

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
SECCIONAL TUNJA**



MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO

**“APLICACIÓN DEL SISTEMA DE DIVORCIO INCAUSADO EN LA
LEGISLACIÓN CIVIL COLOMBIANA.
Análisis de los Sistemas Causado e Incausado”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:
Presentado por: *ROSALBA ALARCÓN GERENA*
Dirigido por: *JOSÉ HELVERT RAMOS NOCUA***

Tunja, octubre de 2019

INDICE:

INTRODUCCIÓN

Capítulo I: MODELOS CAUSADOS E INCAUSADOS DIVORCIO. UNA MIRADA DESDE LA REGULACIÓN POSITIVA.

1. DIFERENTES REGULACIONES LEGALES DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL:

- 1.1. Sistemas causados de disolución del vínculo matrimonial
- 1.2. Sistemas Incausados de disolución del vínculo matrimonial
- 1.3. Sistemas Mixtos de disolución del vínculo matrimonial

2. REGULACIÓN LEGAL DEL DIVORCIO EN COLOMBIA: MODELO CAUSALISTA

- 2.1. Evolución histórica y antecedentes legislativos
- 2.2. Aspectos generales del divorcio en la normatividad procesal
- 2.3. El nuevo orden jurídico familiar
- 2.4. Últimos pronunciamientos jurisprudenciales

Capítulo II: REVISIÓN DEL MODELO CAUSALISTA DE DIVORCIO EN COLOMBIA A PARTIR DE PRINCIPIOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

1. El matrimonio como derecho fundamental
2. Relación del derecho a contraer matrimonio con otros derechos fundamentales
3. Aplicabilidad del sistema incausado en Colombia

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

Resumen: El presente documento reporta un estudio teórico descriptivo sobre los diferentes modelos jurídicos de divorcio del matrimonio civil o cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso, dentro de ellos, el causal, el incausado o unilateral y el mixto, analizando particularmente el modelo que aplica en la legislación civil colombiana, concluyendo que por reconocimiento a los nuevos principios del derecho de familia que se han incorporado a través de los tratados internacionales de derechos humanos de igualdad, libertad y autonomía, el estudio jurisprudencial debe conceder el libre acceso al divorcio.

Abstract: This document reports a descriptive theoretical study on the different legal models of divorce of civil marriage or cessation of the civil effects of religious marriage, including causal, uncaused or unilateral and mixed, particularly analyzing the model that applies in Colombian civil legislation, concluding that by recognition of the new principles of family law that have been incorporated through international human rights treaties of equality, freedom and autonomy, the jurisprudential study must grant free access to divorce.

Palabras claves: Matrimonio, divorcio causal, divorcio incausado, legislación, jurisprudencia, derechos humanos.

Keywords: Marriage, causal divorce, uncaused divorce, legislation, jurisprudence, human rights

“El matrimonio es el acto más solemne de la vida del hombre; el que más decisiva influencia ejerce sobre la dirección de las costumbres públicas. Institución encargada de arreglar la necesidad del más constante e irresistible impulso de la naturaleza humana; que eleva al hombre de la humilde condición de pupilo de las augustas funciones de la paternidad; punto de enlace entre los nietos y los abuelos, las generaciones pasadas y las presentes, el presente y el porvenir, sólo con un santo temor debemos abordar las cuestiones que afectan su duración y la esencia de los lazos que santifica.

El lazo conyugal consiste en el afecto reciproco de los esposos el cual jamás puede ser creado por el precepto de una ley. Las garantías de duración del matrimonio no pueden ser distintas de las de duración de los afectos, y estas no pueden mantenerse sino por la ternura cuidadosa de la mujer, la nobleza de los sentimientos del marido, su gratitud por la que llena su vida de encantos y por sus hijos que, prendas de un amor común, son el lazo más fuerte que une al corazón de los esposos.

La indisolubilidad del enlace es frecuentemente la causa de la frialdad, y aún tal vez de las desavenencias de los matrimonios”.

Camacho Roldan, 1984

INTRODUCCIÓN

Ante los cambios conceptuales que han afectado al derecho privado y las relaciones entre los ciudadanos, en especial las relaciones familiares, como el reconocimiento efectivo de la igualdad en las relaciones matrimoniales, el matrimonio entre parejas del mismo sexo y las uniones solemnes realizadas por estas últimas, el reconocimiento de otras formas de familia¹, se halla la necesidad de reexaminar las normativas al respecto, dado que el campo jurídico se exhibe más extenso, abierto y menos formal.

