

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

*Medidas Provisionales
por causa de Divorcio*



FOR EL DR.
FRANCISCO ELADIO GOMEZ

Jurisprudencia Civil

El matrimonio, como materia mixta, no puede ser regulado exclusivamente ni por la Potestad Eclesiástica ni por la Civil. Sobre esta base, el artículo 19 del Concordato fijó la competencia privativa de la Iglesia en las causas matrimoniales que afectan el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, así como las que versan sobre la validez de los esponsales, y finalmente dijo:

«Los efectos civiles del matrimonio se registrarán por el Poder Civil».

El Estado, con fundamento en la aludida norma concordataria, reglamentó los efectos civiles emanados de aquel sacramento, y ordenó que la autoridad civil adoptara durante el curso del juicio de divorcio de matrimonio católico las providencias de que tratan los artículos 157 y 158 del C. Civil. (Artículo 4º de la Ley 95 de 1890).

TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín, diciembre cuatro de mil novecientos cuarenta y ocho.

En escrito fechado el 8 de junio postrero y dirigido al Juzgado Segundo Civil de este Circuito, el doctor N. N., abogado titulado, mayor de edad y vecino de este municipio, obrando como apoderado judicial del señor N. N. y refiriéndose a las medidas provisionales por causa de divorcio entre éste y la señora N. N., solicitó, basado en la doctrina contenida en

el artículo 157 del C. Civil, que se ordenara la práctica, entre otras medidas, de las siguientes:

El depósito de los menores N. N. en la persona del padre legítimo de éstos; el de la niña N. N., mientras dure el juicio de divorcio, en la persona de la madre legítima de ésta; y el de la señora N. N. de acuerdo con la regla segunda del artículo antes citado.

El Juzgado del conocimiento, previo concepto favorable del señor Agente del Ministerio Público, en providencia dictada el 17 de junio último, accedió a la súplica formulada por el doctor N. N. por ser ello legal y jurídico, y como consecuencia ordenó el depósito de los menores N. N. en la persona del señor N. N., padre legítimo de los citados menores; el de la niña N. N. en la persona de la señora doña N. N., madre legítima de aquélla; y el de la señora N. N. en la persona de doña N. N.

La cónyuge N. N. inconforme con el aludido proveído, por medio de apoderado constituido en forma legal, interpuso contra tal decisión el recurso de reposición para que fuera revocado. Subsidiariamente fue interpuesto el recurso de apelación.

El Juzgado, en resolución datada el 6 de julio del corriente año, repuso el auto a que ya se hizo alusión y en su lugar resolvió no acceder al depósito de los menores N. N. y de la señora N. N. hasta que se demostrara la necesidad de tomar tal medida.

El señor apoderado de N. N. consideró violatoria de la Ley la providencia revocatoria y por tal motivo interpuso para ante esta corporación el recurso de alzada, recurso que le fue concedido en el efecto suspensivo.

Habiéndose tramitado el asunto en esta instancia con observancia plena de las normas procesales de rigor, se entra a resolver definitivamente la presente controversia.

Según el recurrente, el señor Juez a quo sentó en su providencia una doctrina que no está acorde con las normas que reglamentan la materia aquí contemplada. Parece que el citado funcionario sentó tal doctrina «en vista de lo alegado por la peticionaria en su memorial de reposición, y a la no oposición por parte del Actor». En efecto, en la providencia que es materia de revisión a virtud de apelación se dijo:

«El Juzgado ya oído el concepto de la cónyuge no contradicho por el actor durante el término del traslado; claramente ve, que de acuerdo con el art. 792 cuando dice que «tales providencias se pueden tomar de una vez o a medida que vayan siendo menester» repondrá el auto recurrido en cuanto ordenó el depósito de los hijos y de la cónyuge, en la forma como se dispuso; ordenando que se suspenda el depósito hasta que se demuestre que es necesario tomar esta medida».

