio y se citó para ello legalmente, se le tendrá confesa respecto de los hechos que admitan la prueba de confesión, ora de la demandada, ya de la contestación y relativamente a las excepciones de mérito, si se alegaron, según sea la parte que no concurrió, y desde luego si la parte que pidió el interrogatorio no adujo pliego de preguntas, porque si así fue la declaratoria de confeso será sobre los hechos en el pliego preguntados.

Si concurren todas las partes o sus apoderados, el juez tiene el deber de dialogar primero con la partes directamente. Si alguna fuere incapaz; debe comparecer su representante legal, que se presume facultado para aprobar la conciliación si fuere el caso (art. 101, parágrafo 2o.-4 C. de P.C). Debe permitir el diálogo de las partes con sus apoderados. Como se trata de fijación de la cuota alimentaria, lugar y forma de pago, es claro que el juez tiene el deber de restringir a estos aspectos el tema.

3.11 LA SENTENCIA

Lo óptimo es que en una audiencia el juez logre o la conciliación

liación total, o que pueda dictar la sentencia, agotada allí mismo la instrucción (arts. 145 y 146 del C. del M). Pero como no siempre ese óptimo resultado se alcanza a veces por la acumulación de asuntos, otras, pocas por fortuna por incapacitación de funcionario y empleados, está previsto en primer lugar que la instrucción no alcance en una audiencia (art. 143) y en segundo que el falle no alcance a dictarse al agotarse las alegaciones de las partes, debiendo el juez convocar a otra audiencia para esa solo efecto, que tendrá lugar dentro de los seis días siguientes y que se celebrará aunque no concurren partes ni apoderados. (art. 146).

Cuando la sentencia la profiere juez municipal o territorial, la parte incoforme debe apelar en la audiencia en que se pronuncia y allí mismo el juez debe resolver sobre si concede o no el recurso (art. 146, inciso segundo).

4. EL DEFENSOR DE FAMILIA

4.1 LA INSTITUCION FAMILIAR

En el Estado de derecho la institución básica es la familia. De ahí que de antaño haya sido preocupación primordial del legislador, y por supuesto de las otras ramas del poder público, velar por su fortalecimiento, respetando ciertas regulaciones que a ella competen y que por eso el Estado procura acentuar y coordinar, sin pretender sustituir y solo en subsidio asume su vigencia con las debidas medidas de coerción. Entre los institutos que se han venido organizando y perfeccionado como uno de los medios de apoyo a la familia, encuéntrase la del Defensor que desde antes del Código Civil adquiere existencia, se acoge en el Código (por ejemplo artículos 530, 630 del C.C), hasta llegar al actual Código del Menor, cuya historia prolija e interesante escribirán amantes de investigaciones del origen, evolución y perfeccionamiento de instituciones jurídicas, pero en todo caso se encontrará que sus funciones han sido instituidas para ayudar a la familia protegiendo

en especial a su elemento más importante: Los menores. Ha cambiado de nombre y aun de naturaleza jurídica, más la finalidad, su meta, ha sido la misma: Colaborar con la familia en la consecución de los fines de la comunidad, proteger los menores que no tienen familia o ésta no les presta la colaboración que le es propia.

En la evolución del derecho de familia, cuyos ancestros se vislumbran en el derecho romano con instituciones que si bien tienen un contenido muy distinto, conservan por lo menos los nombres (patria potestad, tutelas, curateías), se ha llegado al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, cuya sola denominación demuestra que la familia, sigue siendo el núcleo que preocupa a la sociedad y al Estado, como elemento fundamental del cual depende la grandeza o la decadencia de la nación y de las naciones, sin distinguir su origen, su raza, su religión, tan solo que existen unos lazos naturales, sociales y fácticos que unen a dos o muchas personas, que les han impreso unos sentimientos, unas ideas y unos propósitos que les son comunes en un momento de la historia, y que varias familias así admitidas forman una comunidad (art. 10.-6 C. del M; arts 2o, 3o, 9o, 12, 21, 23, 25, 26 , ibídem).

