

DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

AUTOR: Iván Santos Ballesteros
FECHA DE RECEPCIÓN: Mayo 24 de 2011
DIRECCIÓN: isantos2@unab.edu.co

RESUMEN: la evolución del Derecho de Familia en Colombia y en legislaciones extranjeras, como los son Cuba, Italia y España, entre otras, justifican su existencia como una de las diferentes ramas que integran el derecho sustancial. En su aspecto procesal, la jurisdicción de familia forma parte de las denominadas jurisdicciones sociales o magistraturas especializadas.

PALABRAS CLAVE: Derecho sustancial, Derecho procesal general, Derecho de familia, Derecho procesal de familia.

ABSTRACT: the evolution of family law in Colombia and foreign legislation, as are Cuba, Italy and Spain, among others, justify its existence as one of several branches that make up the substantive law. In its procedural aspect, the family courts is part of so called social jurisdictions or specialized magistrates.

KEYWORDS: Substantive law, Procedural law generally, Family law, Family law proceedings.

DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

Iván Santos Ballesteros*

CAPITULO I

1 DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

1.1 Derecho de Familia

1.1.1 Justificación de la existencia del Derecho de Familia

El Código Civil colombiano, al igual que el chileno, contienen normas reguladoras del Derecho de familia, cuya base la constituye el matrimonio y el Derecho patrimonial, al que le sirve de fundamento el derecho de propiedad. De ahí que el matrimonio y la propiedad se conviertan en los soportes del Derecho Civil, pero mientras el Derecho patrimonial cae bajo la órbita del Derecho privado, el primero se encuentra en una línea intermedia entre éste y el Derecho público. La anterior afirmación se refleja en la reglamentación del Derecho de Familia con independencia del Derecho civil, como acontece en Rusia y en Cuba, y antiguamente en Méjico antes de la promulgación de su Código Civil.

Estas consideraciones se justifican por las diferencias múltiples que existen entre los derechos patrimoniales y los derechos de familia. Somarriva Undurraga¹ señala entre otras, las siguientes:

Las leyes que conforman el Derecho patrimonial son en gran parte permisivas, y en forma excepcional, prohibitivas o imperativas; por el contrario, en el Derecho de familia, estas últimas son las más abundantes.

Los actos patrimoniales, salvo contadas excepciones pueden someterse a modalidades, no así los de familia, como sucede, por ejemplo, con el matrimonio y la adopción.

* Docente Facultad de Derecho Universidad autónoma de Bucaramanga. Especialista en Derecho de familia, Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho del trabajo Pontificia Universidad Javeriana.

¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. "Derecho de Familia". Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1963, p. 7 y s.

Los derechos de familia como tales se encuentran fuera del comercio jurídico, y en consecuencia, no se pueden ceder, renunciar y en ellos no cabe la transacción (tal como sucede con el estado civil).

Los actos patrimoniales pueden dejarse sin efecto por los contratantes, lo que, por regla general no es permitido en los actos de familia. Sin embargo, algunos de estos últimos son posibles, como el evento del divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges.

Aunque el formalismo tiende a desaparecer en el derecho, existen actos de familia frente a los cuales el legislador los reviste de ciertos requisitos, como sucede con el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, el matrimonio, la legitimación, la adopción, etc., a diferencia de un gran número de actos patrimoniales (contratos consensuales, por ejemplo).

Los actos de familia tienen efectos absolutos. El estado civil a que ellos dan origen es oponible a cualquier persona. Por ejemplo, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial afecta la vocación hereditaria de los hermanos del padre.