De antaño, las relaciones familiares permanecieron en el ámbito privado y supeditadas al querer de un jefe jerárquico, incluso, con el beneplácito del orden legal. Sin embargo, ello ha venido cambiando en la medida en que lo privado ha sido subsumido por lo público², revelándose un marcado intervencionismo de Estado en las relaciones familiares; esto, bajo la concepción constitucional de que la familia constituye la institución más importante e imprescindible de toda organización social, tal como es concebido y dispuesto en el orden jurídico internacional³.

¹ Al respecto, la jurisprudencia constitucional colombiana ha reconocido que las formas de composición familiar de la sociedad actual han cambiado. Indica que se revelan las originadas en cabeza de una pareja, surgida como fruto del matrimonio o de una unión marital de hecho con igualdad de derechos y obligaciones, y pueden o no estar conformadas por descendientes, pero también existen las familias derivadas de la adopción, nacidas en un vínculo jurídico, las familias de crianza, que surgen cuando “*un menor ha sido separado de su familia biológica y cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre [este] y los integrantes de dicha familia*” y las familias monoparentales, conformadas por un solo progenitor y sus hijos y las familias ensambladas. C. Const. Sent. T-292/16. Expediente T-5.273.833. M.P.

² En los últimos años, las discusiones doctrinales se han centrado en diferenciar entre lo público y lo privado y en establecer los límites entre estas dos dimensiones. Al respecto se pueden consultar autores como Bobbio Norberto y Bovero Michelangelo (1984), Varela Barrios Edgar (1998), Habermas, Múnica Ruiz Leopoldo.

³ “*La familia es una institución sociológica derivada de la naturaleza del ser humano, “toda la comunidad se beneficia de sus virtudes así como se perjudica por los conflictos que surjan de la misma”. Entre sus fines esenciales se destacan la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, el sostenimiento y la educación de los hijos. En consecuencia, tanto el Estado como la sociedad deben propender a su bienestar y velar por su integridad, supervivencia y conservación. Lineamientos que permearon su reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991. El constituyente reguló la institución familiar como derecho y núcleo esencial de la sociedad en el artículo 42 Superior. De acuerdo con esta disposición, la familia “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. En todo caso, el Estado y la sociedad deben garantizarle protección integral*”. C.C. 2016. Véase Sent. C-278/14 MP Mauricio González Cuervo.

El actual proceso de “constitucionalización del derecho privado” en cuya virtud, los derechos fundamentales han ocupado escenarios que estaban tradicionalmente reservados a la autonomía de la voluntad, ha determinado que muchas de las normas de derecho privado⁴ estén siendo revaluadas. Nuevos discursos conceptuales y dogmáticos estamos presenciando desde la jurisdicción constitucional, incluso desde el ámbito internacional, cuando se trata de determinar si se está frente a un problema de orden constitucional o si, por el contrario, es un problema de derecho privado que solo incumbe a las personas ligadas por una relación contractual privada (Diago, 2014)⁵.

Así, en el caso concreto del divorcio, las legislaciones civiles actuales también han venido sufriendo grandes cambios; en tal sentido, se hallan modelos que van desde la regulación taxativa de las causales justificativas de la terminación del vínculo matrimonial, hasta las que reconocen la sola voluntad de los cónyuges, es decir, sin mediación de causal alguna. Además, se exponen modelos que pueden considerarse híbridos por reconocer no solo las causales justificativas de la ruptura matrimonial sino también la voluntad de una o ambas partes como suficiente para terminarlo⁶.

Dentro del primer modelo, están aquellos estatutos que solo reconocen el divorcio como sanción al cónyuge culpable o incumplidor, dejando solo la legitimación de la acción por activa al cónyuge inocente⁷. Es el caso de la legislación civil colombiana que, para la disolución del matrimonio o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso,

⁴ Entendido como “el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los particulares entre sí”.

⁵ Al respecto, María del Pilar Diago refiere el fenómeno de la “contractualización del Derecho de familia” y al emergente papel de la voluntad individual en terrenos, hasta ahora, vedados a ella. Se observa un debilitamiento de la intervención del Estado en ámbitos del Derecho de familia y muy en especial, en el ámbito de las relaciones horizontales entre cónyuges, donde la autonomía de la voluntad encuentra su máxima expresión.