4.2 EL SISTEMA NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR

El sistema Nacional de Bienestar Familiar, como su nombre lo indica, es un conjunto de entidades que ejercen actividades coordinadas para ayudar a la familia en sus funciones propias y proteger a los menores, todo en orden a un desarrollo integral de los núcleos sociales regionales y de la sociedad nacional.

La ley determina las entidades integrantes del sistema y señala sus funciones, dejando un marco de iniciativa a las mismas bajo la dirección y coordinación de la entidad rectora, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (art. 276 del C. del M.).

Forman el Sistema, entre otros, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que lo dirige y coordina las Comisarias Permanentes de Familia, a nivel municipal y distrital (arts 276, 297 C. de M.)

El sistema se rige por las leyes 75 de 1968 y 70. de 1979 las normas que modifican o adicionan éstas, sus decretos reglamentarios y por el Código del Menor (art. 276 C. del M).

4.3 EL DEFENSOR DE FAMILIA

En su evolución, hoy es funcionario público al servicio del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, bajo la dependencia por designación, remuneración y sanciones disciplinarias, del órgano rector y coordinador del Sistema (arts, 277, 294-2 y 351, C. del M).

De los órganos que perfila el Código del Menor, el Defensor es quizá el que adquiere los rasgos más definidos y el que recibe mayores atribuciones, poderes y funciones correlativamente el que asume mayor responsabilidad y tiene a su cargo en buena parte el éxito del Código. Por eso las calidades que se le exigen son exiguas comparadas con los resultados positivos que debe obtener. Ojalá que el convencimiento de esta verdad los obligue a responder con la convicción de la inmensa carga que asumen y de la inconmesurable esperanza que en ellos tienen el Estado, la sociedad y sobre todo la familia y a la cabeza los menores.

4.4 FUNCIONES ATRIBUCIONES Y PODERES DEL DEFENSOR

A lo largo del articulado del Código se encuentra, casi en cada artículo, alguna referencia o alusión al Defensor,

cuando no la descripción de una función, o de una competencia, o de un poder para convocar a una audiencia o imponer un castigo.

El artículo 277 afirma que le competen las siguientes funciones "para describir como tales, entre otras, intervenir en interés de la institución familiar y del menor en los asuntos judiciales y extrajudiciales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 del decreto 2272 de 1989. Este decreto crea y organiza la jurisdicción de Familia y establece en su artículo 11.

Una visión general y muy ligera de la disposición copiada da pie para afirmar categóricamente que esta función es de una cobertura tan extensa que casi las encierra todas.

En efecto. El Defensor tiene que intervenir y por lo tanto el funcionario que adelante la actuación debe citarlo tan pronto entre en vigencia este conjunto normativo, en estas actuaciones:

a) En los procesos que se adelanten ante los órganos de la jurisdicción de Familia, sin distinción por no distinguir la regla, y sin perjuicio de que intervenga el Agente del Ministerio Público.

b) En los asuntos en que venía interviniendo o actuando el Defensor de Menores, igualmente sin distinguir.

c) En los asuntos que interesen directa o indirectamente a menores, tanto los que estén en curso como para iniciar las actuaciones pertinentes. Si la actuación la inicia el representante legal del menor, o es citado como demandado, el Defensor debe de todas maneras citarse (art. 350-2, C. del M.)

El Defensor interviene en nombre de la sociedad en defensa de los intereses de la institución familiar y cuando entran en juego intereses de menores, en defensa de los intereses superiores del menor. Que responsabilidad del Defensor de Familia. Ojalá sepa asumirla!

Tiene también la función de asistir al menor infractor en las diligencias ante el juez competente y elevar las peticiones que considere conducentes a su rehabilitación.

Nada menos que asistir al menor de 18 años y mayor de 12 que cometió algún hecho de los que la ley penal tipifica como delito, en todas las diligencias, aunque el menor de signe apoderado y tenga representante legal. El Defensor debe siempre asistirlo. Y asistirlo no quiere decir que

se limite a la compañía física cuando lo interroguen o lo examinen. Es defenderlo y cardinalmente pedir las medidas que considere llevan a la rehabilitación del menor.