Las instituciones del derecho de Familia en Colombia se encuentran reguladas en algunos de los libros del Código Civil, reformado en sus primeros años de vigencia por las leyes 57 de 1887, (sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional); 153 de 1887, por la cual se adicionan y reforman los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la ley 57 de 1887; ley 100 de 1888, adicional al Código Civil y reformatoria de la ley 153 de 1887 y la ley 8ª de 1888, entre otras. Su verdadera evolución legislativa aparece a partir de 1930. Los gobiernos anteriores le otorgaron preferencia al matrimonio católico como origen del núcleo familiar. Referente a la celebración del matrimonio civil surgieron impedimentos para quienes fueran católicos, ya que los futuros contrayentes debían abjurar de su religión, tal como lo dispuso la ley 54 de 1924, denominada ley concha (Convenio Gasparri- Concha). Con el sistema de la potestad marital a la mujer se le aplicaba una *capitis deminutio* en el aspecto de la administración de sus bienes.

El libro I del C.C. regula lo relativo a las personas, así:

Título I. De las personas en cuanto a su nacionalidad y domicilio.

Título II. Del principio y fin de la existencia de las personas.

Título III. De los esponsales.

Título IV. Del matrimonio.

Con referencia a la institución del matrimonio se encuentran las siguientes reformas o modificaciones:

a) Ley 266 de 1938, por la cual se autoriza la celebración de matrimonios de extranjeros ante sus respectivos agentes diplomáticos y cónsules.

b) Ley 20 de 1974. Aprobatoria del concordato celebrado por el gobierno con la Santa Sede y autoriza la celebración de matrimonio civil sin tener en cuenta la religión que se profese.

c) Decreto 2668 de 1988, por el cual se autoriza la celebración del matrimonio civil ante Notario Público.

d) Decreto 1556 de 1989, por el cual se modifica el artículo 4º del Decreto- Ley 2668 de 1988.

e) Ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

f) Ley 979 de 2005, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.

Título V. De la nulidad del matrimonio y sus efectos.

Título VI. De la disolución del matrimonio.

Título VII. Del divorcio y la separación de cuerpos, sus causas y efectos.

Constituyen modificaciones a los dos últimos títulos:

a) Ley 1ª de 1976, por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regula la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico, y se modifican algunas disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil en materia de familia.

b) Ley 25 de 1992, ley de divorcio.

c) Decreto 902 de 1988, por el cual se autoriza la liquidación de herencias y sociedades vinculadas a ellas ante notario público y se dictan otras disposiciones.

d) Decreto 1729 de 1989, por el cual se modifica y adiciona el Decreto- Ley 902 de 1988.

e) Decreto 2668 de 1988, por el cual se autoriza la celebración del matrimonio civil ante Notario Público.

f) Decreto 1556 de 1989, por el cual se modifica el artículo 4º del anterior decreto.

g) Ley 962 de 2005, por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

h) Decretos 4436 y 2817 de 2006, reglamentarios de la ley anterior.

Título VIII. De las segundas nupcias.

Título IX Obligaciones y derechos entre los cónyuges.

Principales modificaciones a estos dos títulos:

a) Ley 28 de 1932, sobre reformas civiles (régimen patrimonial en el matrimonio).

b) Ley 68 de 1946, aclaratoria de la ley 28 de 1932.

c) Decreto 2820 de 1974, por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones, acordado con las modificaciones introducidas por el decreto 772 de 1975.

Título X. De los hijos legítimos concebidos en matrimonio.

a) Ley 1060 de 2006, por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad.

Título XI. De los hijos legitimados.

Título XII. De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos.

El Decreto 2820 de 1974 vino a modificar algunas de sus normas, al igual que el decreto 2737 de 1989.

Título XIII. De la adopción

a) Ley 5ª de 1975, por la cual reglamenta la adopción.

b) Decreto 2737 de 1989, derogatorio de la ley 5ª de 1975.

Título XIV. De la patria potestad.

Título XV. De la emancipación.

Título XVI. De los hijos naturales.

a) Ley 45 de 1936, sobre reformas civiles (filiación extramatrimonial).

b) Ley 75 de 1968, por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

c) Ley 721 de 2001, por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968.

Título XVII. De las obligaciones y derechos entre los padres y los hijos naturales.

Título XVIII. De la maternidad disputada.

Título XIX. De la habilitación de edad.

a) Ley 27 de 1977, por la cual se fija la mayoría de edad a los 18 años.

