

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE GRADO
MATRIMONIO

Y

SEPARACION DE CUERPOS

Presidente : Dr. JOSE ANTONIO ROSENDO REVELLO

Autor : EMILIO BRASO RODRIGUEZ

Pasto

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

La facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la tesis, - las cuales deben considerarse como -- propias de su autor (Acuerdo No. 188- de 1.965, artículo 70.- Reglamento interno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño).

Presidente : Dr. JOSE ANTONIO ROSERO REVELO
UNIVERSIDAD DE NARIÑO

BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION

Autor: 13510 EMILIO ERÁSOZ RODRIGUEZ

Valor: \$ 1500 =

Fecha: VI - 1 - 81

Librería: Antex

Comp.

DEDICATORIA

A la memoria de mi padre

A mi madre

La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la tesis, - las cuales deben considerarse como -- propias de su autor (Acuerdo No. 108- de 1.965, artículo 70.- Reglamento in terno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño).

RECIBO



UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION

No. 17510 Fj 2
Valor \$1500 - Vol.
Fecha VI - 1 - 81 Don. x
Fec. Ant. 914 Canje
Librería Ant. 914 Comp.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

1946

1947

1948

1949

1950

1951

1952

1953

1954

1955

1956

1957

1958

1959

1960

1961

1962

1963

1964

1965

1966

1967

1968

1969

1970

1971

1972

1973

1974

1975

1976

1977

1978

1979

1980

1981

1982

1983

1984

1985

1986

1987

1988

1989

1990

1991

1992

1993

1994

1995

1996

1997

1998

1999

2000

2001

2002

2003

2004

2005

2006

2007

2008

2009

2010

2011

2012

2013

2014

2015

2016

2017

2018

2019

2020

2021

2022

2023

2024

2025

DEDICATORIA

- A la memoria de mi padre
- A mi madre
- A mi esposa
- A mis hijas
- A mis hermanos

En la ciudad de San Francisco de Asís, a los...

Yo, el suscrito, don...

de la...

de la...

de la...

En fe de lo cual, en la ciudad de San Francisco de Asís, a los...

Yo, el suscrito, don...

de la...

de la...

de la...

AN
T
D346.2
E65
Ej. 2.

- III. 3.- La cohabitación
- III. 4.- La fidelidad
- III. 5.- El socorro
- III. 6.- La ayuda

PLAN DE TESIS

IV.- POTESTAD MARITAL
INTRODUCCION

V.- POTESTAD PATERNA
PRESENTACION

- V. 1.- Derechos y obligaciones de los padres con los hijos

EL MATRIMONIO

- V. 2.- Cuidado personal de la crianza personal de la educación

CAPITULO PRELIMINAR

- VI.- RESERVA DE LA PATERNIDAD
Principios Generales
Propiedades esenciales
- VII.- FINES DEL MATRIMONIO
Fines del matrimonio

II.- NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

- II. 1.- El matrimonio como Sacramento
- II. 2.- El matrimonio como Institución
- II. 3.- El matrimonio como Contrato

III.- EFFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO

- III.1.- Concepto
- III.2.- Obligaciones recíprocas de los esposos

- III. 3.- La cohabitación en causas criminales
- III. 4.- La fidelidad en juicios entre co-
- III. 5.- El socorro
- III. 6.- La ayuda

IV.- POTESTAD MARITAL

V.- POTESTAD PATERNA

- I.- V. 1.- Derechos y obligaciones de los padres para con los hijos
- V. 2.- Cuidado personal de la crianza
- V. 3.- Cuidado personal de la educación

VI.- CESACION DE LA AUTORIDAD PATERNA

VII.- PATRIA POTESTAD

- I.- 1.- El Concordato como Tratado Interna-
- II. 2.- Efectos jurídicos del Concordato
- VII. 1.- Definición
- VII. 2.- Quién la ejerce
- VII. 3.- Características
- VII. 4.- Sujetos de la patria potestad
- VII. 5.- Atributos de la patria potestad

VIII.- REPRESENTACION DEL HIJO DE FAMILIA

- III. 1.- Representación extrajudicial
- VIII. 2.- Representación en causas civiles

- IV.- VIII. 3.- Representación en causas criminales
- VIII. 4.- Representación en juicios entre padres e hijos
- V.- REGIMEN MATRIMONIAL EN EL CONCORDATO VIGENTE

VI.- FUTURO DE LA INSTITUCION CONCORDATARIA
Capítulo Segundo

E L C O N C O R D A T O
Capítulo Tercero

I.- NOCIONES GENERALES
SEPARACION DE CUERPOS

- I. 1.- Consideraciones históricas
- I.- CONCEPTO

II.- NATURALEZA JURIDICA DEL CONCORDATO
 III.- CAUSALES DE SEPARACION

- II. 1.- El Concordato como Tratado Internacional
- III.- CAUCIDAD
- II. 2.- Efectos jurídicos del Concordato

IV.- EL MUTUO CONSENTIMIENTO COMO CAUSAL DE SEPARACION
 III.- PROBLEMATICA DE LA INSTITUCION CONCORDATARIA

- IV. 1.- Generalidades
- III. 2.- El Estado
- III. 3.- La Iglesia
- III. 4.- Relaciones entre la Iglesia y el Estado
- IV. 5.- Efectos
- III. 4.- Valor del Concordato a los hijos

IV.- CONCORDATO Y SOBERANIA NACIONAL

V.- REGIMEN MATRIMONIAL EN EL CONCORDATO VIGENTE

VI.- FUTURO DE LA INSTITUCION CONCORDATARIA

Capítulo Tercero

SEPARACION DE CUERPOS

I.- CONCEPTO

II.- CAUSALES DE SEPARACION

III.- CADUCIDAD

IV.- EL MUTUO CONSENTIMIENTO COMO CAUSAL DE SEPARACION

IV. 1.- Generalidades

IV. 2.- Fundamento

IV. 3.- Características

IV. 4.- Impugnación del mutuo consentimiento

IV. 5.- Efectos

IV.5.1.- Efectos frente a los hijos

V.- TRAMITE DE LOS PROCESOS DE SEPARACION

I.- INTRODUCCION

- V. 1.- La demanda
- V. 2.- Separación de cuerpos litigiosa
- V. 3.- Separación de cuerpos consensual

El Derecho civil comprende un conjunto sistemático de normas jurídicas, que divididas en diferentes grupos pertenecen al Derecho civil, que se establecen entre las personas naturales entre sí, entre estas y las personas jurídicas o entre estas últimas.

VI.- LA SEPARACION DE CUERPOS EN NUESTRO MEDIO

Las normas que rigen en su más amplia aceptación, -- cualquiera que sea su naturaleza, vale decir, comercial, -- civil, laboral, etc., y cualquiera que sea el ámbito de su aplicación de las normas que los rigen, admiten para su estudio diversas Indice y variedad de métodos de análisis.

VII.- CONCLUSIONES

Las normas que rigen en su más amplia aceptación, -- cualquiera que sea su naturaleza, vale decir, comercial, -- civil, laboral, etc., y cualquiera que sea el ámbito de su aplicación de las normas que los rigen, admiten para su estudio diversas Indice y variedad de métodos de análisis.

Bibliografía

Indice

Las normas que rigen en su más amplia aceptación, -- cualquiera que sea su naturaleza, vale decir, comercial, -- civil, laboral, etc., y cualquiera que sea el ámbito de su aplicación de las normas que los rigen, admiten para su estudio diversas Indice y variedad de métodos de análisis.

La familia como fundamento básico de la sociedad, y que debe ser protegida por la ley, no ha sido materia de especial interés para nuestros legisladores, quienes ante todo no pueden ni deben desconocer la que la gente piensa, lo que el país desea ante la complejidad de los problemas de índole familiar, que cada día exigen la intervención de la autoridad, sea administrativa, sea judicial, pero no son organismos como algunos existentes que son exclusi-

...de consulta sin que en realidad al grupo social-
...directamente sus problemas. Debe ser algo -

I.- INTRODUCCION

profundo. Al igual que en el campo ju-
dicial es indispensable la creación de la jurisdic-
ción de la familia, con funcionarios especializados para

...indudablemente van afectar la inti-
El Derecho civil comprende un conjunto sistemático de
normas jurídicas, que divididas en diferentes grupos permi-
ten el estudio armónico de las diversas relaciones que se-
establecen entre las personas naturales entre sí, entre es-
tas y las personas jurídicas o entre estas últimas.

Los hechos jurídicos en su más amplia aceptación, --
cualquiera que sea su naturaleza, vale decir, comercial, -
civil, laboral, etc., y cualquiera que sea el ámbito de va-
lidez de las normas que los rigen, admiten para su estudio
diversos enfoques y variedad de metodos de análisis.-

Las normas que aluden exclusivamente a la familia, si
bien pertenecen al Derecho civil, ante la presencia de nu-
merosos conflictos no planteados anteriormente y de otros-
propios de nuestro tiempo, y ante el interés público o so-
cial en el funcionamiento normal de la familia, pueden tam-
bién ser objeto de estudio de la sociología y formar parte
del Derecho político.-

La familia como fundamento básico de la sociedad, y -
que debe ser protegida por la ley, no ha sido materia de -
especial interés para nuestros legisladores, quienes ante-
todo no pueden ni deben desconocer lo que la gente piensa,
lo que el país desea ante la complejidad de los problemas-
de índole familiar, que cada día exigen la ingerencia de -
la autoridad, ora administrativa, ora jurisdiccional, pero
no con organismos como algunos existentes que son exclusi-

vamente de consulta sin que en realidad al grupo social-
le resuelvan directamente sus problemas. Debe ser algo -
más consistente y profundo. Al igual que en el campo ju-
dicial se hace indispensable la creación de la jurisdic-
ción de la familia, con funcionarios especializados para
tomar decisiones que indudablemente van afectar la inti-
midad de las personas y de la familia.-

La experiencia diaria nos demuestra que la familia,
como ente social cambiante, a la vez que con caracteres-
permanentes, ahora más que nunca reclama una transforma-
ción en el Derecho de familia, pero sin buscar y adaptar
modelos legislativos foráneos, olvidándonos de la depen-
dencia cultural, a la cual parece nos tienen acostumbra-
dos, sino estableciendo normas que correspondan a la --
idiosincracia del pueblo colombiano, que consulten y --
sean respuesta al cambio de mentalidad en las relaciones
conyugales y paterno-filiales.-

La inestabilidad de la vida matrimonial, no solo en
nuestro medio sino en el mundo entero, es una verdad tri-
vial, sabida y reconocida.-

El contenido íntimo y emocional de los vínculos va-
siendo suplantado cada vez más por relaciones funciona-
les, utilitarias; y esa ola de funcionalismo, luego de -
colmar las relaciones sociales, va ganando terreno gra-
dualmente hasta en la esfera familiar.-

La familia, el hogar, han dejado de ser el centro -
de la existencia.- A juicio de ciertos investigadores, -
en el mejor de los casos constituyen el lugar donde de-
terminado número de personas se reúnen alrededor de la -
mesa una o dos veces al día, duermen y pasan cierto núm-
ero de horas, y hogares en los que los

...propiciar escapes de violencia verbal...
...de la familia?. Existen muchos ca--
ro de horas bajo el mismo techo, cuando no se les ocurre
un programa mejor.- ...tienen la alternativa de huir.

Sin ser pesimistas, creemos que por cada nuevo ma--
trimonio hay uno que se disuelve. La fidelidad y la res--
ponsabilidad son conceptos en decadencia. Estamos conven--
cidos que este desbarajuste matrimonial obedece a razo--
nes de orden moral y a la incompatibilidad de caractéres.
Entre dos mundos distintos, cuyos lenguajes son tan di--
versos que no se comprenden mutuamente y cuyas almas son
todavía más diversas no puede existir amor ni paz.-

A lo anterior se suman poderosas razones socio-cul--
turales que empeoran las relaciones hogareñas, donde el
hombre refleja su frustración económica, social y educa--
cional, a través de la violencia para hacer sentir su au--
toridad, su posición de jefe ante la familia. Por su par--
te la mujer formada en una cultura esencialmente machis--
ta busca realizarse en el matrimonio a través de la ma--
ternidad, pero este ideal se frustra ante el proceder ti--
ranico del esposo y viene el desánimo, el desengaño y --
por ende los conflictos matrimoniales.-

Es indudable que se debe luchar por la estabilidad--
de la familia antes que todo por su misión educacional y
de formación, toda vez que el sinnúmero de hogares desor--
ganizados está estremeciendo los mismos cimientos de la
civilización moderna, y creando verdaderos ejércitos de
hijos emocionalmente afectados.-

Con lo anterior no pretendo decir que un mal matri--
monio, de esos que se mantienen en un precario equilibrio,
pueda producir buenos hijos. Qué es peor? hogares en los
que falta el padre o la madre, u hogares en los que los-

Hijos tienen que presenciar escenas de violencia verbal y física en el seno de la familia?. Existen muchos casos en los que el ambiente doméstico se hace tan intolerable, que los hijos solo tienen la alternativa de huir.

Frente a estas situaciones no creemos que el remedio esté en la resignación de la pareja, menos aún tratamos de plantear o mejor sostener que el divorcio o la separación de cuerpos, tal como se encuentran establecidos en Colombia, sean el desenlace o la solución a la crisis y disgregación familiar.

En el transcurso del trabajo que me he propuesto realizar y en las conclusiones dejaré consignado mi pensamiento sobre los diferentes tópicos que pretendo desarrollar y que a continuación expongo. - a saber: el matrimonio, sus características generales, su naturaleza jurídica y los efectos civiles que conlleva. A continuación verificaré una síntesis sobre las propiedades jurídicas del Concordato, la problemática y futuro de la institución concordataria y su incidencia en la soberanía nacional, previa exposición de los principales conceptos sobre Estado e Iglesia. Finalmente analizaré las causas que nuestra legislación ha consagrado como motivo de separación de cuerpos, su caducidad, el procedimiento establecido y los efectos que produce.

Naturalmente que el principal objetivo es el estudio de las causas por las cuales se puede invocar la separación de cuerpos, haciendo énfasis en el mutuo consentimiento como causal de suspensión de la vida en común de los esposos y disolución de la sociedad conyugal.

De cada uno de estos temas habré de ocuparme en este trabajo, sin que pretenda en él agotar materia tan vasta, no sólo por razón de mis propias limitaciones sino también en

PRESENTACION

Al hacer entrega del presente trabajo a la Universidad de Nariño, por intermedio de su Facultad de Derecho, para que sea sometido al juicio del tribunal de tesis, estimo oportuno realizar la presentación del tema con algunas breves anotaciones.

El espíritu que me anima a investigar sobre tan importante y práctico tema en el campo jurídico, está centrado en el interés, actualidad y controversia que ha provocado siempre, y ahora más que nunca, en los círculos jurídicos, eclesiásticos, sociales y políticos del país.

La presente investigación constará de tres secciones diferentes pero complementarias, a saber: el matrimonio, sus características generales, su naturaleza jurídica y los efectos civiles que conlleva. A continuación verificaré una síntesis sobre las propiedades jurídicas del Concordato, la problemática y futuro de la institución concordataria y su incidencia en la soberanía nacional, previa exposición de los principales conceptos sobre Estado e Iglesia. Finalmente analizaré las causales que nuestra legislación a consagrado como motivo de separación de cuerpos, su caducidad, el procedimiento establecido y los efectos que produce.

Naturalmente que mi principal objetivo es el estudio de las causas por las cuales se puede invocar la separación de cuerpos, haciendo énfasis en el mutuo consentimiento como causal de suspensión de la vida en común de los esposos y disolución de la sociedad conyugal.

De cada uno de estos temas habré de ocuparme en este trabajo, sin que pretenda en él agotar materia tan vasta, no sólo por razón de mis propias limitaciones sino también en

gracia de brevedad.

EL MATRIMONIO

Esta monografía estará en gran parte influenciada por el fruto de los conocimientos y experiencias logradas en las labores que por suerte me ha correspondido desempeñar en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

En ella no pretendo proponer nuevas teorías; ya están, tal vez, todas propuestas, ni adentrarme en exhaustivo análisis del problema matrimonial y sus soluciones en nuestro país. Solamente deseo presentar a la luz de la experiencia la desuetud de algunos conceptos y doctrinas relativas al matrimonio y la influencia que la Iglesia Católica ejerce en nuestro país, sobre todo en el área familiar.

Por fortuna soy consciente de que por esencia las fórmulas del Derecho no pueden ser estáticas sino esencialmente cambiantes y dinámicas. Las normas no pueden ser fijas y rígidas, sino flexibles y variables, porque son pautas que se aplican a seres humanos en constante evolución y, por tanto, se deben tener en cuenta y se deben reconocer las circunstancias peculiares y los factores de cada nueva situación.

El grado de justicia de las normas y su racionalidad dependen de la comprensión del fenómeno social y de los hechos que regulan, y los hechos siempre acaban imponiéndose.

Con esto se parte, es necesario que se tengan en cuenta algunos conceptos para poder, luego, practicar el significado de la desintegración de la familia a través de la separación de cuerpos con sus causas y efectos.

En el Digesto, lo define "El matrimonio es la sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, por el mutuo socorro, a llevar al peso de la vida, y para compartir su vida."

E L M A T R I M O N I O

món destina".

cont define el matrimonio como "unión de dos personas de sexo diferente... transmisión de paternidad de sus cualidades sexuales".

Capítulo Preliminar

PRINCIPIOS GENERALES

Para el derecho... "instrumento entre marido y mujer para engendrar hijos", el canon 1002, se refiere naturalmente a la unión sacramental.

El matrimonio es una de las Instituciones fundamentales del derecho de familia, en cuanto que es el origen y la base de la familia legítima. Con el matrimonio, en efecto, se constituye la familia legítima, y del matrimonio surgen el estado de cónyuge y los de padre e hijo legítimo, las relaciones entre los cónyuges y entre padres e hijos, las relaciones de parentesco legítimo y las de afinidad.

El matrimonio, considerado como fundamento de la familia legítima, es susceptible de variedad de conceptos y definiciones, apoyados todos en principios religiosos, políticos, educacionales y aún de carácter económico, -- que en términos más o menos similares, reflejan la orientación religioso-política con que se pretende no solamente definir esta institución o contrato sino aún asignarle preconcebidos fines sociales.

Con este punto de partida, es necesario que transcribamos algunos conceptos para poder, luego, precisar el significado de la desintegración de la familia a través de la separación de cuerpos con sus causas y efectos.

Modestino en el Digesto, lo define: "El matrimonio es la sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, por el mutuo socorro, a llevar el peso de la vida, y para compartir su co

mún destino".- Religión Un sacramento por cuya virtud se unen el hombre y la mujer perpetuamente.-

Kant define el matrimonio como "unión de dos personas de sexo diferente para la recíproca posesión de vida de sus cualidades sexuales".- Ética entre varón y mujer, para formar una comunidad de su vida física, intelectual y moral.

Para el derecho canónico "Sociedad permanente entre marido y mujer para engendrar hijos", el canon 1082, se refiere naturalmente a la unión sacramental.-

Según cita de Arturo Valencia Zes, para Carlos Marx, la esencia espiritual del matrimonio es "la satisfacción del instinto sexual mediante la exclusividad, la belleza moral que hace ideal el mandamiento de la naturaleza bajo la forma de un vínculo emocional.- Ética según el derecho canónico, toda vez que se hace necesario, tener, por lo tanto, un vínculo de exclusividad, que es el que hace ideal el mandamiento de la naturaleza bajo la forma de un vínculo emocional.-

Heinrich Lenmann en su obra Derecho de familia dice que el matrimonio es "una unión contractual entre marido y mujer jurídicamente reconocida y reglamentada, en orden a la comunidad de vida indivisa y duradera".-

Un análisis rápido del criterio expuesto en el derecho Concordato, matrimonio y divorcio lo define como "una regulación jurídico social de las relaciones heterosexuales y de la educación de la prole, que se traduce en una unión de vida, de hombre y mujer, para convivir, procrear y ayudar mutuamente".-

LA UNIÓN consiste en que debe ser unión de un solo hombre y una sola mujer. Basta con los anteriores conceptos para poder afirmar que existe un concepto general acerca del matrimonio, esto es, la unión plena y duradera entre personas de sexo distinto.