Tiene igualmente la función de aprobar con efectos obligatorios las conciliaciones netre cónyuges , entre padres y entre otros parientes, sobre los puntos detallados en los literales a) a e) del numeral 4 del artículo 277. La conciliación aprobada por el Defensor es eficaz siempre que no exista proceso judicial en curso. Pero si la conciliación no pudiere efectuarse, no obligare o fracasase, no por eso el Defensor deja de tener que cumplir la función, pues entonces debe adoptar las medidas provisionales que la ley le indica según el caso y su urgencia, aunque debiendo ceder ante las medidas que para el caso tome el juez competente.

Debe formular la denuncia penal cuando sea víctima de delito un menor.

Debe pedir la inscripción o la corrección del nacimiento del menor que lo necesite y se halle en situación irregular, como para pedir alimentos o que carezca de representante legal.

Tiene la función de autorizar la adopción del menor. Autorizar la salida del menor del país.

Conocer privativamente de las infracciones a la ley penal cometidas por menores de 12 años y de las contravenciones cometidas por menores de 18 años.

A las funciones que le señale el artículo 277 únensele una serie de atribuciones encaminadas a prevenir y a veces a corregir situaciones irregulares, acompañadas algunas funciones y otras atribuciones de poderes coercitivos cuando no repressivos, distinguiendo resoluciones de autos (art.279).

Al defensor incumbe declarar la situación irregular de abandono o de peligro, del lugar donde se halle el menor (art 36), para lo cual dictará de oficio ante aviso de cualquier persona, inmediatamente auto abriendo la investigación (art 37).

Si aparece que el menor fue sujeto pasivo de un delito, debe formular la denuncia ante el juez competente (función mencionada) (art. 37, parágrafo).

Está facultado, cuando declara la situación irregular de abandono o de peligro, para tomar medidas de protección

entre ellas los trámites para la adopción (art. 57), así como fijar una cuota para contribuir al sostenimiento del menor, sin perjuicio de las acciones judiciales pertinentes (art. 57, parágrafo 1).

Tiene atribución para modificar en cualquier tiempo la medida tomada, de oficio o a petición de parte (art. 59).

Algunas atribuciones tienen tanta eficacia que extinguen la patria potestad antes del acto judicial que lo debe producir, como ocurre con la declaración de abandono en la que se pide como medida de protección la adopción (arts. 57-5 y 60).

Tiene, de otro lado, poder para imponer medidas represivas ante el incumplimiento de conductas impuestas por él mismo por otra autoridad o por la ley, como cuando habiendo conminado a cumplir sus deberes a quienes por ley les corresponde, no obstante no las cumplen, por ejemplo que los padres envíen a la escuela al niño. El Defensor puede imponerles la multa que le permite la ley (art. 68).

Son de su incumbencia las ejecuciones de las medidas de protección ante el abandono o el peligro de un menor (arts. 57 y siguientes). como asignar provisionalmente la custodia

y el cuidado personal del menor a la persona que de las mencionadas en el artículo 61 del C.C. le ofrezca mayores garantías del desarrollo integral y proceder a la entrega del menor, pudiendo sancionar el incumplimiento con multas y arrestos (arts. 70, 71, y 72), con la consecuencia de configuración una causal de suspensión de la patria potestad si hay reincidencia en el incumplimiento o renuencia a cumplir (art. 72, parágrafo).

Puede decretar la colocación familiar (art. 73) y la atención integral al menor a un centro de protección especial (arts. 82 y 83), correspondiéndole efectuar visitas a los hogares sustitutos y a los centros de protección (art. 84).

Debe pedir la rehabilitación del menor adicto (arts, 234 y 235), solicitar la autorización para el menor trabajador (art. 238)

En fin, que la suerte de los menores en situaciones irregulares queda en poder del Defensor. Este a su turno la colaboración de la Policía de Menores, preferentemente (arts 86 y 288), de los particulares de quienes requiera colaboración, con poder para sancionarlos (art. 331) y de los jueces y funcionarios administrativos (art. 48).

4.5 DECISIONES DEL DEFENSOR

El Defensor de Familia no es funcionario jurisdiccional pero toma decisiones, algunas de las cuales producen efectos vinculantes.