Título XX. De las pruebas del estado civil.

a) Decreto 1260 de 1970, por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas.

b) Dentro de las modificaciones o adiciones a este decreto encontramos las siguientes:

Decreto 2158 de 1970, por el cual se modifica y adiciona el Decreto-Ley número 1260 de 1970 y se dictan otras disposiciones.

Decreto 1873 de 1971, por el cual se reglamenta el registro de nacimiento de que tratan los artículos 44 y siguientes del Decreto-Ley 1260 de 1970 y se dictan otras disposiciones.

Decreto 278 de 1972, por el cual se reglamenta la expedición y uso de copia y certificados de las actas, partidas y folios del registro de nacimiento de que trata el artículo 115 del Decreto-ley 1260 de 1970 y se modifica el párrafo del artículo 1 del Decreto 1873 de 1971.

Decreto 3596 de 1981, por el cual se adopta el formato del folio para el registro de Matrimonio de que tratan los Decretos-Leyes 1260 y 2158 de 1970, y se dictan otras disposiciones.

Decreto 999 de 1988, por el cual se señala la competencia para las correcciones del registro del estado civil, se autoriza el cambio de nombre ante notario público, y se dictan otras disposiciones.

Decreto 1555 de 1989, por el cual se adiciona el Decreto 999 de 1988.

Ley 54 de 1989, por medio de la cual se reforma el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970.

Decreto 2188 de 2001, por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-ley 1260 de 1970 y se dictan otras disposiciones.

Título XXI. De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas.

Título XXII. De las tutelas y curadurías en general.

Título XXIII. De las diligencias y formalidades que deben preceder al ejercicio de la tutela o curaduría.

Título XXIV. De la administración de los tutores y curadores relativamente a los bienes.

Título XXV. Reglas especiales relativas a las tutelas.

Título XXVI. Reglas relativas a la curaduría del menor.

Título XXVII. Reglas relativas a la curaduría del disipador.
Título XXVIII. Reglas especiales relativas a la curaduría del demente.
Título XXIX. Reglas relativas a la curaduría del sordomudo.
Título XXX. De las curadurías de bienes.
Título XXXI. De los curadores adjuntos.
Título XXXII. De los curadores especiales.
Título XXXIII. De las incapacidades y excusas para la tutela o curaduría.
Título XXXIV. De la remuneración de los tutores y curadores.
Título XXXV. De la remoción de los tutores y curadores.

Los títulos 22 al 35 del C.C. fueron derogados por el artículo 119 de la ley 1306 de 2009. En la actualidad estos títulos de manera general se refieren a las personas con discapacidad mental y régimen de representación legal de incapaces emancipados.

Título XXXVI. De las personas jurídicas.

El libro Tercero hace referencia a la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, así:

Título I. Definiciones y reglas generales.
Título II. Reglas relativas a la sucesión intestada.

a) Ley 29 de 1982, por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios.

Título III. De la ordenación del testamento.

a) Decreto 960 de 1970, por el cual se expide el Estatuto de Notariado.

b) Decreto 2163 de 1970, por el cual se oficializa el servicio de notariado, y se modifica el Decreto-Ley número 960 de 1970.

c) Decreto 208 de 1975, por el cual se ordena la inscripción de los testamentos cerrados y de los poderes en las oficinas de registro de instrumentos públicos del país.

d) Decreto 1265 de 1975, por el cual se aclaran y adicionan los Decretos 208 y 665 de 1975.

e) Decreto 2148 de 1983, por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 960 y 2163 de 1970 y la ley 29 de 1973.

Título IV. De las asignaciones testamentarias.

Título V. De las asignaciones forzosas.

Título VI. De la revocación y reforma del testamento.

Título VII. De la apertura de la sucesión y de su aceptación, repudiación e inventario.

Título VIII. De los ejecutores testamentarios.

Título IX. De los albaceas fiduciarios.

Título X. De la partición de los bienes.

Título XI. Del pago de las deudas hereditarias y testamentarias.

Título XII. Del beneficio de separación.