Pero para mayor claridad y para delimitar mejor los pensamientos anteriores debemos concretar los dos conceptos que consideramos esenciales:

Concepto religioso: Un sacramento por cuya virtud se unen el hombre y la mujer perpetuamente.-

Concepto Civil: Convención jurídica, solemne y específica, constitutiva de una sociedad ética entre varón y mujer, para formar una comunidad de su vida física, intelectual y moral, constituyéndose mediante él la familia legítima con los efectos que las leyes determinan.-

PROPIEDADES ESENCIALES

A continuación, en forma concreta, trataremos sobre las propiedades esenciales del matrimonio según el derecho canónico, toda vez que se hace necesario, tener, por lo menos, un conocimiento somero para el tema que nos proponemos desarrollar, sobre las dos características principales que la iglesia atribuye al matrimonio.-

De un análisis rápido del criterio expuesto en el Derecho Canónico y del pensamiento de los canonistas, inmediatamente, se identifican desde el primer momento las dos propiedades fundamentales que según la Iglesia corresponden igualmente al matrimonio que sólo es contrato y al que es sacramento: Unidad e Indisolubilidad.-

LA UNIDAD consiste en que debe ser unión de un solo hombre con una sola mujer; por consiguiente repugnan la poliandria, o sea la unión conyugal de una mujer con varios varones simultáneamente, toda vez que pugna con los fines primarios del matrimonio, o sea, con la generación de la prole y con la buena educación de la misma. Así mismo se rechaza con idénticos planteamientos la poligamia (unión conyugal de un varón con varias mujeres).-

LA INDISOLUBILIDAD del matrimonio consiste en que -

éste, una vez consumado, no puede ser disuelto sino por la muerte de los cónyuges o de uno de ellos.-

Para varios catedráticos de Derecho Canónico ambas propiedades son, en realidad, dos reflejos de una sola cosa: la profundidad e intensidad de la unión entre marido y mujer. Con la significación de que la capacidad de ser marido y esposa sólo se desarrolla en toda su plenitud y perfección -aquella plenitud y perfección que es adecuada a la persona humana- cuando se orienta y desarrolla en relación a una sola mujer y a un solo varón, de tal manera que únicamente la muerte pone límite a esa capacidad.-

La unidad comprende la monogamia (matrimonio de un solo varón con una sola mujer) y la fidelidad (exclusión del adulterio).-

La indisolubilidad excluye el divorcio y abarca: 1o.) la imposibilidad de disolución del vínculo conyugal por voluntad de los mismos contrayentes, o por circunstancias sobrevenidas, salvo la muerte de uno de ellos (indisolubilidad intrínseca); 2o.) la imposibilidad de disolución por decisión del poder social (indisolubilidad extrínseca), indisolubilidad que no tiene otra excepción que el poder de los tribunales eclesiásticos para disolver algunos matrimonios, a través de un proceso de nulidad matrimonial.-

FINES DEL MATRIMONIO

Como ya se hizo notar al comienzo, el matrimonio es la unión del hombre y de la mujer para formar una vida legítima. Para la Iglesia es una unión estable, duradera por toda la vida de los cónyuges, nacida en las formas-

y según las normas establecidas por la ley, para la satisfacción de las necesidades sexuales, para la comunidad de la vida, para la recíproca asistencia, así como para la procreación, crianza y educación de la prole. Es una unión reconocida, regulada y tutelada por el derecho, que da lugar a la formación de una familia legítima, que hace surgir derechos y obligaciones recíprocas entre los cónyuges y que no puede disolverse jamás ni aún por la concordada voluntad de ellos. Planitud de su ser y de su actividad.-

Se discute cual de los fines antes indicados del matrimonio se debe considerar como principal y esencial. -- Fin importantísimo del matrimonio y que aún a primera vista puede parecer como esencial, es ciertamente la comunidad de la vida y la asistencia recíproca, física y espiritual entre los cónyuges; sin embargo, este fin puede faltar en algunos casos excepcionales, en todo o en parte, -- como en el caso del matrimonio contraído in extremis, o sea en trance de muerte. --

Otro fin indudablemente importantísimo y fundamental, en la generalidad de los casos, es acoplamiento carnal para la satisfacción de las necesidades sexuales y para la procreación de la prole; pero tampoco este fin puede considerarse como esencial, ya que puede faltar en algunos casos. El matrimonio, en realidad, puede ser contraído válidamente por personas que por la edad senil no tienen la capacidad de engendrar.-

Igualmente se considera que el fin esencial y fundamental del matrimonio, aquel que no puede faltar nunca en ningún caso, es la constitución de una familia legítima, -- y de aquí la adquisición por parte de los contrayentes del estado de cónyuges, y la condición de hijos legítimos por parte de la prole que eventualmente nazca.-

El matrimonio es la plena e íntima unión del hombre y de la mujer. Como tal, es una institución que abraza por entero la vida humana, en todas las varias formas -- que el hombre puede asumir para el cumplimiento de sus fines. Así, pues, no es una institución exclusivamente jurídica, como no lo es solamente religiosa, sino que atañe a la costumbre, a la vida moral interior. Su contenido no puede ser justamente valorado, sino considerando al hombre en la plenitud de su ser y de su actividad.-

El matrimonio, como primer fundamento de la familia, primera condición de la comunidad civil, entra en las relaciones condicionadas, dentro de las cuales el derecho tiene vida y asume el carácter de institución jurídica, -- no perdiendo su naturaleza más universal. Está asentado en el complemento de dos personalidades, recíprocamente atraídas por la fuerza del sentimiento y del instinto, -- dotadas de cualidades físicas y de tendencias diferentes. No es, pues, la procreación de hijos el sólo fin del matrimonio, no la purificación de los placeres sexuales, -- no un mudable y caprichoso sentimiento de amor, sino la realización de la unión más perfecta entre el hombre y la mujer en todas las varias esferas dentro de las que se cumple el destino humano.-

II.- NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO:

Es oportuno que hablemos de las diferentes teorías -- que existen con respecto a la naturaleza del matrimonio. Es así como debemos tratar en seguida la cuestión de si el matrimonio constituye un sacramento, una institución o un contrato.-

II.1.- EL MATRIMONIO COMO SACRAMENTO:

El matrimonio es, a la vez, sacramento y contrato para la Iglesia Católica. Se considera que el contrato es sacramento y el Sacramento es contrato. En este aspecto se dice que si bien el matrimonio es una realidad natural, propia de la naturaleza humana, no significa esto que sea una realidad meramente profana, sino que tiene una dimensión religiosa."

La anterior concepción ha ejercido gran influencia en los regímenes jurídicos de los pueblos cristianos y, en forma especial, en las naciones que proclaman como única religión la de la Iglesia católica, como es el caso de Colombia."

II.2.- EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION:

Los hermanos Mazeaud, según cita de Marco Gerardo Monroy Cabra, afirman que "en el matrimonio-estado" el carácter institucional es el que predomina; en efecto, las reglas que rigen a los esposos durante su unión conyugal están fijados imperativamente por el legislador; los esposos no podrían modificarlos."

Según la doctrina moderna, expone Arturo Valencia Zea, el matrimonio por su fuente es acuerdo de voluntades, por sus efectos es estado, en virtud de su carácter institucional. Una institución es algo muy superior a un acuerdo de voluntades, tanto por sus efectos como por su duración; lo es por sus efectos, por que según se ha dicho, no depende de la voluntad de los contrayentes quienes de ordinario los desconocen en el momento de la celebración; lo es por su duración, porque aunque el matrimonio se extinga, sus efectos se perpetúan en los hi-

jos legítimos habidos en él.-

II.3.- EL MATRIMONIO COMO CONTRATO:

Como ya se hizo notar anteriormente, el matrimonio es la unión del hombre con la mujer para constituir una familia legítima y normalmente para alcanzar aquellos fines que le son propios.-

Puede sostenerse entonces que el matrimonio - considerado como acto constitutivo de la familia legítima es un contrato?. El artículo 113 del Código Civil dice -- que el matrimonio es un contrato, y el artículo 115 agrega que "el contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes". Considerando el hecho de que aquél se basa sobre el acuerdo o consentimiento de las partes, parecería que a la pregunta que formulamos se debería responder sin más en sentido afirmativo; pero pueden surgir dudas en primer lugar por la forma como el Código Civil, en el artículo 1495, define el contrato, y en segundo lugar por el hecho de que para la conclusión del matrimonio no basta el simple consentimiento de las partes, sino que requiere de -- ciertas solemnidades.-

En realidad, una opinión muy definida entre -- nuestros autores excluye que puede el matrimonio ser considerado como un contrato, y sostienen, por el contrario, que debe ser considerado como una convención o un acuerdo, o más generalmente como un negocio jurídico bilateral.-

Entre las principales razones para sostener -- que el concepto de contrato no es aplicable al matrimonio, tenemos:

1o.- Que el matrimonio supone un acuerdo de voluntades que origina obligaciones que no son patrimoniales, sino obligaciones de índole moral, que no pueden avaluarse en dinero ni directa ni indirectamente, como son la fidelidad, la cohabitación, la de socorro y mutuo respeto entre los cónyuges.-

2o.- El matrimonio, a diferencia de los demás contratos, no puede resolverse por el mutuo consentimiento de los contrayentes.-

3o.- Al matrimonio no pueden imponérsele términos o condiciones.-

Pues si es verdad que los negocios bilaterales de carácter no patrimonial se diferencian precisamente por su contenido de los de carácter patrimonial y precisamente por esto tienen una regulación suya propia, en gran parte diversa de las de estos últimos, esto no quita que en ambas categorías de negocios la base esencial del negocio, el elemento constitutivo esencial del mismo, esté precisamente en el consentimiento o acuerdo de las partes; y que, por tanto, consideramos desde este punto de vista tanto los negocios de contenido patrimonial como los de contenido no patrimonial, pueden muy bien incluirse en la categoría general del contrato, entendida la palabra contrato en su más amplio y tradicional significado.-

Por otra parte, no se puede ni siquiera decir que la autonomía privada está suprimida en el contrato de matrimonio, ya que las partes son libres de contraer o no contraer matrimonio.-

Tampoco ayuda el observar que al contrato de matri-

monio no se pueden oponer términos o condiciones y que el matrimonio no se puede disolver por mutuo consentimiento.

5.- Societad Conyugal
Pero sucede que a la luz del derecho positivo colombiano el matrimonio es un contrato formal o solemne por que debe ser celebrado en la forma prescrita por la ley - ad substantian actus. Es un contrato puro, es decir, un contrato que no puede ser sometido ni a condición ni a término. Si a pesar de todo el matrimonio se celebra, el término y la condición se tienen por no puestas.

Como conclusión debemos observar que el matrimonio es un contrato de derecho familiar perfectamente distinto de todos los otros contratos de carácter patrimonial. Este, por lo que se refiere a sus condiciones de existencia y de validez y particularmente la capacidad de los contratantes, los socios del consentimiento, la forma y los efectos, tiene una regulación jurídica propia perfectamente distinta de la de todos los demás contratos.

De acuerdo con los artículos 113, 176 y 185

III.- EFFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO

III.1.- CONCEPTO

Se entiende por efectos del matrimonio las consecuencias que se derivan de él con respecto a las personas de los cónyuges y sus bienes, y respecto de sus hijos y de sus bienes. Por consiguiente dichos efectos son:

- 1.- Las obligaciones recíprocas que contraen los esposos.
- 2.- La Potestad Marital.
- 3.- Potestad Paterna y obligaciones de los

- padres para con los hijos y viceversa.
- 4.- Patria Potestad.
 - 5.- Sociedad Conyugal
 - 5.1.- Bienes que la forman y el pasivo.
 - 5.2.- Administración.

Nos limitaremos a exponer los temas tratados en los cuatro primeros numerales por ser los que más se relacionan con el fin que nos proponemos. Es bueno -- anotar que anteriormente el matrimonio producía como efecto la incapacidad de la mujer para la vida civil, es decir, esta sufría una "capitis deminutio", pues el marido adquiría la facultad de administrar y disponer de los bienes propios de la mujer, con las limitaciones legales. Con la Ley 28 de 1.932 la mujer casada recobró la capacidad civil y por consiguiente asumió la libre administración de sus bienes.-

III.2.- OBLIGACIONES RECIPROCAS DE LOS ESPOSOS

De acuerdo con los artículos 113, 176 y 155 del Código, por el hecho del matrimonio los esposos contraen las siguientes obligaciones mutuas:

- 1.- La cohabitación
- 2.- La fidelidad
- 3.- El socorro
- 4.- La ayuda

Desarrollo de estos efectos:

III.2.1.- LA COHABITACION

La cohabitación, o la vida en común, aparece inicialmente prevista en la misma defini--

ción del matrimonio cuando dice el artículo 113 del Código Civil: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".-

Como consecuencia de la obligación de cohabitar el artículo 178 del Código Civil decía: "El marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y seguirle a dónde quiera que traslade su residencia."-

Cesa este derecho cuando su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer. La mujer por su parte tiene derecho a que el marido la reciba en su casa".- Como se ve el marido, de acuerdo con este artículo, era quien fijaba la residencia de la mujer, salvo peligro inminente de la vida de la mujer.-

Este artículo fue sustituido por el Artículo 11 del Decreto 2620 de 1.974 en los siguientes términos: "salvo causa justificada los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos y cada uno de ellos tiene derecho a ser recibido en la casa del otro". Por el mencionado artículo se modificó sustancialmente el aspecto de las relaciones entre los esposos hasta el punto de que no sólo el marido tiene derecho a obligar a la mujer a vivir con él, sino que la mujer tiene derecho a obligar al marido a vivir con ella."-

Por otra parte cada uno de los cónyuges tiene derecho a ser recibido en la casa del otro. De lo anterior se desprende que se modificó sustancialmente el régimen del Código y por lo tanto el marido tiene derecho a que la mujer lo reciba en la casa."-

Como este es un derecho que surge de la calidad de

esposos, la ley faculta al cónyuge ofendido para solicitar el divorcio o la separación de cuerpos, según la clase de vínculo que los una.- 2341 del Código Civil.-

III.2.2.- LA FIDELIDAD

La fidelidad de acuerdo con el artículo 9 del Decreto 2820 de 1.974, que sustituyó el artículo 176 del Código Civil, los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.-

La obligación de guardarse fe, consiste en el deber de fidelidad.-

La violación de este deber consiste principalmente en las relaciones sexuales extramatrimoniales de los cónyuges.-

Anteriormente se consideraba que era solo el adulterio de la mujer que a parte de traición sexual, comprometía gravemente su reputación y causaba de esa manera un perjuicio a su marido (Jasserand).-

El honor conyugal tiene su raíz en la mencionada obligación conyugal de guardarse fe, la cual recae por igual sobre ambos cónyuges.- "La tendencia de radicar el honor conyugal solo en el marido - ha sostenido la Corte - procede, por lo menos en parte, del desnivel jurídico en que siempre ha vivido el hombre y la mujer. Así, se sancionaba solo a la cónyuge que faltaba a su marido....".-

Como veremos la infidelidad es causal de separación de cuerpos y de divorcio.-

También se ha sostenido podrá dar lugar a una acción

civil tendiente a la de obtener la reparación de los perjuicios, si estas se han causado con fundamento en el precepto general del artículo 2341 del Código Civil.-

También da lugar al divorcio o a la separación de cuerpos (Decreto 2820 y la. de 1.975).-

III.2.3.- EL SOCORRO

El socorro se basa en el artículo 12 del Decreto 2820 que sustituyó el artículo 179 del Código Civil cuando en su segundo inciso dice: "Los cónyuges deberán subvenir a las ordinarias necesidades domésticas, en proporción a sus facultades".-

La obligación de que se trata es la de atender a las necesidades de alimentos, vestuario, habitación.-

En caso de incumplimiento se puede hacer efectivo por medio de un juicio de alimentos instaurado contra el cónyuge infractor.- Por lo demás es causal de separación de cuerpos y de divorcio, y puede dar lugar a sanciones penales de acuerdo con la Ley 75 de 1.968, artículo 40.-

La abstención por parte del cónyuge deudor de socorrer al cónyuge acreedor, lo hace indigno de sucederlo.-

III.2.4.- LA AYUDA

La ayuda consiste en los cuidados personales que se deben los cónyuges, sobre todo en los casos de enfermedad y vejez.-

La ayuda tiene un carácter de obligación de hacer, mientras que el socorro lo tiene de obligación de dar.-

Es la obligación de carácter recíproco más importante.- Por lo tanto ya el marido no tiene el derecho a fi-

El cónyuge que se sustraiga a esta obligación de asis

tencia moral debida al otro cónyuge se hace acreedor a la pena de seis meses a dos años de arresto y multa de mil a cincuenta mil pesos (Ley 75 de 1.968, artículo 40).-

También daría lugar al divorcio o a la separación de cuerpos (Decreto 2820 de 1.974 y Ley 1a. de 1.976).-

IV.- POTESTAD MARITAL

De acuerdo con el artículo 177 del Código la potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes concedían al marido sobre la persona y bienes de la mujer.

En realidad la potestad marital como institución desapareció. Ya desde la Ley 28 de 1.932 el marido fue despojado de los derechos que tenía sobre la mujer; ante todo en relación con los bienes de la esposa.

El Decreto 2820 de 1.974, que varias veces hemos citado, dió el golpe definitivo a la potestad marital, no solo porque sustituyó el artículo 177 que la establecía, sino que reguló las materias que ella comprendía.

En efecto el artículo 10 del Decreto 2820 de 1.974 dispuso: El artículo 177 del Código Civil quedará así:

"El marido y la mujer tienen conjuntamente la dirección del hogar.

Dicha dirección estará a cargo de uno de los cónyuges cuando el otro no la pueda ejercer o falte. En caso de desacuerdo se recurrirá al Juez o al funcionario que la ley designe".

El artículo 178 del Código Civil fue sustituido también. Por lo tanto ya el marido no tiene el derecho a fi-

jar la residencia de la mujer, sino que la residencia del hogar la fijará el marido y la mujer en común acuerdo.-

De la potestad paterna surgen derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, los cuales se han regulado en el artículo 263 del Código Civil.-

V.1.- POTESTAD PATERNA

La filiación como fuente del parentesco, da origen a derechos y obligaciones, de carácter recíproco, entre los padres y los hijos, derechos y obligaciones que se proyectan tanto en el campo personal como en el patrimonial.-

En nuestra legislación se reglamentan separadamente en títulos distintos "los derechos y las obligaciones entre los padres y los hijos" y "la patria potestad".-

Los derechos sobre la crianza, educación, corrección de los hijos, que eran en el derecho antiguo romano la manifestación más eficiente de la "patria potestad", pasaron a constituir lo que podría llamarse "la autoridad paterna" o "potestad paterna" los demás, los de carácter puramente patrimonial, constituían la patria potestad propiamente tal.-

No todos los autores están de acuerdo en esta distinción y antes bien dicen que la expresión patria potestad se aplica mejor a la potestad sobre la persona y que los derechos del padre sobre los bienes del hijo son una consecuencia de los derechos que tienen sobre su persona.-

Hoy de acuerdo con la Ley 45 de 1.936 y la Ley 75 de 1.968 se desvirtúa el contenido eminentemente patrimonial del concepto de patria potestad.-

DE LA EDUCACION

V.1.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PADRES PARA CON
de ellos.-

LOS HIJOS

De la potestad paterna surgen derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, los cuales se hallan reglados en el título XII del libro 1o. del Código Civil.-

Estos derechos se reducen a los siguientes:

V.1.1.- CUIDADO PERSONAL DE LA CRIANZA

Comprende todo lo tocante a su vida material. El artículo 253 del Código Civil estipula: "toda de consuno a los padres o padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos". De acuerdo con el artículo 20 del Decreto 2820 y el artículo 3o. del Decreto 772 de 1.975 que constituyeron el artículo 261 del Código da derecho a las personas que asistan al hijo a que reclamen al padre, pero deben dar aviso oportuno de ello, los suministros que le hagan.-

En caso de inhabilidad física o moral de los padres el juez puede confiar el cuidado de los hijos a los consanguíneos mas próximos y, sobre todo a los ascendientes legítimos (artículos 254, 255).- Si cesaren las causas podrá reformar la disposición o si sobreviniese motivo justo. (artículo 259).-

V.1.4.- La crianza implica la manutención, los padres deben alimentos congruos a los hijos.-

V.1.2.- CUIDADO PERSONAL DE LA EDUCACION

También corresponde de consuno a los padres o al sobreviviente en caso de que faltare alguno de ellos.-

El artículo 23 del Decreto 2820 de 1.974 que sustituyó el artículo 264 es claro sobre el particular: "los padres, de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, de modo que crean más conveniente para éstos; así mismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento". (D.772/75, Art.4).