No se previó la sanción que por irrespeto en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ejercerlas se les infieran, por lo que tendrá el Defensor que aplicar en esos casos el artículo 28 de la C. Nal, sobre cuyo alcance se ha pronunciado la Sala Plena de la Corte Suprema.

4.6 PERMISOS A MENORES PARA SALIR DEL PAIS

En principio, todo menor puede obtener pasaporte y salir con sus padres o con el padre vivo o con su representante legal, con solo acreditar el registro civil de nacimiento en relación con los padres, o copia auténtica de la providencia que reconoce la representación legal, o de la sentencia de adopción con la constancia de estar ejecutoriada, o del registro de defunción del progenitor fallecido (art. 337). Pero si viviendo los dos padres va a salir con uno de ellos o con otra persona que no es su representante legal, necesita del otro padre o del representante legal, autenticado ante notario o funcionario consular (art. 338)

Al Defensor debe elevarse solicitud, indicando el tiempo en que el menor permanecerá en el exterior, en qué lugares, y qué personas pueden declarar sobre la veracidad de lo afirmado y acompañar copia del acta de registro de nacimiento y las demás pertinentes. El Defensor dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 342 y 343 y si hubiere oposición suspenderá la actuación, debiendo el interesado acudir al juez de Familia o Promiscuo de Familia si lo hubiere en el lugar de residencia del menor y de no, ante el juez civil municipal o promiscuo municipal o territorial (arts. 344 y 348).

El Defensor no cuenta con poderes decisorios. En varias normas se prevé que al surgir una contención en un asunto en que actúa el Defensor, suspende su intervención y acude al órgano judicial o deben hacerlo los interesados.

5. EL DIVORCIO

5.1 DEFINICION

La palabra divorcio etimológicamente procede del latín *di-vertere* y *divortium*, que significa irse cada cual por su lado para no volver a unirse jamás.

En sentido amplio, divorcio, significa toda separación legal, que se presente entre los esposos. En sentido estricto, significa la ruptura del vínculo conyugal que los liga

El divorcio puede ser perfecto, cuando se pone fin a la vida común de los casados, en virtud del rompimiento del vínculo matrimonial. Así mismo, puede ser imperfecto, denominado comúnmente separación de cuerpos.

5.2 RESEÑA HISTORICA DEL DIVORCIO EN COLOMBIA

En el año de 1853, bajo la presidencia de José Hilario López se sancionó la ley de 20 de junio, por la cual se estable-

ció el divorcio vincular en la Nueva Granada y al señalar las causales se estableció, entre otras, el mutuo consentimiento de los cónyuges, salvo cuando se trataba de varones mayores de 25 años y mujeres menores de 21; o cuando el matrimonio llevaba más de veinte años o cuando los padres de los cónyuges se opusieran.

El divorcio vincular sólo duró tres años, pues en 1856, bajo el gobierno de Manuel María Mallarino, de derogó la citada ley.

Con la expedición de Constitución Federalista se adoptó el divorcio en algunos estados como Panamá, Santander, Bolívar Magdalena. Más tarde, cuando comenzó a regir el Código Civil del Estado de Cundinamarca para todo el país, en 1887, se estableció como principio fundamental la indisolubilidad del matrimonio.

5.3 FUNCIONARIO COMPETENTE PARA CONOCER DEL DIVORCIO

Por regla general el funcionario competente para conocer y adelantar las diligencias pertinentes a fin de obtener el divorcio, es el juez civil del circuito, ante quien se deberá probar por lo menos una de las causales contempladas en el artículo 154 del Código Civil, modificado por el ar-

tículo 2o. de la ley 1ra. de 1976. Sin embargo, como lo vimos anteriormente, cuando se trata de la causal contemplada en el numeral 8o. del citado artículo, el divorcio podrá efectuarse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges mediante escritura pública, sin perjuicio de las atribuciones que la ley le confiere sobre el particular al juez civil del circuito.