Título XIII. De las donaciones entre vivos.

a) Decreto 1712 de 1989, por el cual se autoriza la insinuación de donaciones ante notario público.

El Libro III del C.C., “De las obligaciones y de los Contratos”, contiene cuarenta y cuatro títulos. El título XXII, “De las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal”, tiene hondas repercusiones en el Derecho de Familia, al momento en que este aspecto constituye una de sus ramas como es el del Derecho Patrimonial Matrimonial. Algunos de los decretos y leyes referidos constituyen evolución cronológica en este campo, como la ley 28 de 1932 que modificó lo relativo a la administración de la sociedad conyugal, que actualmente corresponde a ambos cónyuges y los decretos 2820 de 1974, en cuanto a la modificación de algunas normas sobre renuncia de gananciales por parte de la mujer, después de la disolución de la sociedad conyugal (capítulo VI) y la ley 1ª de 1976, en el aspecto de la disolución de la sociedad conyugal y partición de gananciales.

Adicional a los libros anteriores, concretamente al libro segundo del C.C., como instrumento de protección a los bienes de los integrantes de la familia se han expedido las siguientes normas:

a) Ley 70 de 1931, por la cual se autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables.

b) Ley 91 de 1936, por la cual se autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables, con criterio y fines de acción social.

c) Ley 258 de 1996, por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones.

d) Ley 495 de 1999, por la cual se modifican los artículos 3º y 4º (literales a y b), 8º y 9º de la ley 70 de 1931 y se dictan otras disposiciones afines sobre constitución voluntaria de patrimonio de familia.

e) Ley 85 de 2003 , por medio de la cual se modifica el artículo 1º y el párrafo 2º del artículo 4º de la Ley 258 de 1996, a fin de dar protección integral a la familia.

El Derecho de Familia mira igualmente a algunos de los miembros que integran este núcleo (el familiar) para brindarles protección en atención a situación especial que se encuentran dentro de esta célula básica social.

Normas protectoras a la mujer cabeza de familia y a las mujeres en general

a) Ley 82 de 1993, por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

b) Ley 861 de 2003, por la cual se dictan disposiciones relativas al único bien urbano o rural perteneciente a la mujer cabeza de familia.

c) 1232 de 2008, por la cual se modifica la ley 82 de 1993. Ley mujer cabeza de familia y se dictan otras disposiciones.

d) Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Código Penal, de Procedimiento Penal, la ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.

Normas relativas a la protección de menores:

a) Decreto 2303 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor.

b) Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Normas relativas a la protección de incapaces

a) Ley 1306 de 2009, por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados.

b) Ley 1346 de 2009, por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

c) Ley 1361 de 2009, por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia.

La anterior referencia a las leyes y decretos que amplían el contenido del Derecho de Familia, daría lugar a una codificación de esta rama del derecho, como sucede con el código de la infancia, niñez y adolescencia.

1.1.2 Derecho Comparado de Familia

1.1.2.1 El Derecho de Familia en Cuba

El Código de Familia fue promulgado mediante la ley No. 1289 de 14 de febrero de 1975 y modificado parcialmente por la ley 9ª de 22 de agosto de 1977. Entró en vigencia el 8 de marzo de 1975 y derogó toda la legislación anterior sobre Derecho de familia que se encontraba plasmada, en el Código Civil Español de 1888, extensivo a Cuba a partir de julio de 1889, y en disposiciones legales posteriores, especialmente en el Decreto-Ley No. 206 de 10 de mayo de 1934 sobre divorcio vincular, y en la ley 9ª de 20 de diciembre de 1950, relativa a los derechos

de la mujer en la esfera del matrimonio y en las relaciones de familia. Coral Pellado² señala que el Derecho de Familia es "el conjunto de normas jurídicas que regulan el complejo de relaciones jurídicas que surgen en la familia en sí y de ésta respecto a terceros. Relaciones jurídicas que reflejan a la vez las relaciones personales, sociales, materiales y económicas que se crean entre el hombre y la mujer, al adquirir su condición de esposos como consecuencia del matrimonio; entre padres e hijos, y entre unos y otros con terceros, especialmente el Estado y las organizaciones sociales".