El mínimo de instrucción que los padres debieran suministrar al hijo sería la enseñanza primaria o de alguna profesión u oficio, todo lo cual persigue que el hijo adquiera la aptitud mínima necesaria para vivir en sociedad.-

VII.1.- DEFINICION

V.1.3.- CORRECCION Y CASTIGO DEL HIJO

El artículo 262, que fué sustituido por el artículo 21 del Decreto 2420 de 1.974, autoriza a los padres o a la persona encargada del cuidado personal de los hijos, para vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente.-

Se suprimió lo referente a la imposición de pena de detención hasta por un mes solicitada al juez, quien expedía la orden de arresto.-

La patria potestad se ejerce conjuntamente al padre y la madre. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.

V.1.4.- EL DERECHO A ELEGIR ESTADO O PROFESION FUTURA DEL HIJO

Se abolió al sustituir el artículo 264 del Código Civil por el artículo 23 del Decreto -- que nada dijo sobre el particular.-

VI.- CESACION DE LA AUTORIDAD PATERNA

Son dos las causas:

- a) Imposibilidad física.
- b) Inhabilidad moral.

Imposibilidad física: la demencia y la enfermedad contagiosa.-

La inhabilidad moral: implica el abandono moral y el peligro físico y moral del hijo.-

VII.- PATRIA POTESTAD

VII.1.- DEFINICION

Se describe la patria potestad diciendo -- que es el conjunto de Derechos que la ley confiere al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores no emancipados, con el fin de asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumbe en lo que concierne al sostenimiento y a la educación de dichos hijos.-

VII.2.- QUIEN LA EJERCE

La patria potestad la ejercen conjuntamente el padre y la madre. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. (Art. 24 del Decreto 2620 que modificó el artículo 288 del Código y el 19 de la Ley 75 de 1.968).

VII.3.- CARACTERISTICAS

A la naturaleza de la patria potestad pertenecen las siguientes características:

a) ES IRRENUNCIABLE.- Se trata de una función de orden natural y por lo tanto no se puede renunciar ya que de ella surgen obligaciones y derechos entre padres e hijos.

b) ES DE ORDEN PUBLICO.- Por cuanto es base de la familia y es parte integrante de las personas.

c) ES IMPRESCRIPTIBLE.- La falta de su ejercicio por parte de los padres no la extingue. Lo más que podría solicitarse sería la suspensión o privación por su inobservancia.

d) ES INTRANSMISIBLE.- La naturaleza misma de los derechos anexos a ella se hace intransmisible. -- Otra cosa es que se valgan los padres de un tercero para defender los derechos del hijo.

e) SU EJERCICIO HOY CORRESPONDE POR DEFINICION A AMBOS PADRES.- Los abuelos no gozan de la patria potestad sobre sus nietos.

f) ES TEMPORAL.- El ejercicio de la patria potestad está sometido, en cuanto al término de duración:

- 1) A la vida del padre o de la madre,
- 2) A la emancipación del hijo y
- 3) Por excepción a una decisión judicial.

VII.4.- SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD

Hoy como ya se dijo corresponde su ejercicio a ambos padres conjuntamente, o sea que ninguno de los dos tiene prelación sobre el otro. Esto por lo que se refiere a los hijos legítimos o sea a los nacidos dentro del matrimonio. También la legitimación del hijo na-

cido fuera del matrimonio da a los legitimantes la patria potestad sobre el menor y pone fin a la guarda en que se hallare.

VII.5.- ATRIBUTOS DE LA PATRIA POTESTAD

El ejercicio de la patria potestad confiere a sus titulares 3 atributos o derechos:

- 1) Derecho de usufructo
- 2) Derecho de administración
- 3) Derecho de representación

VII.5.1.- DEL USUFRUCTO O GOCE LEGAL

Los padres gozan del derecho de usufructo sobre los bienes del hijo desde el día del nacimiento hasta la emancipación y obedece a una compensación de los gastos que demanden la crianza, educación y establecimiento del hijo.-

El usufructo se extiende a todos los bienes del hijo y que se denomina el peculio adventicio ordinario del hijo.-

Se exceptúan:

- 1) Los bienes adquiridos por el hijo como fruto de su trabajo o industria.
- 2) Los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador haya prohibido el usufructo a los padres o haya excluido a uno de ellos en cuyo caso corresponderá al otro.
- 3) El de las herencias y legados que hayan pasado al hijo por indignidad o desheredamiento

de uno de sus padres, caso en el cual corresponderá única-
mente al otro. Los bienes sobre los cuales los padres no-
tienen el usufructo conforman el peculio adventicio extra-
ordinario. No pudiendo dirigirse así mismo, necesi-
ta un representante legal que los proteja y vele por su-
persona e intereses. La El usufructo de los padres sobre-

los bienes de los hijos puede terminarse en los siguientes-
casos: a) dos clases de actos:

- 1) Términación de la patria potes-
tad: ocurren comunmente, que-
son los actos extrajudiciales--
- 2) Resolución del derecho del cons-
tituyente cuando el bien es la
propiedad fiduciaria sobre un-
bien y llega el caso de la res-
titución: así, los actos judi-
ciales.
- 3) Confusión del usufructo. Cuan-
do el padre adquiere la propie-
dad del bien en usufructo.
- 4) Destrucción de la cosa que lo-
originó. Será ejercido con-
juntamente por el padre y el hijo. La sentencia no obsta
para que uno de los padres delegue por escrito al otro, to-
tal o parcialmente, dicha administración o representa-
ción.
- 5) Sentencia judicial
 - a) Por faltar el usufructuario
a sus obligaciones en mate-
ria grave.
 - b) Por haber causado daños a
la cosa fructuaria.

VII.5.2.- REPRESENTACION DEL HIJO DE FAMILIA

Salvo en lo referente al peculio-
profesional o industrial, respecto del cual se considera-

al hijo como mayor de edad, para los efectos de su administración éste suele ser representado por quienes ejercen la patria potestad, salvo que se encuentre bajo tutela o curaduría. No pudiendo dirigirse así mismo, necesita un representante legal que los proteja y vele por su persona e intereses. La representación legal de los padres de familia se manifiesta fundamentalmente con respecto a dos clases de actos:

1) Puramente administrativos y que ocurren comunemente, que son los actos extrajudiciales.

2) Los que son propios de la actividad jurídico procesal, vale decir, los actos judiciales.

VII.5.2.1.- LA REPRESENTACION EXTRAJUDICIAL DEL HIJO DE FAMILIA

Será ejercida conjuntamente por el padre y la madre. Lo anterior no obsta para que uno de los padres delegue por escrito al otro, total o parcialmente, dicha administración o representación.

Si uno de los padres falta corresponderá los mencionados derechos al otro. En la representación judicial hay que distinguir:

Si el caso de que se quiere intervenir contra el hijo no es necesario la inter-

1) Causas civiles
2) Causas criminales

3) Litigios entre pa-

trientes e hijos. En las causas civiles, el cual será preferentemente un abogado defensor de familia cuando exista en el respectivo municipio. En las causas civiles, hay a la vez que distinguir si interviene como actor o como demandado.

El hijo de familia - sólo puede comparecer en juicio como actor autorizado o representado por uno de sus padres. Si ambos niegan su consentimiento al hijo o si están inhabilitados para presentarlo o si autorizan sin representarlo, se aplicaran las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación de curador Ad-litem.

En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse a cualquiera de sus padres, para que lo represente en la litis. Si ninguno pudiera representarlo, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación de curador Ad-litem.

En las causas criminales, hay que distinguir también si se trata de actor o querellante o si es el enjuiciado.

En el caso de actor o querellante necesita la autorización de cualquiera de los padres puesto que la representación legal del hijo corresponde a cualquiera de ellos.

En caso de que se requiera intervenir contra el hijo no es necesario la inter-

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN

vención de los padres en caso de acción penal, pero estarán obligados a suministrarle los auxilios que necesite.

En los juicios entre padres e hijos, se datá al hijo un curador para la litis, el cual será preferentemente un abogado defensor de familia cuando exista en el respectivo municipio; y si obrase como actor será necesaria la autorización del juez.

La patria potestad - termina por las causales contempladas en el artículo 315- a la convención entre la Iglesia y el Estado por el cual

La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos.

La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos.

Los acuerdos que se han plasmado en las relaciones entre la Iglesia y el Estado han servido, en distintos casos, para resolver conflictos o para establecer un sistema de colaboración, para definir un estatuto jurídico de la Iglesia dentro del Estado o, para dar estabilidad a las relaciones entre el poder político y la autoridad eclesiástica.

En cada momento histórico, las circunstancias sociológicas y políticas en que se ha debatido el país, han condicionado las relaciones entre la Iglesia y el Estado; las que se han reflejado en los convenios celebrados entre estas dos entidades.

No obstante lo anterior, se ha solido utilizar la palabra "acuerdo" para designar a los pactos celebrados entre la Iglesia y el Estado.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

alguna cualquier tipo de convención entre la Iglesia y el Estado.

Capítulo Segundo

Algunos autores, sin embargo, prefieren reservar la palabra CONCORDATO al acuerdo orgánico, es decir, aquel que reúne las tres siguientes condiciones:

E. L. CONCORDATO

I.- NOCIONES GENERALES

Primera, en cuanto a los SUJETOS, - Con la denominación de CONCORDATO se conoce a la convención entre la Iglesia y el Estado por el cual se regulan sus relaciones acerca de las materias que interesan a ambas sociedades, en un pacto público y solemne.

Los acuerdos con que se han plasmado las relaciones entre la Iglesia y el Estado han servido, en distintos casos, para resolver conflictos o para establecer un sistema de colaboración, para definir un estatuto jurídico de la Iglesia dentro del Estado o, para dar estabilidad a las relaciones entre el poder político y la autoridad eclesiástica.

En cada momento histórico, las circunstancias sociológicas y políticas en que se ha debatido el país, han condicionado las relaciones entre la Iglesia y el Estado; las que se han reflejado en los convenios celebrados entre estas dos entidades.

No obstante la variedad de los acuerdos, se ha solido utilizar la palabra CONCORDATO para de-

reservados a la potestad civil como a lo eclesiástico, y
signar cualquier tipo de convención entre la Iglesia y el
Estado.

tales como las que regulan ante todo tópicos
como el ejercicio del Algunos autores, sin embargo, pre-
fieren reservar la palabra CONCORDATO para el acuerdo pro-
totipo, es decir, aquel que reúna las tres siguientes con-
diciones:

Primera, en cuanto a los SUJETOS, -
que sea celebrado entre la Santa Sede y las autoridades -
Supremas del Estado;

Segunda, en cuanto a la FORMA, que -
revista la solemnidad de un tratado internacional;

Tercera, en cuanto al CONTENIDO, -
que se establezcan las principales materias que pueden -
ser motivo de controversia o colaboración entre la Igle-
sia y el Estado.

Las convenciones a las que faltare-
cualquiera de los tres requisitos anotados - se dice - de-
ben recibir otros nombres, como los genéricos de acuerdos
o convenios.

En todos los concordatos se distin-
guen tres clases de estipulaciones, a saber: las que se -
refieren a la garantía de los derechos de la Iglesia; aq-
uellas por las cuales la Iglesia hace concesiones al Estado
en materia espiritual o íntimamente ligada a ésta, y en -
tercer lugar, aquellas que tratan lo tocante a derechos -
adventicios, adquiridos eventualmente, referentes a cosas -
temporales, derechos que la Iglesia puede renunciar o ena-
jenarlos.

Cuando se trata de asuntos que inte-
resan a la historia y for-
man parte práctica del derecho

resan tanto a la potestad civil como a la eclesiástica, y que son materia de concordato, reciben el nombre de materias mixtas; tales como las que regulan ante todo tópicos como el ejercicio del culto, enseñanza y educación religiosa, el matrimonio, instituciones de beneficencia, etc.

Para la aprobación de un concordato se necesitan, por decirlo así, cuatro etapas:

1.- Lo preparan comisiones nombradas por el Gobierno y por la Conferencia Episcopal, compuestas por peritos de ambas partes; obtienen la paz, la concordia entre las potestades; algunas de estas ya había algo de concordato. Algunos ven vestigios de los concordatos en las relaciones establecidas por la Iglesia con el Imperio Romano, cuando los perseguciones conseguida la paz, en el siglo IV.

2.- Lo discuten después delegados de la Iglesia y el Estado, quienes una vez concluido lo firman; en el fondo de los concordatos medievales - el primer acuerdo que recibió el nombre de concordato entre el papa Gelixto II y el emperador Enrique V para resolver el problema de la política-religiosa del dualismo de la sociedad o comunidad humana política y religiosa, la creación de una autoridad o jerarquía: la eclesiástica y la secular.

3.- Pasa a las Cámaras legislativas para que lo aprueben en todos sus artículos, o lo rechacen totalmente; las discrepancias se resuelven por el canje de ratificaciones entre el Papa y el Presidente de la República, y es esto lo que pone en vigencia y obliga en definitiva a las partes firmantes, Estado e Iglesia.

4.- Aprobado por las Cámaras y hecho ley de la República viene el canje de ratificaciones entre el Papa y el Presidente de la República, y es esto lo que pone en vigencia y obliga en definitiva a las partes firmantes, Estado e Iglesia.

CONSIDERACIONES HISTÓRICAS
I. 1.- Sería demasiado dispendioso y de muy poca utilidad práctica el dedicarse a exponer la historia y forma

cómo se han pactado los acuerdos entre la comunidad política y la comunidad religiosa a través de los tiempos.

Pensemos es suficiente con algunas consideraciones genéricas.

Como se dice que su origen se debe al hecho de que, para poner término a una controversia, se buscaba la manera de obtener la paz, la concordia entre dos potestades; obtenidas estas ya había algo concordado. Algunos ven vestigios de los concordatos en las relaciones establecidas por la Iglesia con el Imperio Romano, cesadas las persecuciones y conseguida la paz, en el siglo IV.

En el fondo de los concordatos medievales - al parecer el primer acuerdo que recibió el nombre de concordato - suele considerarse el de Worms del año 1.122, estipulado entre el papa Calixto II y el emperador Enrique V para resolver el problema de las investiduras. Late la concepción político-religiosa del dualismo jurisdiccional. Existe una sola sociedad o comunidad humana, que es simultáneamente política y religiosa, la cristiandad, gobernada por dos autoridades o jerarquías: la estatal y la eclesiástica.

Las discrepancias se refieren al ámbito y a los límites de las respectivas competencias. Por eso los concordatos de esa época, así como los pactos de cualquier forma convenidos entre ambas partes responden a esa concepción y a esa temática.

Dos hechos históricos, uno religioso y otro político, aunque estrechamente ligados entre sí, van a influir decisivamente en las relaciones Iglesia-Estado a partir del siglo XVI: La Reforma protestante y la doctrina y práctica del absolutismo estatal.

La Revolución Francesa, y el Constitucionalismo condicionaron y dejaron su huella en los numerosos concordatos del siglo XIX. El primero de ellos, que influyó en muchos posteriores, fué el llamado Concordato Napoleónico, concluido el año 1.801. Los concordatos se generalizaron como sistema normal de relaciones entre la iglesia y los estados católicos e incluso con no católicos. A mediados del siglo XIX se destacan, por la amplitud de la materia y por su influjo en concordatos posteriores, el de España de 1.851 y el de Austria de 1.855. Ambos concordatos, junto con el napoleónico, influyeron no poco en los celebrados, durante la segunda mitad del siglo XIX, con numerosos países latinoamericanos, como Guatemala, Nicaragua, Venezuela, Ecuador y Colombia.

La Iglesia, desde el concordato de Worms en 1.122 hasta la fecha ha firmado alrededor de 180 concordatos, habiendo quedado rotos en 1.860 cuando el Gobierno otó sus

EN COLOMBIA

La historia concordataria entre el Gobierno de Colombia y la Santa Sede se remonta a la época cuando los reyes de España disfrutaban del derecho de patronato, y al producirse el descubrimiento de América, lograron que el papa Julio II, el 28 de julio de 1.508, expidiera la bula Universalis Ecclesiae, mediante la cual gozaban sobre las nuevas tierras de todos los privilegios del denominado patronato.

Este patronato real que normalizó las relaciones entre Roma y España, fue la causa de las discrepancias entre la emancipada República de Colombia y la Iglesia al reclamar para el Estado ese derecho, por medio de la ley del 22 de julio de 1.824; deseo que se había hecho palpable desde el Congreso de Angostura.

Es bueno aclarar que la Iglesia nunca reconoció en favor de la República el derecho de patronato, sino que guardó silencio.

Posteriormente la intromisión del Estado en los asuntos de la Iglesia y la ingerencia del clero en la política originaron la lucha religiosa, la separación de la Iglesia y el Estado, la expulsión de prelados y el inagente acervo de odios y de sangre que caracterizaron el siglo pasado y que sólo tuvieron atemperancia con el Concordato de 1.887.

La Constitución Política de la República de 1.886- reconoció la soberanía de la Iglesia y abrió camino para que el gobierno pudiera "celebrar convenios con la Santa Sede".

Las relaciones entre nuestro país y la Santa Sede habían quedado rotas en 1.860 cuando el Gobierno dio sus pasaportes a monseñor Ledochkowsky.

El primer Concordato entre Colombia y la Santa Sede se firmó el 31 de diciembre de 1.887 entre el cardenal Rampolla, como plenipotenciario del papa León XIII y el doctor Joaquín Fernando Vélez, como plenipotenciario del presidente Rafael Núñez. Fue aprobado por el Consejo Nacional Legislativo, mediante la ley 35 de 1.888.

En la minuta de inscripciones de 29 de abril de 1.887, en relación con el matrimonio se decía por parte de nuestro gobierno: "En materia de matrimonio debe tomarse por modelo el arreglo reciente hecho con España. El gobierno reconocerá, mediante registro, todo matrimonio celebrado conforme a los cánones; pero en cuanto a lo demás, se reserva el ejercicio de su soberanía."

Cinco años después de haberse canjeado las ratifi-

caciones del pacto concordatario el 20 de julio de 1.892 se firmó una "Convención adicional al Concordato", que trató sobre el registro Civil de las personas, fuera eclesiástico y cementerios, habiéndose aprobado el 21 de octubre de 1.892, mediante ley No. 34.

Como ante todo nos interesa es conocer el pensamiento y la actitud de la Iglesia especialmente en relación con el matrimonio luego de celebrado el primer concordato, a ello nos referiremos en el resto de este acápite.

Debemos anotar que antes del Concordato celebrado entre la Santa Sede y la República de Colombia, existía el matrimonio Civil claramente establecido, a la vez que el contrato canónico, ambos con efectos civiles y pudiendo los católicos acogerse a cualquiera de los dos.

El artículo 17 del concordato estableció el deber que tienen los que profesan la religión católica de contraer matrimonio de conformidad con el rito católico, es decir, de acuerdo a las disposiciones del Concilio de Trento, con plenos efectos civiles y terminando prácticamente con el antiguo matrimonio civil.

La parte pertinente del artículo 17 del Concordato, rezaba: "El matrimonio que deberán (subrayamos) celebrar todos los que profesan la religión católica producirá efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges, y sus descendientes, sólo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento".

Las dificultades creadas por la interpretación de la anterior norma dieron origen a la ley 54 de 1.924, llamada comúnmente "Ley Concha", por medio de la cual se dispuso "la duda" de si los que decían no pertenecer a la

religión católica, habiéndolo sido bautizados en ella, podrían celebrar matrimonio civil y qué prueba era menester aducir para determinar el hecho de no pertenecer a la religión católica.

La llamada "Ley Concha", que tardamente pero en buena hora desapareciera, limitaba la libertad de las personas que querían contraer matrimonio civil válido a no ser católicos, pues se exigía la declaración pública ante un Juez de haber apostatado de la fe católica; requerimiento que no sólo iba en contra de la libertad de conciencia, que según nuestra Constitución el Estado está en la obligación de garantizar, sino que además iba en contra de nuestra Carta fundamental, toda vez que para modificar o suprimir en parte el artículo 17 del Concordato debió haberse procedido de conformidad con los trámites previstos por la Constitución y el Derecho Internacional y no mediante una ley.