Es indispensable anotar que a partir del primero (1o.) de junio de 1990, la competencia para conocer del proceso respectivo radicará en el juzgado de familia, tal como lo establece el artículo 5o. del decreto 2272 de 1989, funcionario que lo someterá al proceso verbal de mayor y menor cuantía, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 231 del decreto 2282 de 1989 por el cual se modifica el artículo 427 del Código de Procedimiento Civil, cambio de competencia que en manera alguna desconoce la facultad otorgada a los notarios por el decreto 1900 de 1989.

5.4 CAUSALES QUE DEBEN PROBARSE ANTE EL JUEZ.

De conformidad con lo preceptuado por la ley 1o. de 1976, las causales de divorcio se pueden agrupar en dos: Las que se deben a falta o culpa de uno de los cónyuges y las no debidas a culpa. Entre las primeras encontramos la infide-

lidad, el grave e injustificado incumplimiento de las obligaciones familiares, los ultrajes, el trato cruel y los malos tratos de obra, la embriaguez, etc. y entre las segundas las relacionadas con enfermedades que imposibiliten la vida conyugal o la separación de cuerpos decretada judicialmente o adelantada ante notario, cuando dura más de dos años.

5.5 ANALISIS DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO

1.- Infidelidad. La primera causal se refiere a la infidelidad y se encuentra contemplada en el numeral 1o. del artículo 154 del Código Civil, en los siguientes términos: "Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado. Se presumen las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma y eficacia".

Según el artículo 176 del Código Civil, los cónyuges están obligados a guardarse fe, ya que el matrimonio supone la promesa formal que cada uno hace al otro de mantener relaciones sexuales sólo con él y excluir de ellas a toda otra persona.

2.- Incumplimiento de las obligaciones básicas. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de sus deberes de marido o de padre y de esposa o de madre. Es una causal amplia que comprende el incumplimiento de las obligaciones básicas de la familia como son: El débito conyugal, la fidelidad, el socorro y ayuda mutuas el cuidado personal de los hijos, la obligación de vivir juntos bajo un mismo techo, etc. Debe tenerse en cuenta que el incumplimiento a las obligaciones matrimoniales debe ser grave e injustificado, para que se decrete el divorcio.

3.- Agresión. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratos de obra, si con ello peligran la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges o de sus ascendientes, o se hacen imposibles la paz y el sociograma domésticos. Esta causal se refiere a la agresión por parte de uno de los cónyuges al otro ya sea por medio de palabra o de obra que implique peligro físico o moral para el otro cónyuge.

4.- Embriaguez habitual. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges. Se requiere que la embriaguez habitual sea periódica o continua, pues un solo acto o esporádico no son suficientes para intentar la acción de divorcio con fundamento en esta causal.

5.- Consumo habitual de sustancias alucinógenas. El uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica. Esta causal comprende aquellas personas que se dediquen a ingerir sustancias alucinógenas o estupefacientes, pero se exige que ese uso o consumo sea habitual y además que sea compulsivo, es decir, que a la persona le sea imposible sustraerse de utilizarlos por medios ordinarios. En este caso la prueba por excelencia es el peritazgo.

6.- Enfermedad o anomalía graves. Toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o síquica de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge o imposibilite la comunidad matrimonial. La causal incluye la enfermedad y la anomalía. Aquella implica una alteración más o menos grave de la salud del cuerpo; ésta lo que accidentalmente se halla fuera de su natural estado o de las condiciones que le son inherentes. Es necesario que tanto la una como la otra sean graves e incurables y que se ponga en peligro la salud mental o síquica del otro cónyuge.

7.- Conducta tendiente a corromper al otro cónyuge. Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, a un descendiente o a personas que estén

a su cuidado y convivan bajo el mismo techo. Para que se configure esta causal es necesario que se trate de actos deliberados con los cuales se pretenda corromper al otro cónyuge o a una persona que esté a su cuidado o un descendiente.

8.- Separación de cuerpos. La separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure más de dos años. Los dos años de que habla el numeral se cuentan a partir del día siguiente a aquél en que se halla ejecutoriada la sentencia de separación de cuerpos.

9.- Condena privativa de la libertad, La condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años, por delito común, de uno de los cónyuges, que el juez, que conozca del divorcio califique como atroz o infamante.