Posteriormente se expidieron otras normas que ampliaron el marco teórico del Código de Familia, entre ellas el Código de la Niñez y Juventud de 1978. Este código proclamó una nueva moral en relación con los valores que deben regir la vida familiar; resaltó igualmente la obligación de la familia para con los niños y los jóvenes ante la sociedad. Estos postulados ya habían sido refrendados por la Constitución de la República de 1976, que en su capítulo IV se refería a la familia, considerándola como la célula fundamental de la sociedad.

El mismo sentido proteccionista a la niñez se observa en el Decreto Ley 64 de 1982, sobre el sistema para la atención a menores con trastornos de conducta, y en el Decreto Ley 76 de 1984, sobre adopción, hogares de menores y familias sustitutas.

1.1.2.2 El Derecho de Familia en Italia

El Derecho de Familia en Italia evolucionó a partir de la reforma de 1975. Antes de esta etapa el legislador adoptó algunas normas consagradas de tiempo atrás en códigos extranjeros relativas a la institución familiar, como el carácter de indisoluble del matrimonio, la desigualdad conyugal, la situación de inferioridad para la filiación extramatrimonial, etc.

"Así las cosas- expresa Sesta- la reforma de 1975 sustituyó a un ordenamiento familiar prácticamente idéntico al que se había inaugurado con la codificación napoleónica por un modelo de convivencia desde muchos puntos de vista nuevo y en contraste con el anterior; signo de que el orden social que se había desarrollado en la segunda posguerra había afectado profundamente el modelo familiar tradicional, expresión consolidada de las culturas de matriz idealista, rural y católica"³.

² PERAL COLLADO, Daniel A. "Derecho de Familia". Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989, p. 29

³ SESTA, Michele. "Derecho de Familia Italiano. ¿Hacia nuevas transformaciones?". Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 13

1.1.2.3 El Derecho de Familia en España

España también se sumó a este movimiento del Derecho de familia. La mayor parte de las reformas al Código civil han recaído sobre aquel derecho, en contraste con el derecho patrimonial del Código civil que permanece sin transformación alguna.

La modificación al Derecho de familia, en sentido de reforma en conjunto, aparece por primera vez en la Ley de 2 de mayo de 1975. En la exposición de motivos se señaló en forma expresa que esta ley vendría a formar parte de una reforma más amplia. El móvil directo de ella fue el de consagrar la igualdad jurídica de los cónyuges. Paralela a esta reforma se hizo necesaria otra que incidiera en el régimen de la filiación y que tuviera por objeto suprimir las discriminaciones de las personas nacidas fuera del matrimonio.

Producto de la anterior evolución han sido las leyes 11, de fecha 13 de mayo de 1971 que modificó los preceptos del Código civil atinentes a la filiación, patria potestad y el régimen económico del matrimonio, y 30 de 7 de julio de 1981 sobre regulación general del matrimonio y los trámites que han de seguirse en procesos de separación, nulidad y divorcio.

La Doctrina española señala como principios inspiradores de la reforma el de igualdad de los cónyuges en el matrimonio impuesto por el artículo 32 de la Constitución; el de equiparación o igualdad de los hijos, sin distinción de origen (artículos 14 y 38 de la Constitución), y el del carácter tuitivo de las potestades paternas, respecto de la ley 13 de mayo de 1981. . La consagración del divorcio en España aparece como consecuencia obligada del principio de igualdad⁴.

1.2 Derecho procesal de familia

La doctrina patria no hace referencia en forma expresa a esta rama del Derecho procesal. Encuentra su razón de ser en el decreto 2272 de 1989, “por el cual se organiza la jurisdicción de familia, se crean unos despachos judiciales y se dictan otras disposiciones”.