El nuevo Concordato de 1.973, aprobado por la ley 20 de 1.974 y que empezó a regir el 12 de julio de 1.975, derogó en su artículo XXX expresamente la ley 54 de 1924, y reasumió el Estado su soberanía para disponer en materia de matrimonio civil lo que juzgue más conveniente para el bien de la sociedad.

II.- NATURALEZA JURIDICA DEL CONCORDATO

El artículo 53 de la Constitución Política reza así:
"El gobierno podrá celebrar con la Santa Sede, con venios sujetos a la posterior aprobación del congreso para regular sobre bases de recíproca deferencia y mutuo respeto, las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica."

tólica".

Vemos como la Constitución autorizó expresamente al Gobierno para celebrar convenios con la Santa Sede a fin de arreglar las cuestiones pendientes y definir y establecer las relaciones entre la potestad civil y la eclesiástica.

Dentro del régimen Constitucional Colombiano, el Concordato tiene una fisonomía jurídica propia, diferente a la que caracteriza al común de los convenios o tratados internacionales previstos en el artículo 76 de la Constitución colombiana, la que igualmente facultó al Presidente de la República (Art. 120, ord. 20) para celebrar con potencias extranjeras tratados o convenios que se someterán a la aprobación del congreso los tratados, y los convenios serán aprobados por el Presidente en receso de las Cámaras, previo dictamen favorable de los Ministros y del Consejo de Estado.

Al referirnos al Concordato no hacemos alusión a un acuerdo celebrado entre dos Estados, sino entre el Estado Colombiano y la Santa Sede, que es dentro de la organización jerárquica de la Iglesia Católica, su cabeza o suprema dirección, y las relaciones que se regulan por medio de un concordato se adelantan, "sobre bases de recíproca deferencia y mutuo respeto", a diferencia de los demás tratados internacionales que se celebran "sobre bases de igualdad y reciprocidad", pero tanto en uno y en otro caso con la necesaria aprobación del Congreso por medio de una ley.

II.1.- EL CONCORDATO COMO TRATADO INTERNACIONAL

A la luz de la doctrina internacional se ha

dicho que el Concordato es un verdadero tratado público, por haberse concertado entre dos sujetos de derecho internacional y estar destinado a producir consecuencias jurídicas.

La doctrina sostiene que los concordatos contemporáneos son verdaderos tratados o convenios solemnes bilaterales, concluidos entre la Iglesia y el Estado como instituciones o sujetos autónomos e independientes, que se constituyen y actúan dentro de un ordenamiento jurídico exterior y común a ambos y que engendran una serie de derechos y obligaciones en las partes contratantes, que afectan tanto al ordenamiento jurídico canónico como al estatal.

Se acepta que el Concordato sea un tratado internacional, cabe preguntarse cuáles son sus efectos jurídicos inmediatos. Dicho más brevemente y con otras palabras: se considera que el concordato constituye un verdadero tratado internacional de carácter normativo.

Lo primero que hay que notar es que, no obstante la unidad de los concordatos, éstos presentan ciertas peculiaridades en relación con los tratados que suelen concluirse entre los Estados. Aquellos brotan, entre otras razones, de la misma naturaleza especial de uno de los sujetos, la Santa Sede; del hecho de afectar a personas que son simultáneamente miembros de ambas instituciones contratantes; de la misma naturaleza de la materia objeto del tratado; de la imposibilidad de acudir a una decisión arbitral, etc. Estas peculiaridades, se piensa, que no cambian la naturaleza misma del tratado, que puede seguir llamándose internacional.

Se ha discutido también entre los autores cuál sea el ordenamiento jurídico, externo a la Iglesia y al Estado, en el cual queda inserto el concordato. Algunos autores han defendido la existencia de un ordenamiento jurídico que es el que se refiere a las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

miento jurídico internacional, ya sea general y válido para todos los concordatos, ya sea particular para cada uno de ellos. atentes, por ejemplo: atribuir efectos civiles al matrimonio canónico.

Creemos que, dada la riqueza, variedad y amplitud del actual orden internacional, donde se integran los sujetos más variados, el Concordato, fundado en el derecho natural y de gentes, se inserta también, al menos en el actual momento histórico, en el ordenamiento jurídico internacional positivo.

III.- PROBLEMÁTICA DE LA INSTITUCIÓN CONCORDATARIA.

II.2.- EFECTOS JURIDICOS DEL CONCORDATO

El Concordato que había sido considerado - a partir sobre todo del finis de la primera guerra mundial - como un instrumento nuevo para la solución de los conflictos jurídicos inmediatos tanto en el ámbito internacional como en los ordenamientos internos de las partes contratantes.

Lo primero que hay que notar es que, no obstante la unidad institucional del Concordato, sus cláusulas son muy variadas y están destinadas, ya por su propia naturaleza, a producir diversos efectos.

Pueden considerarse dos tipos fundamentales de cláusulas concordatarias: las contractuales y las normativas.

Las cláusulas contractuales crean, en las partes una obligación jurídica de atenerse a lo pactado, con el correspondiente derecho subjetivo a exigir su cumplimiento. Tales son, por ejemplo, las cláusulas que estipulan prestaciones por una u otra parte, o las que imponen la obligación de concluir un nuevo acuerdo o de legislar en una forma determinada.

Las cláusulas normativas son aquellas que -

establecen unas normas objetivas de derecho, válidas y aplicables en los ordenamientos jurídicos de ambas partes contratantes, por ejemplo: atribuir efectos civiles al matrimonio canónico.

No hay duda de que el Concordato, como convención jurídica internacional, engendra, en ese orden, obligaciones para ambas partes y los correspondientes derechos subjetivos.

III.- PROBLEMATICA DE LA INSTITUCION CONCORDATARIA.

El Concordato que había sido considerado - a partir sobre todo del final de la primera guerra mundial, cuando se inicia la llamada "nueva era de los concordatos" - como un instrumento idóneo e incluso conveniente para regular las relaciones entre el Estado y la Iglesia, es hoy objeto de frecuentes impugnaciones. Los ataques en muchas ocasiones, se dirigen no sólo contra algún concordato particular que no se ajusta a las condiciones del momento, sino también contra la misma institución concordataria.

Para algunos tratadistas el Concordato es una institución del pasado, más o menos disculpable, pero sin sentido ni razón de ser en el momento actual. El Concordato pertenecería a la historia, a épocas hoy superadas en las que las relaciones Estado-Iglesia se planteaban como lucha, colaboración o compromiso entre poderes o entre instituciones fuertemente jerarquizadas - "sociedades jurídicamente perfectas" - de cierta homogeneidad. El Estado para poner fin a un litigio o tensión, para buscar una colaboración o para concederle mutuamente - al margen a veces de la voluntad y de-

los verdaderos intereses de los fieles y los ciudadanos - a
yuda, privilegios y protección. Pero hoy carecería de senti-
do un concordato en un Estado moderno, justo, representati-
vo y democrático y en una Iglesia verdaderamente espiritual
que, renunciando al poder y a los beneficios y privilegios
temporales, se constituya en auténtica comunidad espiritual.

La idea de que el concordato no constituye el instru-
mento idóneo, y ni siquiera conveniente - a no ser como mal-
menor tolerable en ciertas circunstancias - para regular --
las relaciones entre el Estado y la Iglesia, era ya susten-
tada, inclusive, por varios canonistas y iuspublicistas bas-
tante tradicionales.

Para los nuevos impugnadores del concordato, la sepa-
ración entre el Estado y la Iglesia debe ser absoluta y to-
tal, sin que pueda darse entre ellos un acuerdo jurídico y
vinculante. Ambas realidades son de naturaleza distinta y
se mueven en planos diversos. Un Estado desacralizado y de-
mocrático no debe intervenir en la vida de la comunidad re-
ligiosa, sino que se debe limitar a reconocer plenamente, y
hasta sus últimas consecuencias, el derecho a la libertad
religiosa no menos que cualquier otro derecho fundamental
del hombre.

Los que actualmente rechazan la misma institución con
cordataria, es decir, cualquier tipo de acuerdos entre el
Estado y la Iglesia, lo hacen fundamentalmente, apoyados en
una de estas tres razones:

1a.- Los concordatos repugnan a la misma naturaleza -
del Estado y de la Iglesia;

2a.- Los concordatos se basan sobre unos presupuestos
sociológicos, políticos y eclesiológicos que hoy no se dan.

y que, por otra parte, conducen necesariamente a una situación injusta;

3a.- Los concordatos son inútiles ya que sus objetivos legítimos pueden obtenerse mejor por otros medios más justos e idóneos.

Antes de continuar adelante la exposición sobre la problemática de la institución concordataria, sin entrar en un estudio pormenorizado por no ser el tema fundamental que nos hemos propuesto, consideramos necesario tener un concepto claro sobre el Estado, la Iglesia y hacer una distinción de la misión encomendada a cada una de éstas, por que se trata de dos sociedades diversas en razón de su naturaleza, de su fin, de su competencia, de su origen y su poder. Al final presentaremos una síntesis de las complicaciones y dificultades que nacen del concordato y que nuestro gobierno está en la obligación de dilucidar de una vez por todas, sin otra mira que el bien del pueblo colombiano.

III.1.- EL ESTADO

Nación: Es el pueblo con tradiciones, fines y propositos comunes.

Se ha considerado como un elemento previo a la existencia del Estado, por su enorme importancia. Otros la consideran como elemento, el más importante del Estado.

Estado: Nación organizada jurídicamente en un territorio.

Desde hace varios siglos se nos viene transmitiendo una serie de doctrinas relativas al Estado. Ya como estructura ideal, o como mero agregado social, ya como significación dogmático-religiosa, o como concreto acontecer

histórico; ya como comunidad política, o como fuente y manifestación del poder de esa comunidad, el Estado ha sido desde entonces y sigue siendo hasta ahora, el objeto de incesantes investigaciones sin que, como objeto, haya podido ser aprehendido y conceptuado de un modo uniforme.

La historia del Estado se confunde con la historia de los cambios sociales, económicos y en general de las alteraciones de toda índole del contexto humano. Estas variaciones o cambios son promovidos algunas veces conscientemente por el hombre tras la búsqueda de mejores soluciones a sus necesidades e intereses.

Tocante a la consideración de Estado desde el punto de vista jurídico, Jellinek sostiene que la idea de corporación es la más adecuada para definir la esencia de aquel.

Jurídicamente conceptuando, el Estado es, pues, "la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio". Esta es solo una forma sintética para expresar científicamente las relaciones de la unidad de asociación y su enlace con el orden jurídico.

No obstante, la concepción jurídica descubre, según Jellinek, que a la idea de Estado corresponde un sustrato real. Y este sustrato real reside en el hecho histórico y natural de un pueblo asentado permanentemente en un determinado territorio y subordinado a un poder de dominación. La referencia de este sustrato a la unidad jurídica, confiere al Estado personalidad, es decir, capacidad para ser sujeto de Derecho.

El fin del Estado es el bien común.

El bien común es el conjunto de condiciones sociales requeridas para que cada miembro de la sociedad mediante un razonable esfuerzo propio, pueda desarrollar una vida humana digna.

Esto incluye varios elementos:

- a - Condiciones sociales externas
 - Paz
 - Seguridad
 - Libertades sociales
 - Espirituales: moralidad, cultura, educación.
 - Corporales: salud, alimentación.
 - Materiales: Servicios públicos, riqueza industrial y agrícola.
- b - Bienes
- c - Justa distribución de los bienes anteriores.
- d - Adecuado orden social (personalizante).

El bienestar social tiene exigencias relacionadas con lo individual y con lo colectivo que deben ser satisfechas, pero que por su naturaleza, las dificultades que presentan, no pueden ser llenadas por la actividad privada, ya sea total o parcialmente. Por eso, el Gobierno debe para realizar su fin de promover el bienestar común intervenir en las esferas de la vida nacional que así lo exijan.

Hoy en día, nadie discute el hecho y la bondad de la intervención, pero por lo general como postura no científica sino partidista. De hecho todos los gobiernos del mundo sin excepción, son en mayor o menor grado intervencionistas.

Encontramos tres clases de intervención:

Autocrática: So pretexto de cumplir funciones de servicio social conlleva un crecimiento exagerado del aparato estatal que llega a ser una formidable máquina del poder, el cual encierra graves peligros para la libertad al ser puesto al servicio de ideologías o grupos totalitarios. (Nótese que no nos referimos al partido conservador colombiano).

Conservadora: Se orienta exclusivamente hacia el desarrollo económico pero manteniendo invariablemente los esquemas de distribución de la propiedad y del ingreso. Es reaccionaria esta forma de intervención, llamada a mantener privilegios y desigualdades existentes, en favor de las clases poseedoras de la riqueza que, generalmente, tienen en sus manos el control del Estado que lo ejercen.

Social: Se orienta a la reforma de estructura teniendo como metas inseparables el desarrollo económico y la justicia social: en esta concepción el desarrollo económico no significa nada si él consiste en aumentar indefinidamente los ingresos de los grupos privilegiados. Parte de la base de que el anillo de hierro del atraso social: "INGRESOS INSUFICIENTES POR INSUFICIENTE PROPIEDAD" se debe romper a favor de las clases pobres mediante una acción encaminada a facilitar el acceso de la mayoría a la

propiedad de los bienes de producción.
La realidad estatal se nos hace patente, casi tangible, a través de las infinitas circunstancias de nuestra vida.

III.2.- LA IGLESIA

En cuanto es una entidad jurídicamente organizada, se concibe como una sociedad de derecho público, originaria e independiente, dotada de subjetividad pública y Iglesia: Organización de individuos cuya meta es la realización ética y espiritual del destino humano individual. La Iglesia es una sociedad independiente, totalmente autónoma, por lo que goza de plena libertad de organización.

"No es la Iglesia - decía León XIII - una agrupación casual de cristianos, sino una sociedad constituida por Dios con admirable equilibrio cuyo fin directo e inmediato es la paz y la santificación de las almas. Y como, por divina disposición, la Iglesia posee todos los medios necesarios para estos fines, tiene leyes propias, obligaciones peculiares y un método y sistema determinados, de acuerdo con su naturaleza, para gobernar a los pueblos cristianos".

Según la doctrina católica la Iglesia es, a la vez, comunidad externa - sociedad visible - y realidad interna. La Iglesia terrestre y la Iglesia dotada de bienes espirituales, no han de considerarse como dos cosas, porque forma una única realidad compleja, constituida por un elemento humano y otro divino.

Se dice que el elemento externo es el conjunto de hombres bautizados, unidos en la comunidad cristiana y constituidos en sociedad presidida por sus legítimos pastores. De allí resulta que la Iglesia sea una colectividad organizada jurídicamente, que se dirige a realizar sus propios fines, también con medios y actividades externas.

Siendo la Iglesia una sociedad perfecta en su orden (al espiritual), posee aquellas realidades de poder, orgánicas y jurídicas que son propias de un ente societario complejo.

En cuanto es una entidad jurídicamente organizada, la Iglesia aparece como una sociedad de Derecho público, originaria e independiente, dotada de subjetividad pública y privada.

10.- La Iglesia es una sociedad independiente, totalmente autónoma, por lo que goza de plena libertad de organizarse y de desarrollar sus actividades, sin vínculos de dependencia respecto de otra agrupación social o estructura de poder. Cualquier intento de sujeción constituye, respecto de la Iglesia, una violación de sus derechos. Se dice que la Iglesia es soberana.

20.- Es también una formación social originaria; lo que quiere decir que no ha surgido ni vive dentro - como parte o estructura - de otra formación social previa. No es parte ni derivación de otra y, en consecuencia, su misión y su gobierno no derivan ni están en dependencia de otra sociedad.

30.- Todo ello se funda en : a) la autonomía de sus fines, que no son secundarios ni preordenados con respecto a los fines perseguidos por cualquier otra institución; b) la suficiencia en sí de los medios utilizados para alcanzar esos fines.

40.- Como consecuencia podemos señalar la imposibilidad de que sus poderes puedan ser sustituidos por cualquiera otra institución y su facultad de determinar la propia competencia dentro de los límites marcados por su estatuto fundacional.

En suma, la Iglesia es una sociedad autónoma e independiente. De acuerdo con la teoría general del Derecho es calificable de ordenamiento jurídico primario. lo -

Para finalizar debemos decir que la Iglesia no tiene ni puede tener fines políticos, económicos o sociales, los cuales pertenecen por propio derecho a la sociedad civil y a las organizaciones políticas. La Iglesia no se debe confundir en modo alguno con la comunidad política; la comunidad política y la Iglesia son independientes y autónomas, cada una en su propio terreno.

III.3.- RELACIONES ENTRE LA IGLESIA Y EL ESTADO

Todas las religiones se han presentado como hechos sociales, como fenómenos de grupo, como realidades asociativas, marcadas al exterior por un relieve comunitario; y, lo que es más, todas ellas han incidido sobre los restantes aspectos - culturales, económicos, políticos, etc. - de la vida humana, condicionándolos e influyéndolos decisivamente.

Hasta tal punto es así, que resulta habitual la utilización de adjetivos de contenido religioso para calificar y definir a las grandes culturas históricas y a las grandes realidades geopolíticas: el mundo musulmán, el pueblo judío, la cultura hindú, deben su razón de ser a la adhesión a determinados credos religiosos. A su vez el cristianismo se nos aparece así como el núcleo central tipificador de la civilización occidental. Existen una literatura, una arquitectura, una filosofía, un derecho, una sociología, una estética, etc., cristianas.

Y no ha de sorprendernos el constatar esta realidad. Ningún quehacer humano puede ser ajeno a una valga

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

ración ética y consecuentemente jurídica, puesto que en todos ellos hay un servicio o una ofensa a la justicia, lo que obliga a que el hombre posea una noción de qué es la justicia, de qué es justo y qué es injusto.

El papel histórico de las diversas religiones en el orden jurídico y político ha sido, precisamente, el de suministrar a los hombres un concepto de justicia. Los fenómenos religiosos, en la amplia gama de sus formas históricas, poseen por tanto una influencia de primer orden sobre el mundo de lo jurídico; siendo, en fin, imposible un verdadero planteamiento científico del estudio de las realidades de la vida jurídica sin un adecuado conocimiento del concreto fenómeno religioso que las inspira; lo que por otra parte no puede decirse menos de las restantes ciencias que estudian los esenciales aspectos de la actividad del hombre en cuanto animal político o, si queremos modernizar a Aristóteles, en cuanto ente social. Lo cual puede ser un hecho positivo o negativo, pero es un hecho.

Hoy, como consecuencia del pluralismo religioso - las naciones no están ya, en su mayoría, constituidas por gentes de una, sino de varias religiones - les va siendo cada vez más difícil a los Estados el inspirarse en la doctrina de una religión determinada. De ahí que se debe tratar de encontrar una base ética común a ciudadanos de muy diferentes credos e ideologías, que permita la imprescindible inspiración ética del Derecho.

Las anteriores consideraciones las estimamos de sumo valor al hablar de las relaciones entre el Estado y la Iglesia, que tienen al Concordato como su más frecuente instrumento técnico.

Estado e Iglesia, comunidad política y comunidad religiosa, están al servicio de un mismo e idéntico-

sujeto: EL HOMBRE. Ambas han de servir, cada una desde su esfera de competencia y mediante su poder, a la persona humana. Lo anterior exige una colaboración armoniosa que respete escrupulosamente los fines y la acción de cada una de ambas sociedades sin intromisiones perturbadoras. De aquí que no es admisible confundirlas mezclando indiscriminadamente actividades y jurisdicciones.

El Estado tiene una esfera de acción, una competencia, al servicio del hombre, que le es propia y exclusiva y que, por consiguiente, exige la máxima independencia y respeto.

El Estado debe reconocer y garantizar la libertad y autonomía de la Iglesia en su organización y en el ejercicio de sus funciones propias.

La Iglesia, por su parte, debe renunciar a toda forma de privilegio dentro de la comunidad política ya que, además de constituir un instrumento o medio inadecuado para el ejercicio de sus funciones propias, empañaría su testimonio ante los hombres y dificulta su labor espiritual.

Cosa distinta de los privilegios pueden ser unos estatutos particulares, no privilegiados, en los que se especifiquen y concreten los principios de libertad y autonomía de la Iglesia. Estatutos que, como es lógico, podrían concederse también - en función de su propia naturaleza y legítimas aspiraciones - a los otros grupos religiosos que lo deseen.

III.4.- VALOR DEL CONCORDATO

El Concordato - como tratado y como norma-

necesita ser interpretado.