Las razones aducidas por el señor apoderado de la señora N. N. con la mira de obtener la revocatoria del auto proferido el 17 de junio del año en curso se pueden resumir así:

Tratarse en el presente caso de un divorcio imperfecto o semipleno de carácter eclesiástico; haberse establecido por el Derecho Canónico el depósito de la mujer por causas matrimoniales en beneficio de ésta; estar considerado por los tratadistas de Derecho Canónico el secuestro de la mujer y de los hijos como efecto civil inseparable del matrimonio católico y co-

responderle privativamente a la Autoridad Eclesiástica la decisión de los incidentes de hecho o de derecho que se originen de aquel sacramento; haberse ordenado por el artículo 792 del C. de P. Civil que las medidas preventivas allí indicadas las ha de tomar el Juez teniendo en cuenta que ellas se han consagrado especialmente para proteger a la mujer; y ser la urgencia un elemento que ha de comprobarse plenamente a fin de poderse tomar la medida indicada por el artículo 157 del C. Civil, requisito cuya existencia no se ha demostrado en el caso *sub judice*.

En cambio, el señor apoderado de N. N., en el memorial dirigido a esta corporación, expone con absoluta nitidez sólidas razones de carácter legal y jurídico tendientes a desvirtuar los argumentos aducidos por el doctor N. N. y a hacer ver que la última providencia emanada del Juzgado Segundo Civil de este Circuito es violatoria de la Ley.

A pesar de las razones expuestas por el señor apoderado de doña N. N., el Tribunal considera que en el caso hoy contemplado tiene jurisdicción para ordenar el depósito de los menores N. N. y de la madre legítima de éstos.

En efecto, es cierto que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 19 del Concordato que gobierna nuestras relaciones con la Santa Sede, son de competencia exclusiva de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afectan el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, pero no es menos cierto que **los efectos civiles del matrimonio se rigen por el Poder Civil**. De aquí la razón para que el divorcio en lo atinente a lo espiritual le corresponda al Poder Eclesiástico, y en lo relativo a lo temporal le corresponda al Poder Civil. En el caso hoy sometido a estudio se puede mirar como materia puramente temporal y como efecto de carácter civil lo tocante a los bienes que forman el patrimonio económico de los cónyuges, la libertad personal de la mujer, el cuidado de los hijos, etc., etc. Por consiguiente, de acuerdo con el Concordato de 1887, la autoridad civil sí tiene jurisdicción en el caso hoy contemplado.

Aún más: Los mandatos no menos claros que categóricos contenidos en los artículos 792, 793 y 794 de la Ley 105 de 1931 indican sin lugar a duda que la justicia ordinaria puede tomar las medidas preventivas consagradas por la autoridad civil.

Finalmente, el artículo 3º del Concordato está concebido en estos términos:

«La Legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta; pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República». (El Tribunal subraya).

El Dr. Fernando Vélez al comentar el artículo 16 de la Ley 153 de 1887, igual al 3º del Concordato dice:

«Por consiguiente, el Poder Judicial no puede aplicar ninguna disposición canónica y si entre una de ellas y una civil hay contradicción, sólo puede aplicar la última».

El Dr. Manuel J. Angarita dice al respecto:

«Siendo la legislación canónica independiente de la civil, y no formando parte de ésta, es claro que las autoridades de la República no pueden aplicar jamás las disposiciones de aquella legislación. En consecuencia,

en los casos de conflicto entre la legislación canónica y la civil, prefiere indudablemente la última, pues no pudiendo los funcionarios públicos abstenerse de resolver ni pudiendo tampoco aplicar la ley canónica, es fuerza que cumplan y hagan cumplir las leyes de la República. Además, para la acertada aplicación de una ley es preciso interpretarla, y nadie puede poner en duda que las autoridades civiles no son las llamadas a interpretar las leyes canónicas. Finalmente, téngase presente que el artículo 38 de la Constitución dice que la Iglesia Católica no es ni será oficial».

La propia significación de los vocablos «independiente» y «respetada» demuestran con claridad meridiana que las normas procedimentales de carácter eclesiástico no pueden ser aplicadas por los jueces civiles. En efecto, según el Diccionario de la Academia, *i n d e p e n d i e n t e* significa: «Exento de dependencia, autónomo», y *r e s p e t a r* indica: «Tener respeto». Esta última palabra significa: Obsequio, veneración, acatamiento. Si el Juez civil tuviera que aplicar la ley canónica, la interpretación de ésta quedaría a cargo de aquél, cuestión que es totalmente inadmisibles porque la Iglesia es la única que puede interpretar sus propias leyes. La interpretación de las leyes canónicas para la aplicación de ellas por un funcionario civil, lego en Derecho Canónico, sería un grave atentado contra la dignidad de la Iglesia y contra su propia independencia.