⁶ Es del caso resaltar el cambio legislativo de la legislación argentina en el ámbito del derecho privado (civil y comercial); también se puede consultar Rodríguez Pinto María Sara. Derecho de Familia 1ª Edición 2017 respecto al derecho matrimonial en Chile. En Brasil se puede encontrar el divorcio directo y el indirecto; el primero cuando se solicita la separación después de dos años de separación física de la pareja (art. 226 §5 de la Constitución Federal y en el artículo 1.580 §2° del Código Civil) y el indirecto cuando se hace dentro del año siguiente a la separación de cuerpos judicial (art. 1.580 del Código Civil) Pág. 129 en el Divorcio en el Derecho Iberoamericano.

⁷ Caso concreto, las legislaciones civiles Ecuador (art. 110 Código Civil) y Perú (art. 349 Decreto Legislativo N° 295- Código Civil).

independientemente de la modalidad asumida (contenciosa o de mutuo acuerdo), tiene establecido un sistema de divorcio casual taxativo.⁸ En otras palabras, legislaciones rigurosas, como la colombiana, dejan a la voluntad de las partes la formación del matrimonio⁹, pero para su disolución desconocen esa voluntad exigiendo la invocación de una causal que ella misma ha establecido a través de un procedimiento igualmente determinado. Sin embargo, algunas dejan la posibilidad de conseguir el divorcio de común acuerdo¹⁰.

En el segundo modelo, algunos ordenamientos jurídicos, pares al colombiano, han optado por un sistema más liberal tanto para la formación del vínculo matrimonial como para su disolución por divorcio. Como ejemplo, podemos enunciar la argentina, la española y la mexicana que han realizado reformas importantes en este sentido, reconociendo la decisión de los cónyuges, unilateral o bilateral, sin alegación de causa, en la terminación de su matrimonio, en respeto al principio de la autonomía de la voluntad y derechos fundamentales -el libre desarrollo de la personalidad-, como la rectora en el inicio y la terminación del matrimonio¹¹ (Ruíz-Rico, 2013).

Otros sistemas legales, tomando una posición más ecléctica, reconocen la voluntad de los cónyuges para dar por terminado el vínculo matrimonial sin invocar causal alguna, pero sin abandonar totalmente la concepción del divorcio-sanción o contencioso. Es el caso del derecho peruano, que a su vez que regula algunas casuales, también ofrece la posibilidad de solicitar el divorcio en forma unilateral¹².

⁸ Así lo señala el art. 154 del C.C., modificado por el art. 6 de la Ley 25 de 1992. C. Const. Sent. C-1495/00 de 2 de nov. M.P. Álvaro Tafur Álvarez.

⁹ Arts. 113 y 115 del C.C. Art. 16.1.b. de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

¹⁰ Consultar: El Divorcio en el Derecho Iberoamericano. Baumeister Toledo a propósito del derecho venezolano (pág. 650). Instituciones de Derecho de Familia en la Ley de Derecho Internacional privado Venezolana de Haydée Barrios. Derecho Familiar Internacional Cap. II. Pág. 243. Mabel Rivero de Arhancet y Beatriz Ramos Cabanellas del derecho uruguayo (pág.) y Toribio Martínez Zenteno en el derecho Boliviano (pág. 105). Guillermo Montoya Pérez hablando del divorcio en el derecho colombiano (pág. 167).

¹¹ En el derecho cubano se tiene el divorcio sin causa pero con consecuencias en el derecho de familia. El Divorcio en el Derecho Iberoamericano, pág. 223).

¹² *Ibidem*.

Con los cambios culturales que ha sufrido la sociedad, la familia y las personas y con la limitación del concepto de “orden público” en las relaciones familiares en primacía de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, se halla que es necesario hacer una revisión, teórica y práctica en la legislación colombiana del llamado “divorcio causal”, entendido como, que si una persona quiere el divorcio o cesar los efectos civiles de un matrimonio religioso está sometida a demostrar fácticamente la existencia de una de las causales consagradas taxativamente en la ley. Ello constituye el eje sobre el que versa el presente trabajo.

Expuesto así el tema de estudio, a partir del debate teórico descrito, la presente investigación responde a la siguiente pregunta general: ¿es conveniente, tanto legal como socialmente, mantener un modelo que puede generar mayor desgaste, no solo probatorio o procesal, sino también, frente a las terceras personas que pueden llegar a estar involucradas en el rompimiento de un matrimonio, como los hijos u otros integrantes del grupo familiar, o por el contrario, mantener el modelo como está reglado pero adecuado a las nuevas circunstancias culturales, dejando también a la voluntad de los cónyuges la decisión de dar por terminada su relación matrimonial cuando ya no representa un ideal de vida personal y familiar, teniendo en consideración que el matrimonio constituye una comunidad de vida y amor que no puede darse sino por la libre decisión de cada uno de los cónyuges?¹³. A partir de tal problemática, el objetivo general al que respondió el trabajo que aquí se expone fue: establecer, a partir de la actual situación jurídica y social colombiana, el modelo jurídico (la interpretación jurídica) concluyentemente acorde con las nuevas tendencias actuales de la institución familiar sobre matrimonio y divorcio en el país.