La interpretación del Concordato puede ser doctrinal o auténtica. Y esta última, a su vez, unilateral o bilateral.

Para la interpretación doctrinal valen los mismos principios generales aplicables a la de cualquier tratado o convenio.

La interpretación auténtica es unilateral cuando se hace separadamente por las autoridades competentes - administrativas y judiciales - de cada una de las partes y se impone, con carácter obligatorio a los órganos subalternos, a los funcionarios y a los súbditos o miembros del Estado o de la Iglesia. Pero sucede que la interpretación unilateral no es definitiva ni vinculante para la otra parte.

Dada la naturaleza contractual del Concordato, éste no puede cesar legítimamente por la voluntad de una sola de las partes. Así lo exigen el derecho natural y el derecho de gentes que fundamentan en el principio "pacta sunt servanda" toda la vida internacional y el valor de los tratados.

La denuncia unilateral sólo es legítima cuando está expresamente prevista en el Concordato o cuando tenga aplicación la cláusula "rebus sic stantibus". Fuera de estos casos, lo único que cabe es la petición a la otra parte de proceder, de común acuerdo, a la revisión, cambio o extinción del convenio.

Así, pues, ni la denuncia unilateral, ni el incumplimiento o violación del Concordato, libera a la parte que así procede de las obligaciones contraídas ni -

es causa de cesación del Concordato. La doctrina internacionalista está conforme en admitir que la parte inocente podría elegir entre mantener el Concordato, exigiendo su cumplimiento, aunque tal vez resulte ineficaz, o denunciarlo, quedando desvinculada de las obligaciones contraídas.

Decíamos que al Concordato puede aplicarse la cláusula "rebus sic stantibus". Cualquier tratado, aunque tenga carácter indefinido, se estipula en función de un determinado estado de cosas. Puede suceder perfectamente que una alteración profunda de las circunstancias que dieron base al tratado, convierta en inútiles, perjudiciales e incluso injustos acuerdos y normas que, en su origen, eran justos y convenientes. Por eso se estima que el acuerdo sigue teniendo sentido y validez sólo "rebus sic stantibus", es decir, mientras permanecen sustancialmente inalterables las circunstancias y condiciones del momento en que se elaboró el tratado.

Ahora bien, es bueno considerar la validez en el tiempo de las normas concordatarias. Al extinguirse el Concordato, las Altas Partes contratantes quedan libres para regular de acuerdo con la Constitución y los procedimientos legales - las materias que fueron objeto del acuerdo.

Se plantea el problema de si la norma concordada puede sobrevivir al acuerdo que la engendró.

Ante todo es necesario distinguir entre las cláusulas contractuales y las normativas, ya que, no obstante la unidad institucional del Concordato, producen efectos jurídicos diferentes.

Las cláusulas contractuales dejan de obli

gar al desaparecer el Concordato. Las que ya han sido cumplidas son firmes desde el momento de su ejecución, como, por ejemplo, las donaciones hechas por el Estado o la renuncia de la Iglesia a unos determinados bienes.

En cuanto a las cláusulas normativas, los defensores de la teoría dualista sostienen que al extinguirse el Concordato también sus efectos inmediatos, es decir, la obligación subjetiva, de las partes de atenerse a los convenios; no cesan automáticamente aquellas normas que, en cumplimiento del compromiso contraído, han dictado tanto la Iglesia como el Estado.

IV. - CONCORDATO En relación con el valor del Concordato -- es bueno recabar en que éste no tiene un valor absoluto, sino puramente instrumental. Es más presupone, como toda norma jurídica, una radical imperfección y limitación humana tanto en la Iglesia como en la comunidad política, sin que por ello se pueda decir que sea un mal menor.

El Concordato como toda norma y como toda convención jurídica, su valor no puede medirse sólo por su adecuación a unos principios ideales, sino también por su capacidad para resolver -- dentro de la justicia -- una situación real y concreta.

El Estado colombiano y la Santa Sede, mediante un cambio de notas, pactaron una revisión o renegociación en diez años del Concordato suscrito el 12 de julio de 1.973.

Lo anterior significa que próximamente el Gobierno colombiano deberá realizar un examen minucioso sobre la utilidad real del Concordato suscrito con la Santa Sede; que entre otras cosas nunca ha sido necesario pa...

ra resolver problemas entre la Iglesia y el Estado. Además, podría llegarse en estos tiempos a una plena madurez en el orden religioso y en el orden civil, que indicara que el Concordato es al menos una norma superflua en el futuro. Mas los católicos, sustancialmente convencidos de sus obligaciones, las podrían cumplir sin necesidad de pacto expreso, de acuerdo con su credo y con las disposiciones canónicas; a su vez el Estado tendrá que amoldar sus leyes y preceptos a la realidad que vive el país, deberá legislar teniendo en cuenta la conciencia social y comunitaria, el hecho histórico.

Hegras las anteriores consideraciones, resulta que -
IV.- CONCORDATO Y SOBERANIA NACIONAL

La soberanía, denominada algunas veces potestad, poder, etc., es la facultad que tiene el Estado para ejercer sus atributos de persona jurídica coercitivamente, mediante los trámites que él mismo se ha impuesto.

El concepto de soberanía adquirió plena vigencia durante la época del absolutismo y ha sido en la actualidad muy debatido por los tratadistas, por cuanto siempre toca con la concepción política que cada uno de ellos tiene.

Hay tratadistas que definen la soberanía diciendo -- que "es la propiedad del poder de un Estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente a sí mismo".

De todas maneras, la soberanía comporta en el Estado la facultad que tiene éste para darse sus propias e independientes determinaciones sin necesidad de someterse a ninguna otra autoridad.

La soberanía tiene como elementos constitutivos: La-

supremacía y la independencia.

La supremacía consiste en la facultad de organizarse, indicar sus determinaciones, tomarlas efectivamente, sin que haya organización válida internamente que lo contradiga.

La independencia hace relación a los demás Estados y comporta la facultad de tomar sus determinaciones en el orden interno y externo sin supeditación a ningún otro Estado.

Hechas las anteriores consideraciones, resulta que en los países donde el Estado mantiene relaciones con la Santa Sede se observa una colisión de competencias entre los dos poderes. "La Iglesia - decía Rousseau - constituye un segundo gobierno sobre la misma comunidad, lo cual trae dificultades, intranquilidad y problemas".

Corresponde al Estado como poder supremo proveer primordialmente a la tutela de los intereses de sus gobernados, sin que por ejercer este derecho - sin otras consideraciones - se lo pueda tildar de tiránico o despótico.

En Colombia es notoria la influencia de la Iglesia Católica en la vida social y política de la nación. Se ha institucionalizado como un factor real de poder. A su vez, debemos reconocer que por parte de nuestros gobernantes se ha tratado de colocar a la Iglesia al servicio de unos intereses políticos a cambio de una protección, una ayuda material y unos privilegios temporales. Un Estado que pretende utilizar a la Iglesia para sus fines políticos y una Iglesia con apetencias temporales, que se deja instrumentalizar por el Estado, pueden acudir al Concordato, como a cualquier otro medio, para la consecución de sus objetivos.

Frente al desenvolvimiento de la sociedad contemporánea y frente a los supremos intereses de nuestra nación, el Estado, en defensa de su soberanía, no puede seguir otorgando privilegios en el campo educacional y de familia, toda vez que esto es motivo de frecuentes fricciones entre estas dos potestades, y de disgusto y protesta por parte de nuestros compatriotas que desean que únicamente se establezcan relaciones basadas en el mutuo respeto y en la libertad religiosa.

Sin necesidad de esfuerzo mental, en pocas palabras, podemos concluir diciendo que en Colombia, y no únicamente con relación a la Iglesia, los elementos constitutivos de soberanía: supremacía e independencia, no se aplican con el significado concreto que expusimos, puesto que no existe libertad para tomar determinaciones de cualquier orden y menos aún para proporcionar a los colombianos las leyes que corresponden a la realidad que vive el país.

V.- REGIMEN MATRIMONIAL EN EL CONCORDATO VIGENTE

Como se sabe, Colombia y la Santa Sede, luego de haber transcurrido ochenta y seis años, negociaron un nuevo Concordato en sustitución del de 1.887, aprobado por el Congreso Nacional mediante la Ley 20 de 1.974 y que entró en vigencia al producirse el canje de los instrumentos de ratificación el 12 de julio de 1.975. En virtud del mismo, el Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio católico, pero este ha dejado de ser obligatorio para los miembros de dicha religión, quienes por lo tanto pueden optar por el matrimonio civil que les producirá también plenos efectos ante el Estado, ya sin necesidad de la apogtasía exigida por la Ley 54 de 1.924, la cual ha sido derogada por el artículo 2o. de la prementada Ley 20 de 1974.

Es de advertir, si, que el artículo 70. del actual Concordato supedita al reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico a la inscripción de la correspondiente acta eclesiástica en el Registro del Estado Civil, luego en el fondo es este acto administrativo el que confiere efectividad al matrimonio católico con respecto al Estado colombiano y mientras no se cumpla no hay tal reconocimiento. Esto marca una diferencia fundamental con la regulación anterior, en la que la celebración canónica "per se" producía los efectos civiles y su registro civil era un simple requisito probatorio que podía verificarse o suplirse en cualquier tiempo. Resta preguntar si ahora la inscripción tendrá efectos retroactivos al momento de la ceremonia o no.

Es bueno que quede claro de una vez, para disipar equívocos que en torno a esta cuestión no han dejado de presentarse, que la opción de matrimonio civil para los católicos solo se refiere a los efectos jurídicos que pudiéramos llamar "estatales" del matrimonio y que en modo alguno significa que por el nuevo Concordato los católicos puedan en conciencia, casarse sólo civilmente, pues la Iglesia sigue manteniendo su doctrina de que el único matrimonio válido para el católico es el mismo sacramento administrado canónicamente, y que quienes no se conformen a ello están en mero concubinato.

Es tal el rechazo por parte de la Iglesia hacia el matrimonio civil que inclusive impone sanciones a quienes así proceden, negándoles ser admitidos a los actos legítimos eclesiásticos, esto es, no pueden ser padrinos en el bautismo; no pueden ejercer el cargo de administradores de bienes eclesiásticos, no pueden ejercer los cargos de juez, defensor del vínculo, promotor de justicia o cualquier otro cargo del tribunal eclesiástico; ser abogado o

procurador en estos tribunales. En relación con los hijos, al ser bautizados no podrán ser inscritos en los registros de la Iglesia como legítimos, puesto que ante la Iglesia no lo son porque la unión concubinario de sus padres no es una unión sacramental.

Quienes se casen civilmente, posteriormente podrán casarse por la Iglesia, siempre y cuando lo hagan entre sí y no se presente ninguno de los impedimentos establecidos por la Iglesia. En este caso los hijos habidos son solo legítimos, pero no legítimos (!) para la Iglesia.

Según el nuevo Concordato, la Iglesia aceptó, bien a su pesar, que las causas de separación de cuerpos, de mesa y de cohabitación, tanto del matrimonio canónico como civil, sean tramitadas por los jueces del Estado. De esto nos ocuparemos a más espacio en el próximo capítulo.

Conviene aclarar que por una posición irreversible de la Iglesia, el matrimonio católico sigue siendo indisoluble, a diferencia del matrimonio civil que si admite divorcio vincular.

Los tribunales eclesiásticos siguen conociendo exclusivamente de las causas de nulidad matrimonial y de las de matrimonio rato y no consumado, aun cuando en éstas no hay un proceso judicial propiamente dicho y sólo se instruye la causa para que el Romano Pontífice conceda el favor de la dispensa. Las sentencias y decisiones de nulidad son ejecutadas por la Iglesia en cuanto a los efectos canónicos y por el Estado en cuanto a los efectos civiles. Aquella a través del Ordinario del lugar donde se dio la sentencia en primera instancia; éste, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial competente, el cual ordenará su ejecución y su inscripción en el registro civil.

VI.- FUTURO DE LA INSTITUCION CONCORDATARIA

La institución concordataria necesitará renovarse y adaptarse a la nueva mentalidad y a los principios hoy en vigor acerca de la naturaleza y función en la sociedad, tanto de la Iglesia como del Estado, y de las relaciones entre ambos. Deben revisarse muy seriamente tanto el contenido como la forma de elaborar y concluir los acuerdos para adaptar ambos a las nuevas exigencias y necesidades.

En el nuevo orden internacional la Iglesia puede actuar más de acuerdo con su propia naturaleza, sin una preocupación por asimilarse excesivamente al Estado.

El nuevo clima del derecho y de las relaciones internacionales ofrece pues a la Iglesia mayores posibilidades para que, permaneciendo fiel a sí misma y sin mimetismos con el Estado, ejerza entre los hombres y los pueblos sus funciones propias y su servicio a la humanidad.

El Concordato, renovado y actualizado, puede ser, si no el único, sí un válido instrumento para hacer presente a la Iglesia entre toda la comunidad colombiana en cumplimiento de su misión espiritual.

Por lo pronto, el Concordato ha quedado anticuado por responder a unas circunstancias distintas a las presentes, motivo por el cual se ha convertido en una cuestión polémica que raras veces se trata desapasionadamente, por cuanto parece predominar la visión de quienes sitúan el Concordato en el cruce de privilegios mutuamente concedidos.

Capítulo Tercero

SEPARACION DE CUERPOS

I.- CONCEPTO

La separación de cuerpos entraña, como su nombre lo indica, la simple separación de los cónyuges, sea temporal o definitiva, sin romper el vínculo matrimonial y, por tanto, no permitiendo a ninguno de ellos contraer -- nuevo matrimonio mientras viva el otro cónyuge o mientras no sea declarada su nulidad.

El aspecto de la indisolubilidad se debe tener muy en cuenta, toda vez que la separación de cuerpos no produce la disolución del matrimonio, el vínculo matrimonial no se rompe y, en consecuencia, no habilita a los esposos para contraer validamente otras nupcias.

Existen situaciones, más graves unas, menos graves otras, que conducen a la perturbación de las relaciones conyugales que llevan a los esposos a separación de hecho en la mayoría de los casos, quedando supeditado a un número muy reducido de parejas que tratan de legalizarla recurriendo a los estrados judiciales, bien por uno sólo de los cónyuges - separación disputada -, o bien la idea puede provenir de un acuerdo de voluntades - separación amigable - .

La ley regula los efectos de tales separaciones legítimas.

En la separación contenciosa, de un modo secundario

las voluntades de las partes concurren a complementar u ordenar las consecuencias que fluyen de la separación decretada por mandato judicial.

Pero sin embargo, en la separación con mutuo consenso, los esposos disponen previamente, por sí y ante sí, casi siempre con justas causas, pero también sin ellas, el quebrantamiento permanente, accidental o transitorio de la vida en común, el vivir bajo un mismo techo. Esta alternativa es opuesta a la realidad de la vida y propende a la solución de la familia.

Tradicionalmente la posición de los cónyuges no puede ser más que una de estas dos: o juntos o separados, y como consecuencia de esto se presentan tres alternativas: o la separación de hecho, la separación litigiosa o la separación pactada pacíficamente o de común acuerdo previo proceso ante la autoridad judicial competente en estas dos últimas circunstancias.

Existe en innumerables casos una marcada repugnancia a llevar las rencillas domésticas al conocimiento de los tribunales por el escándalo que se produce, por las consecuencias para los propios cónyuges, incluso para el inocente, si lo hay, para los hijos y para todo el grupo familiar. Con la separación pactada se procura que los problemas del hogar no se hagan públicos.

II.- CAUSALES DE SEPARACION

En virtud de la ley la. de 1.976, cuya vigencia se inició el día 18 de febrero del mismo año, se reguló en Colombia tanto el divorcio vincular para el matrimonio civil como la separación de cuerpos y de bienes para éste y el matrimonio canónico.

El matrimonio canónico sólo se disuelve por la declaración de nulidad y la muerte de uno de los cónyuges, al contrario del matrimonio civil que se disuelve, además de las dos causales antes anotadas, por el divorcio.

Las causales que pueden dar motivo al divorcio en el matrimonio civil, y a la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico, son precisas y determinadas, eminentemente taxativas.

La ley la. de 1.976 en su artículo 4o., que modificó el artículo 154 del Código Civil, consagró nueve causas, de las cuales seis (causales 1a., 2a., 3a., 4a., 5a. y 7a.) se han establecido como sanción a la falta o culpa de uno de los cónyuges contra la institución matrimonial, y las tres restantes (causales 6a., 8a. y 9a.) no debidas a la comisión de un ilícito familiar. Igualmente, como causal de separación, según el artículo 165 de la misma obra, se instituyó el mutuo consentimiento de los cónyuges manifestado ante el juez competente.

En forma concreta procedemos a analizar cada una de ellas:

1a. causal: "Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado."

Al tratar de las relaciones sexuales extramatrimoniales 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".

La expresión "relaciones sexuales extramatrimoniales"

les" es bastante clara. Esta causal se refiere indistintamente a cualquiera de los cónyuges y a cualquier clase de relaciones sexuales, normales y anormales, porque el texto no distingue. No se exige probar más de una relación sexual del demandado. Este causal puede ser invocada por el cónyuge inocente con la condición que éste no haya consentido, facilitado o perdonado esas relaciones puesto que en este caso el motivo pierde su eficacia afectiva y ética.

Como requisito esencial para la configuración de esta causal se exige que haya conciencia clara de que con la relación sexual extramatrimonial se está violando la obligación de fidelidad; deber, que entre otras cosas, no desaparece ni aún con la declaración judicial de separación de cuerpos.

En caso de celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges, es apenas obvio que la ley presume las relaciones sexuales extramatrimoniales y faculta al cónyuge inocente a pedir la separación de cuerpos.

2a. Causal: "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".

Al tratar de los efectos que manan del matrimonio expusimos de los deberes que los esposos contraen recíprocamente y con los hijos que nazcan de dicha unión. Por lo tanto, la violación GRAVE e INJUSTIFICADA de esos deberes es causal de separación de cuerpos y de divorcio en el matrimonio civil. Para demandar esta causal no hace falta que se incumplan todos los deberes sino que basta con al-

gano de ellos; pero el cónyuge que alegue el incumplimiento no sólo debe probarlo sino que ante todo no debe haber propiciado o inducido al otro a faltar a sus deberes, por ejemplo, si el esposo se niega a recibir a la esposa en el hogar. De allí que como bien lo pregona la Corte Suprema de Justicia, quien aspire a tener éxito en su pretensión de separación de cuerpos, demandada con apoyo en una o algunas de las causales taxativamente consagradas por la ley para ello, tenga que demostrar los hechos que las estructuran, pues así lo exige el principio de la carga probatoria consagrado en el artículo 177 del C. de P.C., según el cual "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

3a. Causal: "Los ultrajes, el trato cruel, y los maltratamientos de obra, si con ello peligra la salud, la integridad corporal, o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descendientes, o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos".

Las causas que originen grave peligro para la integridad física de las personas de la comunidad familiar es lógico que sean consideradas como motivo suficiente de separación, sean o no imputables al cónyuge que las produce, pues se trata de un bien superior a la propia convivencia conyugal.

Esta motivación se refiere a manifestaciones de crueldad en el trato, con la consecuencia de producir una vida en común prácticamente imposible o excesivamente dura y difícil.

Para su relevancia como causa de separación requiere, según la doctrina y jurisprudencia, y así se deriva de la norma legislativa, una determinada cualificación de gravedad, reiteración y conexión de los hechos, los que:

a - Han de ser graves en cuanto que hagan la vida en común demasiado difícil o peligrosa para el otro cónyuge o los hijos;

b - Han de producirse de modo reiterativo, pues si fueran sólo ocasionales no engendrarían el malestar ni temor futuro, que justifiquen la separación;

c - Han de tener conexión con la vida en común, de suerte que la cesación de ésta sea remedio necesario para evitar aquellas y el consiguiente malestar conyugal.

En relación con esta causal, el Tribunal Superior de Pasto ha dicho: "Entre los recíprocos deberes de la pareja conyugal, ocupan lugar destacado aquellos que dicen relación al trato, la consideración y respeto, al afecto y la comprensión; constituyen la asistencia moral inestimable y más importante que la mera contribución económica, por que aquella es el sustento espiritual de los valores éticos de la familia. Los ultrajes y el trato cruel, son manifestaciones inequívocas de violación a tales preceptos, representan el rompimiento de los lazos afectivos y la destrucción de la paz y de la armonía conyugales. Con razón, pues, el legislador ha señalado tales conductas, como causales suficientes del divorcio civil y de la separación física de los esposos. De acuerdo con las normas vigentes, se requiere que tales actitudes incidan en "hacer imposible la paz y el sosiego doméstico".