En el presente ensayo se exponen los fundamentos para estructurar las bases del Derecho Procesal de familia, no obstante argumentos en contrario, como los de la unidad de la

⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLON, Antonio. “Sistema de Derecho Civil”. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Editorial Tecnos. Madrid, 200º, p. 41.

jurisdicción, la inconveniencia de crear nuevas jurisdicciones, la integración de asuntos civiles y de familia en la conformación de la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, etc.

Este derecho forma parte de las denominadas Jurisdicciones Sociales o Magistraturas Especializadas, junto con la laboral, la comercial y la agraria⁵

La expresión “Derecho procesal de familia” se integraría por los vocablos que lo identifican.

“*Derecho*” (Del latín “directus”, directo; dirigere, enderezar o alinear), entendido como poder o potestad individual de hacer, elegir o de abstenerse de hacer algo en cuanto atañe a sí mismo, y de exigir, permitir o prohibir a los demás, suele clasificarse en derecho objetivo (conjunto de normas de carácter jurídico que sirven para regular la vida del individuo en la sociedad), y en derecho subjetivo (facultad derivada de las normas jurídicas para actuar en determinado sentido, o para exigirle a otro u otros el la observancia de una conducta).

La expresión “*Procesal*” denota el conjunto de normas encaminadas a la realización de los derechos subjetivos, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional.

“*De familia*” alude al conjunto de normas que regulan la institución familiar.

De los anteriores vocablos surge el Derecho procesal de familia. Este obedece a la clasificación de la ley procesal acorde con la rama del derecho sustancial o material para cuya efectividad sirva de medio. Azula Camacho también se refiere a la ley procesal según su estructura (orgánica y procesal propiamente dicha); en relación con los actos procesales (material, mira a la calidad de los sujetos que producen los actos procesales y al contenido de los mismos, y formal, cuando atiende a las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que corresponde la realización de los actos procesales); respecto a la fuerza obligatoria (absoluta o imperativa, de forzoso acatamiento siempre que se den los presupuestos necesarios que ella misma prevé para su aplicación, y dispositiva, aquella que puede aplicarse o dejarse de aplicar conforme con la actitud que ante un determinado acto procesal asuman las partes)⁶.

⁵ QUINTERO, Beatriz, y Prieto Eugenio. “Teoría General del Derecho Procesal”. Editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 237.

⁶ AZULA CAMACHO, Jaime. “Manual de Derecho Procesal”. Tomo I. Teoría General del Proceso. Octava edición. Editorial Temis, Bogotá, 2002, ps. 15 y s.

En forma aislada, el derecho de familia constituye una rama que se desprende del Derecho civil. Si a los dos primeros vocablos (Derecho procesal) se le agrega un tercer término (de familia), este delimitará, ya una rama, o una especialidad del derecho procesal, como el civil, penal, laboral, etc. “Pero estudiado unitariamente, basta decir “derecho procesal”, aunque los principios se particularicen en función de la materia a actuar. Esto significa que es posible, y conveniente, formular una teoría uniforme del derecho procesal”⁷.

La familia suele concebirse en sentido lato y en sentido estricto. Por el primer aspecto, engloba a todas las personas que se encuentran integradas por lazos de parentesco de consanguinidad o de afinidad. En atención al segundo de ellos, la familia designa a las personas que viven bajo el mismo techo, como los padres, hijos, nietos y colaterales. En un sentido jurídico, es válida la primera noción por constituir un grupo étnico, intermedio entre el individuo y el estado. En cualquiera de los aspectos que se la considere, surge la familia como una institución necesaria.

Refiriéndose a la familia Jossierand señala que “es un elemento de cohesión, una condición del equilibrio social. La historia enseña que los pueblos más fuertes han sido siempre aquellos en que la familia estaba más fuertemente constituida: Roma, Inglaterra, Francia, Alemania; las lecciones de la historia nos enseñan el relajamiento de los lazos familiares en los períodos de decadencia: ordinariamente, en la célula familiar se manifiestan los primeros síntomas del mal antes de afectar al organismo más vasto y más poderoso del Estado”⁸.