La investigación está dividida en dos capítulos. El primero obedece al objetivo específico propuesto de analizar los modelos causados e incausados de divorcio, características, efectos y regulación legal para concluir en la exposición del estado actual de la cuestión. En este sentido, se describirá el modelo causalista en la legislación colombiana, estructura y efectos, partiendo de una breve historia de la evolución de la familia, el

¹³ C. Const. Sent. C-533 de 2000. MP Vladimiro Naranjo Mesa.

matrimonio y el divorcio, terminado con los últimos pronunciamientos jurisprudenciales. Con este objetivo, se da respuesta a la siguiente pregunta de investigación: ¿La concepción o concepciones interpretativas vigentes sobre matrimonio y divorcio en Colombia son congruentes con las tendencias actuales?

En el segundo capítulo, se encuentra exposición en cuanto al segundo objetivo específico planteado consistente en elaborar una propuesta orientada a proponer una interpretación jurisprudencial sin cambiar el orden vigente en cuanto al sistema jurídico colombiano, a partir de los referentes teóricos-jurídicos vigentes del derecho fundamental a contraer matrimonio y su relación con otros derechos fundamentales, tales como la libertad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, entre otros, así, como la eficacia del modelo causalista de divorcio vincular frente a estos derechos fundamentales, en especial, la libertad de las personas al momento de escoger el tipo de convención que va regir su vida familiar, matrimonio o unión marital de hecho. Lo anterior, además, sin perder de vista que existen estudios que muestran los efectos negativos que este modelo puede causar en la organización familiar. Con este objetivo, se da respuesta a la siguiente pregunta de investigación que se planteó: ¿Cuál sería el contenido de la interpretación jurídica en Colombia sobre matrimonio y divorcio que responda a las tendencias teórico-jurídicas actuales?

Es necesario en este caso, considerar que la regulación del divorcio el ámbito internacional, toda vez que los compromisos del Estado colombiano frente a la adhesión y reciprocidad con otros Estados, da lugar a que se consideren los tratados internacionales que obligan a reconocer derechos humanos, sino que también hacen parte del Bloque de constitucionalidad. Al final, terminará la exposición con las conclusiones a las que se arribó con la presente investigación, a partir de los objetivos propuestos para responder a la problemática planteada, en respuesta a las preguntas de la investigación formuladas.

Por último, es necesario resaltar que la presente investigación fue elaborada a partir del análisis teórico de obras de autores que se refieren a la temática tratada, pero también a

partir del análisis y descripción de la legislación y jurisprudencia nacional e internacional, en especial, de pronunciamientos de constitucionalidad relevantes de algunas normas civiles en materia de matrimonio y divorcio. Además, también tienen en cuenta algunas investigaciones y artículos que se muestran no solo a favor sino también en contra del sistema causal y sus efectos negativos en las relaciones familiares.

Capítulo I:
MODELOS CAUSADOS E INCAUSADOS DE DIVORCIO:
DIFERENTES REGULACIONES LEGALES

Desde antiguas legislaciones, el matrimonio ha sido reconocido como la institución fundante de la familia y ésta a su vez, como institución básica de la sociedad¹⁴. Pero dicho reconocimiento no siempre fue del orden jurídico, sino que, en ocasiones, su reconcomiendo provenía del ámbito religioso o social. Como ejemplo, podemos citar las sociedades romana y griega, donde el matrimonio era reglado en todo por la religión y considerado como un acto privado que ningún poder público debía sancionar. Es así, como en la Roma de la época clásica, era concebido como “un hecho social que se justifica y fundamenta en la existencia y permanencia de la *affectio maritalis*” (González, 1989, p. 161); esto quiere decir, que no se entendía como una relación jurídica, sino sentimental, en consecuencia, su celebración no equivalía a la de un negocio jurídico que se perfecciona como acto formal de derecho privado (Albaladejo, 2007. Quiroz Monsalvo, 2014).