4a. Causal: "La embriaguez habitual de uno de los cónyuges".

La embriaguez habitual debe ser de tal entidad que haga imposible la paz y el sosiego domésticos; que conlleva al desquiciamiento profundo de las relaciones matrimoniales y que la separación se justifique moralmente.

La embriaguez ocasional o el consumo habitual pero moderado de bebidas alcohólicas no constituyen embriaguez habitual y, por tanto, no son causal de separación.

Al hablar la norma de "embriaguez habitual" que, entre otras cosas está considerada como "alienación mental", debería esta causal estar incluida en el numeral 6o. del artículo 154 del Código Civil que trata de las enfermedades de orden síquico como causales de separación, y es prácticamente en este sentido como el juzgador debe apreciar y valorarla cuando sea invocada por el actor del proceso. Además deberá ser especialmente exigente con la prueba que se pretenda hacer valer con el fin de comprobar la habitualidad de la ebriedad y las consecuencias negativas para el hogar.

5a. Causal: "El uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica".

En primer término el uso debe ser habitual e injustificado, porque lo que se castiga es el vicio en sí, la conducta del cónyuge adicto a la droga.

Es en verdad alarmante la manera como cada día aumenta el número de personas adictas al uso de sustancias alucinógenas. En nuestro país reviste características de problema nacional.

La toxicomanía es fuente de graves y serias consecuencias para la aceptación de las enfermedades físicas como

cuencias no sólo para el individuo en sí, sino también para el hogar por la posibilidad de taras para el hijo que se engendra, y por lo dañina para la educación, tanto moral como física, que se debe a la familia. Esta causal se justifica por razones de orden moral y social.

6a. Causal: "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 e imposibilite la comunidad matrimonial".

Para llegar esta causal a la vida matrimonial, se continúa el matrimonio de los requisitos de fondo para la validez del matrimonio. Para que se configure esta causal la ley ha impuesto las siguientes condiciones:

- a - Que se trate de una enfermedad o anomalía física o síquica a la vista al péximo empleo de la palabra "enfermedad";
- b - Que sea grave; una enfermedad no puede afectar la salud moral o física del otro cónyuge;
- c - Que sea incurable; no debe decirse "salud moral o física del otro cónyuge";
- d - Que ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge;
- e - Que imposibilite la comunidad matrimonial;
- f - Que produzca un desquiciamiento profundo e irremediable de la comunidad matrimonial;
- g - Que se justifique moralmente.

Las enfermedades o anomalías GRAVES de orden físico que sean incurables y pongan en peligro la salud del otro cónyuge y de los hijos, se han establecido en nuestra legislación, y en la mayoría del mundo, como causal para solicitar a la autoridad competente la separación de cuerpos y aún el divorcio para el matrimonio civil, por considerarse que estos males atentan gravemente contra los fines de la comunidad matrimonial. Para la aceptación de las enfermedades físicas como...

causal de separación no únicamente se requiere que sean graves e incurables, sino además que sean contagiosas, mator, etc.).

Enfermedad síquica o mental es la que consiste en una falta absoluta o relativa de facultades intelectuales, afectivas y volitivas, de carácter más o menos permanente, o un desorden o desequilibrio entre estas facultades.

Para alegar esta causal es muy importante tener en cuenta que la enfermedad se haya originado en el curso de la vida matrimonial, toda vez que si la enfermedad mental es coetánea al matrimonio, éste sería nulo por falta de uno de los requisitos de fondo para la validez del matrimonio.

El Dr. Hernando Davis Echandía, en relación con la expresión "ponga en peligro la salud moral o física", manifiesta lo siguiente: "Salta a la vista el pésimo empleo de la palabra moral, pues una enfermedad no puede afectar la salud moral del otro cónyuge; ha debido decirse: salud mental o síquica, y naturalmente, también física".

7a. Causal: "Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente o persona que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo".

Se trata ante todo de una medida preventiva, pues se alude a comportamientos o actuaciones, que deben impedirse, tendientes a corromper al otro cónyuge, a los descendientes, a personas que estén a su cuidado o vivan en la misma casa.

El tratadista Arturo Valencia Zea afirma que "la expresión corromper o pervertir es demasiado genérica, y de ahí que los jueces deberán atenerse a las buenas costumbres

vigentes en la sociedad. La incitación que un cónyuge hace al otro para cometer cualquier delito (robar, herir, matar, etc.), es conducta que faculta al incitado para pedir el divorcio".

Al examinar esta causal es necesario tener en cuenta la conducta anterior de la persona que se dice haber sido pervertida o corrompida, porque no se puede corromper lo corrompido.

8a. Causal: "La separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure más de dos años".

Esta causal equivale al divorcio por mutuo consentimiento y tiene aplicación exclusiva en tratándose de matrimonio civil, puesto que el matrimonio celebrado conforme a los ritos canónicos, según nuestra legislación no es susceptible de disolución por medio del divorcio.

Al aprobarse esta causal se dió oportunidad a los cónyuges para esconder los motivos que los han inducido a tomar la determinación de disolver el vínculo matrimonial; circunstancia que se puede prestar a cometer abusos y arbitrariedades.

9a. Causal: "La condena privativa de la libertad por un delito común, superior a 4 años, por delito cuando ha convivido con uno de los cónyuges, que el juez que conozca del divorcio califique como atroz o infamante".

Sólo la condena por un tiempo superior a los cuatro años por delito común y no político es causa de separación de cuerpos y de divorcio, con tal que el hecho delictuoso sea posterior al matrimonio y siempre y cuando que el juez

que conozca del proceso de divorcio o separación lo califi- que de atroz o infamante. Pero con qué criterio?

En esta causal, transcripción desafortunada a nuestra legislación, no existe claridad al respecto; se deja al juzgador en libertad de calificar la gravedad del delito con- base en la sentencia que haya sido dictada y remitida por el juez penal. Pero ocurre que nuestro Código Penal no cali- fica a los delitos o a las personas en atroces o infamantes, pero si el Código Penal Francés.

Para evitar confusiones se debía establecer la separa- ción para toda condena privativa de la libertad superior a- cuatro años sin consideración a la clase de delito común. -- todas las circunstancias de la vida". Entendamos si la causal --

III.- CADUCIDAD

El artículo 156 del Código Civil, subrogado por el ar- tículo 60. de la ley la. de 1.976, contempla ciertos térmi- nos de caducidad respecto de algunas de las causales conse- guales por el artículo 154 del mismo Código, fuera de los - cuales no podrá ser demandada con éxito la separación de -- cuerpos.

La caducidad es una limitación encaminada a evitar -- que transcurrido cierto tiempo después de configurarse la - causal, uno de los cónyuges la alegue extemporaneamente, -- cuando ha convivido en forma pacífica o sin reclamar duren- te un período en el que su abstención podría interpretarse -- como condonación.

En relación con los términos de caducidad, las causas de separación pueden clasificarse en tres grupos, así: -- lo.- Causales que no están sometidas a término de ca-

ducidad (C.C. art. 154, Nos. 6o., 8o. y 9o.).

2o.- Causales que se deben alegar dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia, siempre que no haya transcurrido más de un año contado desde la fecha en que el demandante tuvo conocimiento de los hechos constitutivos de aquellas (C.C. art. 154, Nos. 1o. y 7o.).

3o.- Causales que caducan en el término de un año, -- contado desde cuando sucedieron.

Primer grupo: Con el matrimonio se impone a los cónyuges la obligación de "socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida". Entonces si la causal sexta autoriza la separación por motivo de enfermedad de uno de los esposos, siendo la mejor circunstancia para prestar el auxilio que se reclama, no es fácil tomar la decisión de presentar la demanda, y si la oportunidad de hacerlo estuviera sujeta a caducidad, cuando se adoptara la decisión podría ser demasiado tarde. La causal sexta no caduca nunca, por razones de elemental caridad.

Respecto de la causal octava, las razones para que no esté sometida a términos de caducidad son apenas obvias. Si dos años de separación judicial de cuerpos son causa de divorcio, con mayor razón lo serán tres o cuatro años, o diez o veinte.

En relación con la pena privativa de la libertad podría predicarse lo mismo que se dijo al analizar la caducidad en la causal sexta.

No obstante se considera que debería existir un término de caducidad para impedir que se demande la separación --

después de que el condenado pague la pena y se reanude la convivencia, porque de lo contrario el exconvicto queda en manos de su cónyuge, quien podría demandarlo a su arbitrio en cualquier tiempo arguyendo la causal novena.

Segundo grupo: Las causales primera y séptima están sometidas doblemente a términos de caducidad: un año a partir del conocimiento de los hechos y dos años desde su ocurrencia.

La caducidad relativa a hechos que con posterioridad se repiten, opera en forma independiente respecto de cada uno de ellos. Si, por ejemplo, la mujer se abstuvo de demandar al marido hace cinco años, cuando éste intentó corromper a una persona al cuidado del matrimonio, no pierde por ello la oportunidad de hacerlo ahora si su cónyuge reincidió en su conducta. Igualmente, si la mujer abandonó a su cónyuge y entabló relaciones concubinarias, el marido podrá demandar la separación con fundamento en las relaciones sexuales sostenidas por su esposa durante el último año, porque el hecho de que haya caducado la acción respecto de las relaciones sostenidas ilícitamente durante los primeros tres años, no le concede licencia a ella para continuar manteniéndolas en forma indefinida.

Tercer grupo: Causales que caducan en el término de un año, contado desde su ocurrencia. La separación sólo podrá ser demandada dentro del término de un año desde cuando sucedieron los hechos constitutivos de las causas segunda, tercera, cuarta y quinta.

El grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo o padre, o de esposa o de madre, rare vez se agota en un solo hecho. Ordinariamente la causal se agota en un solo hecho.

configura en una sucesión de episodios, de conductas reiteradas, cuya principal característica es la omisión de las obligaciones que impone el matrimonio.

Para tipificarse la causal del incumplimiento de los deberes conyugales, la falta debe ser reiterada o, al menos repetida, pero a partir de cuándo puede comenzarse a computar el término de caducidad? Evidentemente, la caducidad debe computarse desde cuando sucedieron los últimos hechos constitutivos de la causal, y si estos ocurren coetáneamente al tiempo de presentación de la demanda, no caduca, así haya transcurrido largo tiempo desde la época en que se inició el incumplimiento.

La causal tercera presenta dificultades similares entorno a la aplicación de la caducidad. En algunos casos basta un solo hecho para que se de la causal, especialmente en los maltratamientos de obra, los cuales generalmente ponen en peligro la vida o la integridad corporal del ofendido; pero los ultrajes que no atentan contra la salud física de la víctima sino contra la paz y sosiego domésticos o, eventualmente, contra la salud mental, no puede establecerse claramente en qué momento se hicieron imposibles esa paz y ese sosiego domésticos. Además si se hicieron imposibles, es de suponer que al tiempo de presentarse la demanda no existe paz en el hogar.

Sobre las causas cuarta y quinta la caducidad es inoperante. El hecho de que durante el primer año no se alegue la causal no faculta al adicto para continuar embriagándose o aplicándose drogas alucinógenas; y si se aleja del vicio no podrá el inocente demandar después la separación, aunque lo intente antes del vencimiento del término de caducidad, porque si el demandado demuestra que ya no se droga o se embriaga, desaparecen los supuestos de compulsión y de habi-

tualidad. El estudio de este tercer grupo de causales, sometidas inadecuadamente a un término de caducidad no deja de inquietar. Fué un error de técnica el haberlas sometido a esta modalidad extintiva de la acción y en la primera oportunidad de reforma se deberá suprimir la caducidad respecto de este grupo de causales.

El estudio de este tercer grupo de causales, sometidas inadecuadamente a un término de caducidad no deja de inquietar. Fué un error de técnica el haberlas sometido a esta modalidad extintiva de la acción y en la primera oportunidad de reforma se deberá suprimir la caducidad respecto de este grupo de causales.

IV.- EL MUTUO CONSENTIMIENTO COMO CAUSAL DE SEPARACION

La generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia no aceptan la separación amigable entre cónyuges. La mayoría opina que ella es nula de nulidad absoluta por ilicitud del objeto.

Como razones para llegar a tal conclusión sostienen -- que es obligación de los cónyuges -- según imposición de la ley -- hacer vida en común, de modo que no pueden las partes dispensarse de su cumplimiento por sus solas libertades. Que lo anterior importa la renuncia de derechos que no pueden ser renunciados por ser de orden público, como lo es la cohabitación personal, que puede ser con mutuo consentimiento de los cónyuges.

Finalmente se dice que la separación amigable no es -- más que una actuación convencional, un contrato por el cual -- los cónyuges crean ilícitamente en su beneficio una serie de efectos jurídicos análogos a los que produce el divorcio. Las buenas costumbres y la dignidad del matrimonio -- afirman -- no toleran la existencia de la separación voluntaria de cuerpos.

IV.1.- GENERALIDADES

Como se ha dicho anteriormente, uno de los --

efectos fundamentales del matrimonio es la comunidad de vida de los cónyuges, la cual se designa tradicionalmente como comunidad de lecho, de mesa y de habitación. Ahora bien: pueden darse casos en que por graves diferencias surgidas entre los cónyuges o por incompatibilidad de sus caracteres diferentes o por graves ofensas hechas por el uno al otro o por otras razones, la continuación de la comunidad de la vida conyugal no sea ya posible, constituyendo la misma un peso insoportable para ambos cónyuges o al menos para uno de ellos o, peor aún, un peligro o un daño. En estos casos, en los países en los que está admitido el divorcio, cualquiera sea el vínculo matrimonial (civil o canónico), existe un remedio radical que es precisamente el divorcio, el cual importa la disolución del matrimonio. En los demás países, por el contrario, en los que, como el nuestro no está admitido el divorcio para el matrimonio católico, y está, por el contrario, aceptando el principio de la indisolubilidad del matrimonio, existe un remedio menos radical, a saber: un remedio que conda conyugal, dejando, por el contrario, intacto el vínculo matrimonial. Este remedio es la separación de cuerpos o separación personal, que puede ser con mutuo consentimiento de los cónyuges, manifestado ante el juez competente, con indicación de si es temporal o definitiva la demanda impetrada. En el caso del mutuo consentimiento para solicitar la separación de cuerpos, se trata de un acuerdo privado entre ambos cónyuges, que a pesar de las críticas pueden tener también ciertas ventajas: Es así como los esposos suelen proceder previas deliberaciones; evitan la publicidad de aspectos íntimos familiares o conyugales; ordenan la situación futura en cuanto a su vida conyugal, en relación con los hijos, domicilio respectivo, régimen económico y otros

diversos aspectos.

IV.2.- FUNDAMENTO

Si Rousseau consideraba a toda sociedad humana como el producto de un contrato, era lógica la consecuencia de dar ese mismo carácter a la sociedad matrimonial.

Esta concepción es antigua.

Ya Pothier escribía: "El matrimonio es el más excelente y el más antiguo de todos los contratos". Y agregaba: "Hay dos cosas en el matrimonio" el contrato civil entre el hombre y la mujer que lo estipulan y el sacramento que se agrega al contrato civil y al cual el contrato civil le sirve de razón y de materia".

Dice por su parte Renard - la expresión "contrato civil" significaba simplemente que el matrimonio es un acto civil y que incumbe al Estado todo cuanto se refiere a su formación y a sus condiciones de validez".

"La organización de un matrimonio civil independiente era la consecuencia lógica de la doctrina galicana. Pero, asimilado el matrimonio a los contratos patrimoniales que se forman y se rompen por el mero consentimiento, la legislación intermedia se ha puesto en desacuerdo con el desenvolvimiento histórico anterior".

Era el espíritu del siglo XVIII que hacía condir urbi et orbe la idea de la autonomía de la voluntad como creadora de todas las relaciones humanas, incluso el matrimonio.

fundamentalmente se sostiene que el matrimo-

no es un contrato porque nace del acuerdo de voluntades, de tal modo que si dicho acuerdo no existe o está viciado, el matrimonio-contrato no nace en la vida del derecho.

De ese acuerdo de voluntades se derivan innumerables derechos y obligaciones que, aunque la mayoría, si no todos, están determinados por la ley, ésta no hace más que consignar la presunta voluntad de los contratantes e imponer esos derechos y obligaciones.

Si el contrato no es más que el acuerdo de voluntades productor de obligaciones, no hay duda alguna que el matrimonio reúne los caracteres esenciales de los contratos patrimoniales, aunque se diferencia de éstos en algunos aspectos.

Hoy día se ha hecho caudal de la importancia que el consentimiento juega en el nacimiento del matrimonio para sostener la posibilidad de su disolución también por un simple acuerdo de las partes y llegar así al divorcio por mutuo consentimiento.

para justificar el mutuo acuerdo como forma de separación en el matrimonio, se dice que éste nace del libre consentimiento de las partes, sin importar los móviles internos: amor, atracción física, ambición, conveniencia, etc. Tales móviles pueden interesar a la moral, pero no al derecho. Las cosas, en ciencia jurídica, se deshacen de la misma manera como se hacen.

IV.3.- CARACTERÍSTICAS
La separación amigable nace del mutuo acuerdo de vivir separados y no involucra la idea de pena, de sanción, de castigo para uno de los cónyuges, puesto que es un

modo consensual de terminar las desavenencias conyugales.- Los esposos no se castigan, sino que reconocen que la vida común es imposible, involucra mejor la idea de perdón.

Esta separación es un convenio en que ambas partes reconocen libre y voluntariamente que la vida en común es imposible y se separan.

La separación de cuerpos con mutuo consentimiento requiere de un juicio.

Al separarse los cónyuges ejercitan una acción civil, ejercen un derecho personalísimo, que tiene mucho de libertad personal.

La separación produce la suspensión de la unión conyugal por toda la vida o por cierto número de años, puede ser por un plazo determinado o indeterminado, opera mientras subsisten las condiciones que hacen imposible la cohabitación.

La separación acarrea la disolución de la sociedad conyugal, a menos que los esposos soliciten se la mantenga.

La separación puede terminar con la reconciliación.

IV.4.- IMPUGNACION DEL MUTUO CONSENTIMIENTO

Se conceptúa que la separación de cuerpos por mutuo consentimiento es peligrosa. Se plantean argumentos de diferente orden para afianzar este pensamiento.

Razones de orden moral: La moral no es un artículo de moda. El derecho se ha ido divorciando poco a poco

co de la moral, como han ido divorciándose de ella las otras disciplinas humanas y, en un afán de hacer "leyes técnicas" se ha olvidado que más valiere dictar "leyes justas", "leyes humanas", "leyes nobles". Sin una base ética toda estructura jurídica es imposible.

El matrimonio - se dice - es una institución que no nació para beneficio y utilidad de quienes lo contraen ni para satisfacción de apetitos pasajeros; nació para bien de la sociedad, para bien de los hijos.

El mutuo consentimiento hace que quienes no son dueños de una situación (la del matrimonio) dispongan de ella a su arbitrio, con prescindencia de los intereses sociales y familiares y en detrimento de estos mismos intereses.

Razones de orden social y político: La célula social es la familia. Los defensores de esta tesis se preguntan: Cómo no ha de interesar al tejido la salud de las células que lo integran?

El que no se ama así mismo, no podrá amar a su familia; el que no ama a su familia, no amará su región, ni su sociedad, ni su Estado. Así que, por razones sociales y políticas conviene fomentar esta fuerza de cohesión que es el amor hogareño, pues esta misma fuerza viene a constituir la unidad social.

No hay tratadista de criminología infantil que no hable de los niños víctimas de la separación de sus padres, ni que calle la cantidad de complejos psicológicos, de desviaciones orgánicas que hacen de tales menores fáciles presas de la degeneración, el vicio y el crimen. No parece un gesto muy previsor ni una atinada medida política esto de dejar a la voluntad de los cónyuges

ges el determinar tan peligrosas situaciones, termina cuando se rompe el vínculo matrimonial, sea por

IV.5.- EFFECTOS

La separación con mutuo consentimiento no disuelve el vínculo matrimonial, sino que termina solamente con algunas obligaciones que nacen del mismo; y, en particular, hace cesar la obligación de la convivencia y, por tanto, el deber de la cohabitación, y la obligación de la mutua asistencia física y espiritual. Permanecen, por el contrario, las obligaciones de fidelidad, la de alimentos y subsisten los derechos y los deberes de los cónyuges hacia sus hijos.