1.2.1 Fundamento Legislativo del Derecho Procesal de Familia

Como se vio anteriormente, el Derecho Procesal atendiendo a las ramas del derecho admite clasificación en Derecho civil, de familia, agrario, penal, laboral etc. El Derecho Procesal de familia se nutre con normas que se encuentran en el C. de P.C., al igual que el Derecho de familia se estructura con el Derecho civil.

El Estatuto procesal civil actual contiene un Título Preliminar (disposiciones generales) y cinco Libros.

⁷ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. “Derecho Procesal”. Tomo I. Concepto fundamentales. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 6.

⁸ JOSSERAND, Louis. “Derecho Civil”. Tomo I. Volumen 2°. Ediciones Jurídicas Europa- América. Bosch y Cia. Editores. Buenos Aires, 1952, p. 4.

El Libro I (Sujetos Procesales) contiene dos secciones (Órganos Judiciales y sus Auxiliares; Partes, Representantes y Apoderados) y cinco Títulos.

El Libro II (Actos Procesales) se encuentra integrado por siete Secciones (objeto del proceso; Reglas Generales del Procedimiento; Régimen Probatorio; Providencias del Juez, su Notificación y sus Efectos; Terminación Anormal del Proceso; Medios de impugnación y Consulta; Expensas y Copias) y quince Títulos.

El Libro III (Los Procesos) se encuentra conformado por cinco secciones (Procesos Declarativos; Procesos de Ejecución; Procesos de Liquidación; Jurisdicción Voluntaria y el Proceso Arbitral, este último consagrado en los artículos 663 a 677, derogados por el Decreto 2279 de 1989 y éste modificado y algunas de sus normas derogadas por la ley 23 de 1991, ley 446 de 1998, y el Decreto 1818 de 1998 que constituye el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflicto) y 13 Títulos.

El Libro IV (Medidas Cautelares) comprendido en dos Títulos.

El Libro V (Cuestiones Varias) conformado por dos Títulos.

La ley 1395 de 2010, por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial regula varias materias, entre ellas el estatuto procesal civil; cuarenta y cuatro artículos lo modifican o adicionan; cuatro de ellos en el mismo sentido versan sobre el régimen de conciliación extrajudicial en derecho y siete artículos regulan temas relacionados con la prueba extraprocesal, notificación por medios electrónicos y la variación del turno para fallos.

En cuanto a la legislación aplicable a los procesos de familia se encuentra la siguiente:

a) Trámites notariales. Además de los decretos mencionados que contienen los trámites para la liquidación de herencias y sociedades conyugales, y la autorización para la celebración de matrimonio civil ante notario público, se expidió el Decreto 1712 de 1989, por el cual se autoriza la insinuación de donaciones ante notario público; Decreto 4436 de 2005, divorcio o cesación de efectos civiles de matrimonios religiosos por el trámite notarial. Decreto 2817 de 2006, sobre constitución de patrimonio de familia inembargable, inventario de bienes de menores y otros actos por el trámite notarial.

b) Jurisdicción de familia y Código de menor. Decreto 2272 de 1989, por el cual se organiza la Jurisdicción de familia, se crean unos Despachos Judiciales y se dictan otras disposiciones; Decreto 2737, sobre el Código del Menor. Ley 1098 de 2006. El artículo 217 de esta ley deroga el Decreto 2737 o Código del Menor, a excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos los cuales quedan vigentes.

Conciliación

a) Ley 640 de 2001, por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

Suplemento Procesal de Familia

a) Ley 979 de 2005, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.

b) Ley 986 de 2005, por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones.

c) Ley 1008 de 2006, por la cual se fijan algunas competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y de familia.

d) Resolución 119 de 2006, por medio de la cual se denominan las Procuradurías Judiciales en Familia, se delegan funciones del Procurador General de la Nación, se distribuyen y asignan competencias de la Procuraduría General de la Nación y se establece la sede y circunscripción territorial de los Procuradores Judiciales en Familia.