5.6 PARTES EN EL PROCESO

Según el artículo 7o. de la ley 1a. de 1976, que modificó el artículo 157 del Código Civil son partes únicamente los cónyuges, pero si estos fueren menores de edad, podrán también intervenir sus padres. El ministerio público será oído siempre en interés de los hijos.

5.7 TRAMITE JUDICIAL

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 1a. de 1976, por el cual se modificó el numeral 2o. del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, el divorcio del matrimonio civil debe tramitarse y decidirse mediante el proceso abreviado.

5.8 DEMANDA

La demanda, tal como lo estatuye el numeral 4o. del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, debe presentarse ante el juez civil del circuito del domicilio conyugal, o si no existiere domicilio conyugal, su presentación debe hacerse ante el juez del domicilio común anterior, siempre y cuando que el demandante lo conserve.

5.9 EFECTOS DEL DIVORCIO

Ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio se producen consecuencias inmediatas con relación a los cónyuges, a los hijos y a los bienes.

En relación con los cónyuges el divorcio produce el rompimiento del vínculo matrimonial, -y en consecuencia las per

sonas quedan en libertad para volver a contraer matrimonio válido. Este rompimiento trae como consecuencia la terminación de las obligaciones recíprocas entre los esposos, es decir, la cohabitación, la fidelidad, el socorro y la ayuda mutua. Además según el párrafo del artículo 162 del Código Civil, modificado por el artículo 12 de la ley 1a. de 1976, ninguno de los divorciados tendrá derecho a invocar la calidad de cónyuge sobreviviente para heredar ab intestato en la sucesión del otro, ni a reclamar porción conyugal.

Con relación a los hijos nacidos dentro del matrimonio, conservan su carácter de legítimos y la custodia y el ejercicio de la patria potestad corresponderá a quien el juez señale. Así mismo, según el artículo 10 de la precitada ley 1a. de 1976, subsisten los derechos y los deberes de los divorciados respecto a los hijos comunes; por tanto el juez en la sentencia fijará la cuota de alimentos y a cargo de quién y no pierden el derecho de heredar a sus padres.

En relación a los bienes sociales se producen las siguientes consecuencias:

a) Se disuelve la sociedad conyugal de conformidad con el artículo 25 de la ley 1a. de 1976. Por tanto, para su li-

quidación habrá de tenerse en cuenta que ésta puede llevarse a cabo de común acuerdo, ante notario público, mediante escritura o ante el juez que conoció del divorcio.

b) Igualmente si el divorcio se decreta con base en las causas o en una de las causas consagradas en los ordinales 1o, 2o, 3o, 4o, 5o, y 7o, del artículo 154 del Código Civil modificado por el artículo 4o. de la ley 1a. de 1976, el cónyuge inocente, como ya quedó dicho, podrá revocar las donaciones que por causa del matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable, sin que éste pueda invocar derechos o concesiones estipuladas exclusivamente en su favor en capitulaciones matrimoniales.

CONCLUSION

En conclusión, el Defensor de Familia, en pro de los derechos del menor, en particular los de alimentos, puede promover tanto procesos de conocimientos como de ejecución y por supuesto intentar diligencias preprocesales y extraprocerales, sin que a esa función se oponga que el menor tenga representante legal, porque el Defensor puede asesorar al miembro de la familia que tenga a su cargo el cuidado del menor, como sustituirlo si es negligente o doloso.

En consecuencia el problema de la familia no debe ser tratado de forma dogmática. Es una de las cuestiones más escurridizas dentro del estudio de la organización social.

BIBLIOGRAFIA

GARCIA SARMIENTO, Eduardo. Derecho de Familia en el Código del Menor. Primera edición. Editorial Librería el Faro de la Justicia., Bogotá 1990.

HINESTROSA REY, Roberto. Derecho de Familia. Universidad Externado de Colombia. 1987.

MARTINEZ PARDO. Hector. Divorcio del Matrimonio Civil, insinuación y donación ante notario. Juridica radar ediciones, Bogotá 1990.

URRUTIA MEJIA, Hernándo. El lanzamiento por ocupación de Hecho.