Entre las obligaciones por el hecho del matrimonio, tiene que decirse que, en este respecto, la Corte Suprema de Justicia, en el comentado fallo de 29 de enero de 1.980, con ponencia del H. Magistrado Doctor Germán Giraldo Zuluaga, sostiene:

"La obligación de fidelidad que tiene su raíz en la unión matrimonial misma y que nace y muere con ésta no puede suspenderse por el decreto de separación, como otras obligaciones que nacen de la vida en común, tales las de cohabitación, socorro y auxilio. La separación de cuerpos, como lo declara el artículo 17 de la ley la. de 1.976, deja intacto el vínculo matrimonial, pues su alcance sólo va hasta suspender la vida en común de los casados, quienes desde entonces no están obligados a vivir juntos. En tales circunstancias, la obligación de cohabitar queda suspendida para los consortes; la de fidelidad, en cambio, sigue vigente, intacta, pues ella tiene operancia mientras el matrimonio perdure".

"La fidelidad es obligación recíproca y perma

nente de los consortes que sólo termina cuando fenece el vínculo matrimonial, sea por muerte de uno de los cónyuges, por declaración de nulidad de matrimonio, o por la declaración judicial de divorcio".

Cesada la obligación de la cohabitación, viene a caer la base de la presunción de la paternidad del marido respecto al hijo concebido por la mujer durante el matrimonio, y precisamente por esto el marido puede desconocer al hijo concebido por la mujer durante la separación.

Desaparece la sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges por el hecho del matrimonio, pues la sentencia que declara la separación de cuerpos produce ipso iure la disolución de la sociedad conyugal, por lo cual, en consecuencia, debe procederse a su liquidación ante el juez civil del circuito competente. Pero existe una excepción a este respecto, pues el artículo 167 del Código Civil, en la parte pertinente estipula: "La separación de cuerpos disuelve la sociedad conyugal, salvo que, fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su deseo de mantenerla vigente".

En consecuencia los efectos de la separación de cuerpos con mutuo consenso, pueden ser agrupados en los siguientes:

- 1 - Suspensión del deber de vida en común, es de la comunidad de lecho y mesa.
- 2 - Subsiste el deber de asistencia, pero restringido, cesando la parte moral de su contenido.
- 3 - La obligación alimenticia se mantiene, pero puede sufrir serias modificaciones y en ciertos casos puede desaparecer completamente.

4 - Se continúa la patria potestad por parte de ambos cónyuges sobre los hijos.

5 - Hay modificaciones sustanciales en lo relativo al domicilio y residencia de la mujer.

6 - Se introduce gran complejidad en el contenido patrimonial del matrimonio.

7 - Son importantes los efectos en cuanto a los hijos, en relación a su crianza, cuidado de su salud, educación, formación intelectual, espiritual y física, régimen de visitas, responsabilidad extracontractual de los padres por los hechos de los hijos, etc.

8 - Deben considerarse, asimismo, las serias consecuencias respecto de terceros.

9 - Subsiste el deber de fidelidad.

IV.5.1.- EFFECTOS FRENTE A LOS HIJOS

Los derechos y obligaciones frente a los hijos subsisten a pesar de la separación de cuerpos.

Una vez ejecutoriada la sentencia que decreta la separación, las obligaciones previstas en el título XII del libro 10. del C.C. subsisten a cargo de los padres separados. En todo caso, extinguida la vida en común debe proveerse siempre sobre el cuidado personal de cada uno de los hijos legítimos, que puede encomendarse a uno de los cónyuges o a otra persona, atendiendo a su edad y sexo. Igualmente en la sentencia de separación se debe indicar la proporción en que los esposos deben contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes.

Ya anotamos anteriormente que en el caso de la separación de cuerpos de mutuo acuerdo se continúa con la patria potestad sobre los hijos por parte--

de ambos cónyuges, quienes además responden solidariamente frente a terceros de los hechos cometidos por sus hijos.

Pensamos que el Tribunal al dictar sentencia de separación debe tener en cuenta ante todo el interés de los hijos y tratándose de niños en tierna edad, se debería ordenar que sean confiados a la madre aunque en el acuerdo de separación se haya pactado lo contrario entre los esposos, salvo que se opongan otras particulares consideraciones. El tribunal en estos casos también debería estar facultado, según las circunstancias, para ordenar que los hijos estén confiados hasta una determinada edad a uno de los cónyuges y posteriormente al otro, en consideración al sexo, las condiciones físicas, económicas, morales y sociales de los padres.

En todo caso cualquiera que sea la persona a la que sean confiados los hijos, tanto el padre como la madre conservan el derecho de vigilar su educación.

V.- TRAMITE DE LOS PROCESOS DE SEPARACION

En el nuevo Concordato se convino que las causas de separación de cuerpos de los matrimonios canónicos sean tramitadas por los jueces del Estado, en primera instancia ante el Tribunal Superior respectivo y en segunda ante la Corte Suprema de Justicia.

El juez civil del circuito es el funcionario judicial competente para conocer de los procesos de nulidad, divorcio y separación de cuerpos de matrimonio civil.

La decisión anterior, contenida en el artículo IX del Concordato, fué recibida con satisfacción por una parte, toda vez que se devolvió a los jueces de la República el

conocimiento de los procesos de separación, por cuanto anteriormente la competencia estaba asignada a la autoridad eclesiástica, lo que constituía una limitación a la soberanía del Estado. En cambio se consideró un grave error establecer competencia especial cuando se trate de matrimonio celebrado canónicamente, porque tanto valor tiene el matrimonio civil como el eclesiástico, e igual el problema humano que se debate en estos procesos. Por tanto si los jueces civiles de circuito son competentes para tramitar y decidir en primera instancia la separación de cuerpos de matrimonio civil, igualmente deben serlo cuando se trate de matrimonio celebrado con las ritualidades canónicas, y por segunda instancia, como dice el doctor Hernando Devis Echandía "La intervención de nuestros Tribunales Superiores es suficiente garantía". No hay razón para que se haya permitido quebrantar la organización judicial del país.

Hemos decidido incluir el tema del trámite que se im-
prime al proceso de separación de cuerpos - con mutuo acuerdo y litigioso - verificando una relación de los datos que debe comprender la demanda, los anexos que deben adjuntarse, con indicación de los demás requisitos que exige la ley para que se pueda dar curso a las peticiones que se formulan, por cuanto somos testigos del sinnúmero de demandas de separación que la Sala Civil del Tribunal Superior de Pasto diariamente inadmite y rechaza, con motivo de las deficiencias de que adolecen los actos introductorios del proceso, bien por decidida de los profesionales que ejercen el Derecho o por desconocimiento de las exigencias previstas por la nueva ley para impetrar esta clase de demandas.

V.l.- LA DEMANDA

El mayor número de demandas de separación, en --

nuestro medio y en el país en general, proviene de matrimonios celebrados por el rito católico. De allí que en el presente capítulo nos ocupemos exclusivamente de la demanda y trámite a seguir para obtener la separación en esta clase de uniones.

Cuando se trate de separación contenciosa y al representante del Ministerio Público (artículo 157 del C. de P.C.), En primer término, para efectos de la presentación de la demanda debemos indicar que la competencia se halla asignada a los Tribunales Superiores, de acuerdo con las reglas sobre domicilio y factor territorial de las partes, de la ley la. de 1.976, además de que se presentada personal

Como consecuencia de la eliminación del impuesto de papel sellado, según determinación que figura en la ley 39 de abril 3 de 1.981, vigente desde esa fecha, en adelante la actuación procesal se surtirá en papel común.

El derecho de pedir la separación personal compete solamente a los cónyuges. Únicamente ellos se encuentran legitimados para instaurar demanda.

El artículo 70. de la ley la. de 1.976 previó la circunstancia cuando el demandante o demandado sea un menor de edad, caso en el cual se autoriza para intervenir en el proceso a sus padres. Se deja a ellos una intervención discrecional.

En cambio el Ministerio Público será escuchado siempre en defensa de los intereses de los hijos menores habidos en el matrimonio.

Según los artículos, 65, inc. 2o., y 84 del C. de P.C., el poder debe ser presentado ante "el secretario de la autoridad judicial a quien se dirija". En este caso ante el secretario de la Sala Civil del Tribunal Superior respectivo. Cuando el signatario, esto es, el poderdante, formuladas estas consideraciones de orden gene-

nuestro medio y en el país en general, proviene de matrimonios celebrados por el rito católico. De allí que en el presente capítulo nos ocupemos exclusivamente de la demanda y trámite a seguir para obtener la separación en esta clase de uniones.

En primer término, para efectos de la presentación de la demanda debemos indicar que la competencia se halla asignada a los Tribunales Superiores, de acuerdo con las reglas sobre domicilio y factor territorial de las partes.

Como consecuencia de la eliminación del impuesto de papel sellado, según determinación que figura en la ley 39 de abril 3 de 1.981, vigente desde esa fecha, en adelante la actuación procesal se surtirá en papel común.

El derecho de pedir la separación personal compete solamente a los cónyuges. Únicamente ellos se encuentran legitimados para instaurar demanda.

El artículo 70. de la ley la. de 1.976 previó la circunstancia cuando el demandante o demandado sea un menor de edad, caso en el cual se autoriza para intervenir en el proceso a sus padres. Se deja a ellos una intervención discrecional.

En cambio el Ministerio Público será escuchado siempre en defensa de los intereses de los hijos menores habidos en el matrimonio.

Según los artículos, 65, inc. 2o., y 84 del C. de P.C., el poder debe ser presentado ante "el secretario de la autoridad judicial a quien se dirige". En este caso ante el secretario de la Sala Civil del Tribunal Superior respectivo. Cuando el signatario, esto es, el poderdante,

se halle en lugar distinto, puede remitir el poder "previa autenticación ante juez o notario de su residencia." Copia del poder debe ir anexa a cada uno de los ejemplares de la demanda, con los cuales debe correrse traslado a la parte demandada cuando se trata de separación contenciosa y al representante del Ministerio Público (artículo 157 del C.C.).

La demanda, como es obvio, debe reunir las exigencias previstas en el estatuto procesal civil (artículos 75 y ss.) y los requisitos especiales estipulados en la ley la. de 1.976. Además tiene que ser presentada personalmente por el representante judicial del actor o de las partes, y no por intermedio de terceras personas.

Una vez presentada la demanda, los artículos 37, num. 4o., 403 y 417 del C. de P.C. facultan al juzgador para revisar si se cumplen los llamados presupuestos procesales y si existe cualquier vicio que llegue a producir nulidad o a conducir a sentencia inhibitoria, es decir a impedir una decisión de mérito. Esta facultad oficiosa, máxime cuando constituye una obligación para los jueces, de revisar la demanda para evitar nulidades está consagrada en forma expresa para los procesos ordinarios, abreviados, verbales y algunos especiales.

Conforme al artículo 26 de la ley la. de 1.976, se tramitarán y decidirán en proceso abreviado las demandas de separación judicial de cuerpos de los matrimonios civiles y canónicos, salvo cuando esta se solicite por mutuo acuerdo de las partes, caso en el cual se tramitará mediante proceso verbal con aplicación de las normas establecidas en los incisos 2o., 3o. y 4o. del artículo 16 de la precitada ley.

Formuladas estas consideraciones de orden gene-

ral, veamos como se tramitan los procesos de separación de cuerpos, según se adelanten con mutuo o sin mutuo consentimiento.

V.2.- SEPARACION DE CUERPOS LITIGIOSA

La demanda de separación de cuerpos puede provenir de cualquiera de los cónyuges, pero únicamente se encuentra legitimado para instaurarla el esposo que no haya dado lugar a ella (artículo 156 del C. C.), ya que nadie puede alegar en su favor su propia falta.

En la demanda se debe exponer los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones "debidamente determinados, clasificados y enumerados" como lo reclama el artículo 75, num. 6o., del C. de P. C. puesto que se necesita la mayor claridad posible acerca de los fundamentos fácticos de los pedimentos que han de servir de base al debate judicial, de modo particular, al debate probatorio y a la aplicación de la voluntad de la ley, en el caso concreto.

Los hechos no deben estar relatados genericamente, no basta con indicar la causal que se invoca, sino que se debe especificar en la demanda, los hechos concretos, con ubicación en el tiempo y en el espacio, no sólo por el derecho que tiene la contraparte a saber cuáles fueron los fundamentos de la demanda, sino también porque de ellos depende el mérito de la prueba y aún la oportunidad o la causalidad de la pretensión.

De conformidad con el artículo 18 de la ley la. de 1.976, en armonía con el artículo 157 del C. C., reformado por el artículo 7o. de la citada ley, el Ministerio Público es parte y será oído en esta clase de procesos en

interés de los hijos. En consecuencia, en la demanda se debe proponer la citación de este funcionario, a quien se le correrá los traslados de rigor.

Es obligación del actor expresar la naturaleza de la decisión en el sentido de indicar si la separación de cuerpos es temporal o definitiva. La primera tiene duración transitoria y expirado el término de la misma se presume la reconciliación, pero los esposos podrán declarar ante el juez que la tornan definitiva o que amplían su vigencia (artículo 166 del C. C.).

La prueba testimonial que se solicite debe satisfacer los requisitos previstos en el artículo 219 del C. P. C., según el cual cuando se pidan testimonios deberá expresarse, además del nombre, el domicilio y residencia de los testigos, suscintamente el objeto de la prueba.

El actor deberá referirse a sus pretensiones sobre la guarda y patria potestad de los hijos menores no emancipados.

Así mismo, se hará relación sobre la capacidad económica de la parte demandada, sobre sus ingresos o rentas, sobre la cuantía y forma de integración patrimonial de la sociedad conyugal y en general sobre la capacidad económica de los esposos, factores que deben conocerse para determinar las responsabilidades recíprocas de la pareja frente a sus hijos. El señalamiento previo de alimentos no puede hacerse sin conocer, al menos en forma sumaria, la capacidad económica de demandante y demandado, por lo cual es indispensable la prueba ab-initio sobre este aspecto.

Es importante advertir que la petición de liquidación de la sociedad conyugal implica de suyo una formulación in debida.

Al anotar la residencia de los cónyuges para efectos de las notificaciones personales, cuando fuere del caso, es necesario señalar la dirección de los hijos, a fin de cumplir con lo dispuesto en la regla segunda del artículo 27 de la citada ley.

Es indispensable acompañar copias auténticas - por triplicado de las partidas de nacimiento del demandante y del demandado, de matrimonio, para los efectos previstos en la ley la. de 1.976, artículo 27, de modo especial para determinar la edad de los esposos en conflicto y ordenar oportunamente la inscripción de la sentencia que llegare a dictarse. De igual manera se hace necesario allegar copia del registro civil de nacimiento de los hijos.

Una vez admitida la demanda y descorridos los traslados pertinentes si por uno de los cónyuges se ha solicitado la intervención del ordinario diocesano se dará cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 9o. del Concordato. En este caso se suspenderá el proceso por una sola vez, durante 30 días, y se oficiará al obispo respectivo para dar lugar a la acción conciliadora y pastoral de la Iglesia.

Es oportuno señalar que la omisión de las audiencias de conciliación no constituye nulidad sino simple irregularidad susceptible de saneamiento. (art. 152, ord. 9o. C. de P. C.)

Es bueno advertir que contra esta clase de demandas no procede el allanamiento (artículo 93 del C. de P. C.). Pero el demandado si puede presentar demanda de reconvencción solicitando también la separación de cuerpos.

Ahora bien, si fracasare la acción conciliadora de la Iglesia, se reanuda el proceso y se ordena la citación de los cónyuges para que concurren personalmente a una audiencia de conciliación que se cumple con presencia del señor re-

representante del Ministerio Público. Si los cónyuges no concurrieren o fracasare la conciliación, se ordenará una segunda audiencia, la cual no podrá tener lugar antes de dos meses ni después de tres de la fecha en que se cumplió la primera. Si no diere resultados positivos esta segunda audiencia se continuará el proceso.

Las pruebas solicitadas por las partes, y las que de oficio se decretan, se recaudarán en el término de 20 días. La separación consensual tiene lugar, con su respectiva continuación, para el alegato final se concederá un término común de cinco días a los esposos y por cinco días más al representante del Ministerio Público para que emita concepto.

La sentencia de separación implica una decisión constitutiva de un nuevo estado de cosas en la vida conyugal y aún en la relación familiar.

Por su íntima relación con la organización de la familia, la separación implica el pronunciamiento sobre materias tan diversas como: La Curaduría del cónyuge menor de edad; el depósito de los hijos menores; la cuota para habitación y sostenimiento del cónyuge y de los hijos comunes y para la educación de éstos, fijando la proporción en que los cónyuges deben contribuir; las medidas cautelares en el caso de que la mujer estuviere embarazada; y corresponde decretar la disolución de la sociedad conyugal.

El cuidado de los hijos menores constituye el pronunciamiento de mayor responsabilidad. Ello explica la presencia del Ministerio Público.

La sentencia no constituye cosa juzgada material que impida la reanudación voluntaria de la vida en común entre los cónyuges.

V.3.- SEPARACION DE CUERPOS CONSENSUAL

Artículo 165.- "Hay lugar a la separación de cuerpos en los siguientes casos: 1o.) En los contemplados en el artículo 154 de este Código, y, 2o.) Por mutuo consentimiento de los cónyuges manifestado ante el juez competente."

La separación consensual tiene lugar, como su nombre lo indica, en virtud de simple consentimiento de los cónyuges, quienes deben manifestarlo ante la autoridad competente por intermedio de mandatario judicial común o diferente, debidamente constituido.

La demanda debe reunir las exigencias previstas en los artículos 75, 76 y 443 del C. de P. C. Los requisitos de forma y de fondo son más o menos los mismos que en el numeral anterior para la separación disputada, con la excepción de que los actores no están en la obligación de exponer los motivos de su determinación, suficiente con que invoquen el mutuo consenso como razón de la separación. Pero si se dará estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 de la ley la. de 1.976; por consiguiente se deberá indicar si la separación es indefinida o temporal, y en este caso la duración, puesto que no puede exceder de un año. Igualmente manifestarán el estado en que queda la sociedad conyugal; la manera como atenderán al cuidado y la proporción con que contribuirán a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes; advertirán si uno de los padres o los dos tendrán la patria potestad sobre sus hijos; reglamentarán las visitas que uno de los padres podrá hacer a sus hijos, y finalmente señalarán la manera como se sustentará cada uno de los esposos.

Consideramos que en estos casos sería importante la presentación de la demanda directamente por los cónyuges, puesto que existen abogados inescrupulosos que luego de haber acordado en conjunto las cláusulas que deben relacionarse en el libelo demandatorio, se avienen al deseo de uno de los esposos para reclamar del juzgador un fallo que no corresponde a la realidad de lo pactado por los cónyuges.

Es importante recordar que tanto en el proceso abreviado como en el verbal, de conformidad con el numeral 1b. del artículo 27 de la ley la. de 1.976, simultáneamente con la admisión de la demanda o antes si hubiere urgencia, podrá el juez decretar las siguientes medidas: Autorizar la residencia separada de los cónyuges; poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, de uno y otro, o de un tercero; decretar las medidas cautelares sobre los bienes patrimoniales de la sociedad conyugal. Para proveer sobre las referidas situaciones es requisito previa la presentación del libelo de la demanda introductiva del proceso. Es atribución discrecional del juez una vez constituida la demanda, decretar dichas medidas en el mismo auto admisorio de la demanda o bien, si hubiere urgencia, hacerlo antes, en providencia separada.

De la demanda se correrá traslado por cinco días al Agente del Ministerio Público, representado por el Fiscal del Tribunal Superior, con el fin de que emita concepto.

Cumplido lo anterior, se señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia prevista en el artículo 445 del C. de P. C. y se ordenará citar a los cónyuges y al fiscal para que concurren personalmente a ella.

Si los esposos no concurren o fracasare la conciliación, en la misma audiencia se dictará sentencia, la que se entenderá notificada en la misma audiencia. De todo cuanto

ocurra en esta diligencia se extenderá acta que será firmado por los Magistrados que integran la Sala de Decisión, por el representante del Ministerio Público, por los cónyuges cuando estuvieren presentes y por el secretario de la Sala.