La numerosa legislación referida a asuntos de familia lleva a afirmar su justificación como una rama especializada que integra la jurisdicción ordinaria, al igual que las ramas civil, laboral y agraria; aquel se afianza con el decreto 2272 de 1989, y con la creación de autoridades judiciales y administrativos en esta materia, sin que se haya desprendido totalmente del tronco común que es el derecho procesal civil.

Guasp señala que no existe una sola figura procesal, sino múltiples figuras procesales, que en atención a sus varias características, se agrupan en tipos, entre ellos el constitucional, civil, penal administrativo, social, internacional, canónico. Sostiene igualmente que la anterior pluralidad de tipos procesales no destruye la unidad conceptual de la figura procesal, la cual sigue siendo idéntica en cada una de sus ramas.

Concluye que la unidad fundamental del proceso no equivale a la posibilidad actual del tratamiento en conjunto de todas las instituciones procesales. Lo anterior puede ser la meta de un trabajo científico y legislativo, aunque no refleja el estado actual de la disciplina. La diversidad del tratamiento positivo que corresponde a cada rama exige un estudio en forma separada de ellas⁹.

1.2.2 La Jurisdicción de Familia en el Proyecto de Ley del Código General del Proceso.

En la actualidad el proyecto de ley, “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones” se encuentra en trámite en el Congreso de la República.

Sobre el tema pertinente, señalan los siguientes artículos:

Artículo 21. Competencia de los jueces de familia en única instancia.

Artículos 22 Competencia de los jueces de familia en primera instancia.

Artículos 23. Fuero de atracción.

Artículo 32. Competencia de las salas de familia de los tribunales superiores.

El proyecto en mención deroga los artículos 3 (competencia de las salas de familia de los tribunales superiores) y 5 (competencia de los jueces de familia en única y primera instancia) del Decreto 2272 de 1989 para incluirlos con algunas modificaciones en los dos primeros artículos referidos.

⁹ GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998, p. 42.

En cuanto al fuero de atracción, el artículo 23 dispone que mientras el proceso de sucesión se encuentre en curso, el juez que lo estuviese conociendo será el competente para conocer de todos los procesos que versen sobre los conflictos relacionados con la sucesión y de los demandas que se formulen contra asignatarios, cónyuge o compañero permanente, o administradores de la herencia, por causa o con ocasión de ésta.

La práctica de medidas cautelares de carácter anticipado que autorice la ley le corresponde al juez que fuere competente para el trámite del proceso al que están destinadas. La demanda para promover este podrá presentarse ante el juez que decretó y practicó la medida cautelar, en cuyo caso no será sometida a reparto. Las autoridades administrativas podrán decretar y practicar estas medidas cautelares autorizadas por la ley.

Salvo norma en contrario, el solicitante deberá presentar la demanda dentro de los veinte días siguientes a la práctica de la medida cautelar, so pena de su levantamiento inmediato. El afectado en todo caso conserva el derecho a reclamar mediante incidente, la liquidación de los perjuicios que se le llegaren a causar.

BIBLIOGRAFÍA

AZULA CAMACHO, Jaime. "Manual de Derecho Procesal". Tomo I. Teoría General del Proceso. Octava edición. Editorial Temis, Bogotá, 2002.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. "Derecho Procesal". Tomo I. Concepto fundamentales. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.

DÍEZ-PICAZO, Luis - GULLON, Antonio. "Sistema de Derecho Civil". Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Editorial Tecnos. Madrid, 2000.

GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998.

JOSSERAND, Louis. "Derecho Civil". Tomo I. Volumen 2º. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch y Cia. Editores. Buenos Aires, 1952, p. 4.

PERAL COLLADO, Daniel A. "Derecho de Familia". Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989.

QUINTERO, Beatriz – PRIETO, Eugenio. "Teoría General del Derecho Procesal". Editorial Temis, Bogotá, 2008.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. "Derecho de Familia". Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1963.

SESTA, Michele. "Derecho de Familia Italiano. ¿Hacia nuevas transformaciones?". Universidad Externado de Colombia, 2003.