Demostrada la competencia del Poder Judicial para ordenar la práctica del depósito de la mujer y de los hijos en los juicios de **divorcio imperfecto o quoad thorum et cohabitationem**, resta agregar que el señor N. N. sí tiene pleno derecho para solicitar el secuestro de la mujer y de los niños. Tal derecho está clara y categóricamente consagrado por el artículo 157 del C. Civil, y en el evento de estar admitida la demanda de divorcio, la **urgencia** no es *conditio sine qua non* para que se ordene la adopción provisional de las medidas allí indicadas. El Código Civil consagra estas medidas, razón por la cual tienen carácter sustantivo y no adjetivo, ya que se refieren al régimen de las personas y de los bienes dentro de la sociedad familiar originada del matrimonio como contrato y como sacramento.

De conformidad con las normas sentadas por nuestro estatuto civil, conviene recordar que el patrocinado del doctor N. N. goza de la autoridad paterna, de la patria potestad y de la potestad marital.

La autoridad paterna la ejerce el padre sobre la persona del hijo; ella abarca facultades correccionales y directivas según lo dispuesto por el Tit. 12, Lib. 1º del C. Civil. Allí se establece que los hijos **estarán especialmente sometidos a su padre** (art. 250) y que las facultades correccionales sólo le corresponden principalmente al padre (art. 262).

La patria potestad se ejerce sobre los bienes del hijo y está reglamentada por el Tit. 14 del Lib. 1º de la obra mencionada.

El conjunto de derechos que la ley le confiere al marido sobre la persona y bienes de la mujer para llevar a cabo la dirección de la sociedad formada con ésta se llama potestad marital. Esta se encuentra fundada, según **Troplong**, en el orden de la naturaleza y en las leyes divinas y humanas.

Las normas que gobiernan estas materias, el contenido del artículo 157 del C. Civil y el categórico mandato del inciso 1º del artículo 792 del

C. de P. Civil, indican con toda nitidez que el inciso 2º de este artículo no puede referirse en manera alguna a las medidas preventivas de carácter personal consagradas por el Legislador. Es indiscutible que al establecerse por la Ley 105 de 1931 que el Juez debía tener en cuenta que las medidas precautelativas estaban consagradas especialmente para proteger a la mujer se tuvo en cuenta el antiguo régimen de bienes en el matrimonio y se quiso proveer sobre medidas de carácter puramente económico. Con posterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932, el citado inciso en lo tocante a la preferencia no tiene vigencia en virtud de derogatoria tácita, fenómeno jurídico que se presenta cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. Los razonamientos que sobre el particular hace el apoderado de N. N. son perfectamente jurídicos y por ende se aceptan íntegramente por el Tribunal. Estando demostrado que el inciso a que se viene haciendo alusión sólo se refiere a medidas de orden económico, es evidente que la doctrina sentada por el Juez a quo es peregrina y no tiene fundamento legal ni jurídico.

Finalmente, conviene anotar que el Juez a quo consideró el silencio de N. N. como argumento de suma importancia para sustentar la revocatoria del auto que ordenó el depósito de los menores N. N. y de la señora N. N. Pero conviene anotar que la carencia de oposición a la solicitud formulada por la cónyuge no sirve de fundamento en el caso presente. Parece que se aceptó por aquel funcionario sin limitación alguna el principio: **Qui tacet consentire videtur**. El silencio mirado en su acepción vulgar como la abstención de hablar no es el silencio jurídico, cuestión ésta no menos compleja que sugestiva.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la Ley, **REVOCA** la providencia proferida por el Juzgado Segundo Civil de este Circuito, el seis de julio postrero, y en su lugar se mantendrá la vigencia del auto datado el diez y siete de junio último.

Notifíquese.

FRANCISCO ELADIO GOMEZ G.