Advertimos que no es atribución del juzgador entrar en averiguaciones sobre las causas íntimas o personales de la conducta asumida por los esposos, y aún con respecto a las determinaciones tomadas por éstos en relación con los bienes patrimoniales, la sociedad conyugal y la obligación del sustento y alimentación de la familia; el juez debe acatar sus acuerdos, mientras dichos pactos no vulnieren el interés de los hijos menores en cuya protección debe oírse al Ministerio Público.

De la sentencia que se profiera se ordenará su anotación en los registros notariales de nacimiento de los cónyuges y en el de matrimonio.

VI.- LA SEPARACION DE CUERPOS EN NUESTRO MEDIO

Sobre este punto debo señalar que he considerado conveniente elaborar un cuadro estadístico con base en los libros de control de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, sobre el número de demandas de separación de cuerpos que se han presentado ante esta Corporación, a partir del día 18 de febrero de 1.976, fecha en la cual entró a regir la ley la. del mismo año, que reguló entre otras materias la separación de cuerpos del matrimonio católico.-- Aquí indicamos el número de demandas que por su deficiencia en la elaboración fueron inadmitidas y posteriormente rechazadas por no haberse corregido oportunamente. De igual manera anotamos el número de sentencias que decreteron la separación y el de las que la negaron; todo discriminado por años. Este informe incluye los negocios tramitados durante los ---

tres primeros meses de labores del presente año.

Naturalmente que estos datos significan una proporción muy reducida del fenómeno real de la institución matrimonial en nuestro medio, en donde una gran masa de la población, -- por su carencia de cultura, desconoce el derecho, y por sus deficiencias económicas no puede acudir a los estrados judiciales, razón por la cual el mayor número de separaciones legales corresponde a habitantes de la Capital del Departamento, quedando reducido a un 1% el número de negocios tramitados que corresponden a residentes en el resto del Distrito Judicial, que abarca Nariño y Putumayo.

Naturalmente que existe un gran número de matrimonios, dada la idiocincracia de nuestra gente, sobre todo al talante de nuestras mujeres, que no hacen públicos sus conflictos matrimoniales, prefieren aparentar ante los ajenos que viven en armonía pero en realidad no se soportan. Esta afirmación se afianza a través de la experiencia adquirida en nuestro trabajo, donde podemos constatar que diariamente se presenta por lo menos un poder para demandar la separación, pero ocurre que la decisión no se llega a cristalizar por razones de orden social.

La edad de los esposos que solicitan separación oscila entre los treinta años, con cinco o menos de matrimonio, y aún con meses de vida conyugal.

Las demandas provienen de matrimonios que pertenecen a las diferentes clases y capas sociales.

El 80% de las solicitudes de separación son presentadas por las mujeres, y las causales más invocadas son en su orden: el trato cruel; el grave incumplimiento de los deberes conyugales; las relaciones sexuales extramatrimoniales y en sólo dos casos la embriaguez habitual y el uso de estupe-

facientes. Esto demuestra que de las nueve causales que la ley contempla como motivo para solicitar la separación únicamente se han invocado las cinco primeras y en un 99% la primera, segunda y tercera.

Al examinar el cuadro estadístico podemos darnos cuenta de la marcha ascendente del número de parejas que reclaman se decrete judicialmente la separación.

DEMANDAS DE SEPARACION DE CUERPOS TRAMITADAS EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO

18 febrero 1.976

PERIODO:

10 Abril 1.981

AÑO	CLASE DEMANDA	No. DE MANDAS	ADMITIDAS	RECHAZADAS	DESISTI MIENTOS	SENTENCIAS		
						De sepa ración	Niega Sep.	Inhibito rias
1976	Controvertidas	8	2	6		1	1	
	Consentidas	1	1			1		
1977	Controvertidas	14	5	9	2	1	1	1
	Consentidas	5	2	3		2		
1978	Controvertidas	16	4	12	1	2	1	
	Consentidas	9	6	2		6		
1979	Controvertidas	16	4	12			2	2
	Consentidas	24	15	9		15		
1980	Controvertidas	23	10	13	1	5	2	2
	Consentidas	30	25	5	2	23		
1981	Controvertidas	1	1					
	Consentidas	11	8	3		7		
TOTAL		158	83	74	6	63	7	5

VII.- CONCLUSIONES

relación con el número de habitantes con que cuenta la Capital de la República esta cifra no debe. Al finalizar el presente trabajo, con el cual aspiro a concluir una etapa importante de mi vida, luego de hacer un breve sumario de las ideas y principios jurídicos que han quedado consignados en los diversos capítulos que constituyeron la finalidad fundamental de mi investigación, he considerado oportuno presentar un análisis crítico sobre el interesante documento publicado por el expresidente Alfonso López Michelson y que ha sido acogido como preámbulo al foro del partido liberal. Obviamente que mi estudio se concretará a los planteamientos formulados en relación con el matrimonio y divorcio.

Para nadie es desconocido que vivimos una era en la que muchas cosas son puestas en tela de juicio, y en la que parece haber muy pocos intangibles. Inclusive la institución del matrimonio, consagrada por siglos, está sopor--tando rudos embates. El matrimonio, considerado antes como cimiento de una sociedad estable, se ve hoy seriamente ame--nazado, y los ataques proceden de muy diferentes ángulos. Inclusive existen muchos sicólogos que han llegado a suge--rir que el matrimonio será pronto una institución pasada de moda. Lo anterior equivale a reconocer una gravísima falla en la más íntima de las relaciones humanas: la relación conyugal.

El promedio de separaciones judiciales que periódica--mente se presentan en nuestro medio, integrado en su gran--mayoría por gentes de profundas creencias religiosas y men--talidad conservadora, no configura siquiera el reflejo de--la desintegración familiar que vive el país; basta con in--formar que el pasado año sólo en el Tribunal Superior de--Bogotá se daba curso a cinco mil procesos de separación.--

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ

Naturalmente que en relación con el número de habitantes con que cuenta la Capital de la República esta cifra no debe alarmarnos, pero sí debemos inquietarnos al imaginar la cantidad de separaciones de hecho que diariamente se producen y los matrimonios que por interesarles exclusivamente los bienes de la sociedad conyugal únicamente entran a tramitar su liquidación.

Estimo propicia la ocasión para indicar que se hace necesaria la creación de la jurisdicción de familia, toda vez que los procesos de separación de cuerpos, de los que conocen, en primera instancia, las Salas Civiles de los Tribunales Superiores, recargan en demasía el trabajo de dichas entidades, y el asignarle el conocimiento de estos procesos, en segunda instancia, a la Sala de Casación Civil de la Corte, desvirtúa el carácter de ésta como Tribunal de Casación.

Es importante recalcar, para las personas que piensan poder contraer nuevas nupcias tras haber logrado una sentencia favorable, que la separación de cuerpos no disuelve el vínculo matrimonial, sino que hace cesar solamente algunas obligaciones que nacen del mismo; y en particular, termina la obligación de la convivencia, y, por lo tanto, también la de la cohabitación y el deber de la mutua asistencia física o espiritual. Permanece, por el contrario, la obligación de alimentos y la de fidelidad. No desaparecen las obligaciones y los derechos de los cónyuges hacia sus hijos.

Ahora bien, los planteamientos formulados acerca del matrimonio y divorcio, en el "diagnóstico" del país elaborado por el expresidente Alfonso López Michelsen -- documento muy discutido en los últimos días -- pueden concretarse así:

La gravedad del problema social que se presenta por la cantidad de matrimonios celebrados en el exterior por personas casadas católicamente en Colombia;

La obligación que se impone para el Estado de recuperar la totalidad de sus atribuciones en cuanto al estado civil de las personas, cuando depende del vínculo matrimonial y de su disolución;

La Reforma del Concordato aprobado por el Congreso en el año de 1.976;

La importancia que el divorcio cobra es imposible de ignorar en los hechos así se pretenda desconocer en la legislación;

La necesidad del establecimiento del divorcio civil para los matrimonios católicos, sin violentar las convicciones religiosas de la nación;

La posibilidad para Colombia de una ley como la Ley Fortuna de Italia, que encontró cabida en la legislación, a pesar del régimen concordatario.

La intención de legitimar los usos y costumbres no es mala. Lastimosamente da una idea a sueño frustrado, trae desconfianza por venir de quien viene, puesto que después de haber prometido mucho ni siquiera hizo poco por brindar una solución jurídica a las familias desprotegidas. Es ta bien que se respete y hay que respetar el fuero de cada persona, pero el Estado tiene la responsabilidad de normatizar la situación de la familia con medidas que ofrezcan efectivas soluciones.

Pero cabe preguntarse, por qué el rechazo, no sólo de la Iglesia sino de diferentes estamentos, a la iniciativa de suprimir los efectos civiles del matrimonio católico y dejarlos como atribución del Estado ?

Este es un tema que no se puede rechazar a priori. Es una opción viable y Colombia no puede ser una insula - aparte cuando en todos los países del mundo tiene vigencia el divorcio, a excepción de España y Suecia, sin que por ello las familias estén más afectadas que las nuestras. Pero sí debemos hacer algunos reparos de orden jurídico a los planteamientos formulados por el doctor Alfonso López Michelsen.

En primer término, el problema que se presenta por la cantidad de matrimonios en el exterior de personas casadas católicamente, ha sido un tema muy controvertido en el Derecho Internacional Privado Colombiano. La doctrina de los autores, tanto civilistas como canonistas, la del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Jurisprudencia de los tribunales osciló en este punto entre la tesis de la validez de tales matrimonios ante el Estado Colombiano y la de su nulidad, llegándose en ocasiones a sostener la radical teoría de su inexistencia.

En primer lugar, es muy lastimoso que el gobierno Colombiano no haya podido dar una solución a este grave problema y obligue a sus ciudadanos a recurrir a otras legislaciones. Pero si replicamos diciendo que los matrimonios civiles celebrados en el exterior no son matrimonios "aparentes" sino que al tenor de lo previsto en el art. 140 del C.C. es un acto jurídico nulo que produce la totalidad de sus efectos, tanto en relación con la sociedad conyugal como frente a los hijos que se reputan legítimos, pero únicamente una sentencia judicial lo puede declarar nulo. La disposición antes citada estipula que el matrimonio es nulo "cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior".

En cuanto a la obligación del Estado para recuperar la totalidad de sus atribuciones en cuanto al estado civil de las personas, no constituye novedad, es un tema -- anacrónico, arcaico, sobre el cual se ha insistido siempre sin que nuestros gobernantes se decidan a liberarse y a librar al pueblo de estar supeditado a lineamientos fruto de pactos o convenios, porque la soberanía del Estado reside propiamente en la capacidad de poder determinarse jurídicamente así mismo. Por esto decimos que el Concordato celebrado entre el Gobierno de Colombia y la Santa Sede no necesita renovarse o adaptarse, la solución lógica es su abolición, toda vez que la separación entre Estado e Iglesia debe ser total, sin que pueda darse entre ellos un acuerdo jurídico vinculante. Cada quien tiene una misión y debe cumplirla separadamente. Así, abolido el Concordato, sólo un matrimonio sería válido ante la ley: el civil.

El doctor Alfonso López Michelsen lo que sí debió plantear es el matrimonio civil obligatorio para todos los colombianos, dejando naturalmente a salvo el derecho de las personas que quieran posteriormente casarse por lo religioso de acuerdo con sus creencias. Así se terminaría la dualidad de matrimonios que hoy existe, los católicos-indisolubles y los civiles con divorcio.

Finalmente en Colombia no habría lugar a una ley semejante a la Ley Fortuna de Italia, que con apoyo plebiscitario del pueblo, estableció que por medio de una demanda de divorcio presentada ante juez civil, éste podía invalidar los efectos civiles del matrimonio católico, con lo cual las personas que así estaban casadas podían contraer un segundo matrimonio válido.

Pero en Colombia, por lo pronto no sería posible, --

puesto que el Concordato vigente, aprobado durante la presidencia del doctor Alfonso López Michelsen, en el artículo VIII estableció "que las causas relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos son de competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos..". Con esto, la Iglesia previendo que podía ocurrir lo mismo - que en Italia, se apresuró a imponer esta cláusula, la que únicamente puede ser abolida previo acuerdo con la Santa Sede.

Ya para finalizar, por cuanto el noventa y ocho por ciento de los casos de separación corresponde a parejas que tienen hijos pequeños, quiero observar que deberían existir disposiciones más minuciosas garantizando la situación de los hijos en el caso de separación de los padres, puesto -- que son ellos los que se ven permanentemente sujetos al peor tipo de sacudidas emocionales, justamente en la edad en que menos capacitados están para hacerles frente. Máxime en el caso de separación de cuerpos con mutuo consentimiento cuando los esposos, en la mayoría de veces, sin motivos válidos deciden separarse, pactan las cláusulas que servirán de base a la demanda y disponen de los hijos como si se tratara de un mueble más. Frente a estas situaciones hay necesidad que se establezcan normas que otorguen poderes discrecionales a los jueces para alterar el acuerdo de los cónyuges, cuando circunstancias especiales y por sobre todo el interés de los hijos, así lo exijan.

Solamente me resta manifestar que dejo este trabajo a consideración de los señores calificadores, esperando haber realizado una investigación que justifique mi paso por la Universidad. En él dejo consignadas las enseñanzas de mis profesores, mis ideas, mis experiencias, y el deseo inmenso para que en lo futuro no se legisle bajo apremios sacramen-

tales y dógmas de fe sino consultando los anhelos represados de los colombianos que deseamos una legislación que se acomode a la realidad social que se vive en el país.

ARBOLEDA VALENCIA, HENRIK R.P. : Jurisprudencia eclesiástica colombiana.
Editorial TEMIS Bogotá - 1.974

ARBOLEDA VALENCIA, HENRIK R.P. : El matrimonio civil de los Colombianos católicos en el exterior, 2a. edición Editorial TEMIS, Bogotá, 1.967

AREZQUIITA DE VELAZCO, JOSEFINA : Legislación colombiana sobre la mujer Bogotá, S. E. - 1.979

CALOGERO GANDE : Derecho matrimonial Traducción del italiano Miguel Moreno Martínez, Editorial "Aguilar" Madrid, 1.960

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA : Sentencias varias proferidas en Procesos de separación de cuerpos.

GALLON GINALDO, CARLOS : UNIVERSIDAD. Ciencias Jurídicas y Socio-económicas. - Publicación: Pontificia Universidad Javeriana. - 1.978

GOMEZ PIÑORANITA, HERNAN : Derecho de familia. Matrimonio, Divorcio, etc

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ARBOLEDA VALENCIA, HERNAN R.P. : Jurisprudencia eclesiástica colombiana.
HERVADA, ...
Editorial TEMIS Bogotá -
1.974

LARRAIN RIOS, ...
ARBOLEDA VALENCIA, HERNAN R.P. : El matrimonio civil de -
Colombianos católicos en
el exterior. 2a. edición
Editorial TEMIS, Bogotá.
1.967

LOPEZ DE LA ...
AMEZQUITA DE ALMEIDA, JOSEFINA : Legislación colombiana -
sobre la mujer
Bogotá, D. E.- 1.979

LOPEZ BOTERO, ...
CALOGERO GANGI : Derecho matrimonial
Traducción del Italiano:
Miguel Moreno Martínez.-
Editorial "Aguilar" Ma--
drid. 1.960

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
MONROY CABRA, MARCO GERARDO : Sentencias varias profe-
ridas en Procesos de se-
paración de cuerpos.

GALLON GIRALDO, CARLOS
ORTEGA TORRES, JORGE : UNIVERSITAS. Ciencias Ju-
rídicas y Socio-económi-
cas.- Publicación: Ponti-
ficia Universidad Jave--
riana.- 1.978

TRIBUNAL SUPERIOR PASTO
GOMEZ PIEDRAHITA, HERNAN : Derecho de familia
Matrimonio, Divorcio, Sg

TRUJILLO

HERVADA, JAVIER

LARRAIN RIOS, HERNAN

LOPEZ DE LA PAVA, ENRIQUE

LOPEZ BOTERO, IVAN

MONROY CABRA, MARCO GERARDO

MONROY CABRA, MARCO GERARDO

ORTEGA TORRES, JORGE

TRIBUNAL SUPERIOR PASTO

: paración de cuerpos, In-
seminación artificial.--
1.978

: Derecho y Ciencias
Políticas de la Uni--
: Derecho Canónico.
Versión de Antioquia
EUNSA - Pamplona
1.977

: DIVORCIO
Matrimonio, Divorcio-
Estudio de Derecho Civil
y Concordato.
Comparado. Editorial Ju-
rídica de Chile. 1.966
1.972

: DERECHO DE FAMILIA
Derecho Civil.- Dere-
Publicaciones Universi--
dad Externado de Colom--
bia.- Bogotá 1.970
Cuarta Edi-
ción.

: El Divorcio en Colombia-
Luis Martel.- Editor

: Matrimonio Civil y Divor-
cio en la Legislación Co-
lombiana.
Editorial TEMIS Bogotá.-
1.977

: Régimen Concordatario Co-
lombiano.
Editorial TEMIS Bogotá

: Código Civil
Editorial TEMIS Bogotá

: Sentencias varias proferi-
das a partir vigencia --
ley 1a. de 1.976.

TRUJILLO PALACIOS, ENRIQUE

: Estudios de Derecho
Organo de la Facultad
de Derecho y Ciencias
Políticas de la Uni--
versidad de Antioquia
1.977

RESTREPO URIBE, LIBORIO S. J.

: Matrimonio, Divorcio-
y Concordato.
Editorial TEMIS Bogo-
tá.- 1.972

VALENCIA ZEA, ARTURO

: Derecho Civil.- Dere-
cho de Familia.
Tomo V.- Cuarta Edi-
ción.
Editorial TEMIS, Bogo-
tá 1.977

El socorro	20
La ayuda	20
POTESTAD MARITAL	21
POTESTAD PATERNA	22
Derechos y obligaciones de los padres para con los - hijos	22
Cuidado personal de la crianza	23
Cuidado personal de la educación	23
CESACION DE LA AUTORIDAD PATERNA	24
PATRIA POTESTAD	25
Definición	25
Quién la ejerce	25
Características	26
Sujatos de la patria potestad	27
Atributos de la patria potestad	28
REPRESENTACION DEL HIJO DE FAMILIA	29
Representación extrajudicial	30
Representación en causas civiles	30
Representación en causas criminales	31
Representación en juicios entre padres e hijos	31
CONCEPTO	34
CAUSALES DE SEPARACION	35
Capítulo Segundo	
SADUCIDAD	

EL MUTUO CONCORDATO - EL CONCORDATO CANONICAL DE SEPARACION ..	77
Generalidades	77
NOCIONES GENERALES	32
Consideraciones históricas	34
NATURALEZA JURIDICA DEL CONCORDATO	39
El concordato como tratado internacional	40
Efectos jurídicos del concordato	42
TRAMITE DE LOS PROCESOS DE SEPARACION CONCORDATARIA	43
PROBLEMATICA DE LA INSTITUCION CONCORDATARIA	45
El Estado	49
La Iglesia	51
Relaciones entre la Iglesia y el Estado	53
Valor del concordato	57
CONCORDATO Y SOBERANIA NACIONAL	59
REGIMEN MATRIMONIAL EN EL CONCORDATO VIGENTE	62
FUTURO DE LA INSTITUCION CONCORDATARIA	

Capítulo Tercero

SEPARACION DE CUERPOS

CONCEPTO	63
CAUSALES DE SEPARACION	64
CADUCIDAD	73

EL MUTUO CONSENTIMIENTO COMO CAUSAL DE SEPARACION ..	77
Generalidades	77
Fundamento	79
Características	80
Impugnación del mutuo consentimiento	81
Efectos	83
Efectos frente a los hijos	85
TRAMITE DE LOS PROCESOS DE SEPARACION	86
La demanda	87
Separación de cuerpos litigiosa	90
Separación de cuerpos consensual	94
LA SEPARACION DE CUERPOS EN NUESTRO MEDIO	96
CONCLUSIONES	100

AN

T

17510

D346.2

E65

Eraso Rodríguez, Emilio.

Ej.2.

Matrimonio y separación VENCE cue

NOMBRE ^{POS} Leorro Mesa C

No. del Carnet

NOMBRE Marcelo Fabiola Martinez G

No. del Carnet

NOMBRE Carmelo Braud

No. del Carnet

NOMBRE Juan Rosero

No. del Carnet 2271

NOMBRE

No. del Carnet

AN

T

D346.2

E65

Ej.2.

17510