A pesar de ello, producía efectos jurídicos como dar origen a la familia civil (*iusta nuptia*) y a la legitimidad de la prole para la adquisición de la herencia, pero lo más importante, ponía a disposición del marido o de la mujer el divorcio, que era igual de informal que el mismo matrimonio. Bastaba que el marido o la mujer se separaran con la intención de divorciarse, incluso, se vieron en ocasiones maridos divorciados por iniciativa de la esposa, sin que ellos se hubieran enterado de tal situación o por el contrario, esposas

¹⁴ Para Medina Pabón “la familia de la sociedad antigua, además de ser el núcleo organizado encaminado a lograr la continuidad de la especie, también era la principal célula de producción económica y de sostenimiento de una porción importante de la población y era, así mismo, el sistema que permitía mantener y transmitir el conocimiento y cultura del grupo” (2014, pag.40)

divorciadas por repudio de sus esposos que debían abandonar el hogar conyugal con su dote para dirigirse al hogar del padre¹⁵.

En el Código de Hammurabi¹⁶ se puede leer en una de sus leyes: “*Si una mujer odia a su marido y afirma “No harás uso carnal de mí”, se determinarán los hechos de su caso en un juicio y, si se ha mantenido casta y sin falta en tanto que su marido es convicto de abandono y agravio, esa mujer no sufrirá castigo, tomará su dote (sheriku) y marcará a la casa de su padre*”. De igual forma se observa la siguiente disposición: “*La dote (sheriku) es siempre de la mujer, en caso de divorcio (como el contemplado en esta ley) la recupera y si muere pasa a ser de sus hijos. La dote es lo que garantiza a la mujer su subsistencia, lo cual no significa que sea ella quien la administre con independencia, pues la mujer está siempre bajo la tutela de un varón, sea el marido, el padre u otro pariente.*”

Siguiendo la tradición romana, la doctrina de la Iglesia católica considera la alianza matrimonial como institución natural, pero a su vez como sacramento. Se fundamenta en el consentimiento mutuo de los contrayentes bautizados revelando así su naturaleza contractual, sin olvidar que dicha alianza refleja la comunión de Cristo-Esposo con su Iglesia-Esposa, razón por la cual se confiere a esta la conducción pastoral y la organización del propio matrimonio¹⁷.

Esta visión cristológica del matrimonio no permite en consecuencia, que un matrimonio válidamente celebrado entre bautizados, rato y consumado¹⁸, se disuelva por divorcio o por la voluntad de los cónyuges, “*el matrimonio cristiano no puede ser separado del misterio de Cristo*” (1977). Esta tendencia de matrimonio indisoluble se ha venido

¹⁵ Fustel de Coulanges, Numa-Denis. La Ciudad Antigua. Editorial Panamericana. Tercera Edición 2000. Págs. 37 a 43.

¹⁶El Código de Hammurabi, creado en 1692 A.C., es uno de los primeros conjuntos de leyes que se han encontrado y el de los más conservados de este tipo en la antigua Mesopotamia. Consta de 282 leyes. **M. Pilar Rivero**, Una mirada hispana a la historia universal. Universidad de Zaragoza, Proyecto Clío 1999.

¹⁷ Documento de la Comisión Teológica Internacional Doctrina Católica sobre el Matrimonio. Introducción de Mons. Ph. Delhaye. 1977.

¹⁸ Un matrimonio *ratum et consummatum* es aquel matrimonio sacramentalmente contraído en la Iglesia y ratificado por los esposos mismos en su carne (Código de Derecho Canónico, canon 1061. Biblioteca de Autores Cristianos, Edición bilingüe comentada, Madrid, 1986).

aplicando en las sociedades que marcadamente han profesado la religión católica, pero con el auge del nuevo constitucionalismo y el reconocimiento de derechos fundamentales, entre ellos la libertad de cultos, ha cambiado hasta el punto de considerar como único matrimonio válido el civil.

Para el caso de Colombia, encontramos una referencia histórica sobre la forma como la Iglesia católica miraba la ley que sancionó por primera vez el matrimonio civil y el divorcio¹⁹, enunciando su abierta oposición por considerar que solo el matrimonio válido era el consagrado en su ideario:

*“Desde que la Iglesia ha declarado que el matrimonio entre católicos es un verdadero sacramento de la lei de gracia, es una consecuencia indudable i segura, que el contrato del matrimonio no es materia cuyo arreglo corresponde a la autoridad civil. Porque ¡qué es este sacramento, sino el matrimonio! I ¡qué es el contrato matrimonial, sino el matrimonio mismo!? Por manera que el sacramento es el contrato i el contrato es el sacramento i el que arreglar el contrato arreglará el sacramento. La nulidad del contrato anularía el sacramento, porque no puede haber sacramento sin contrato; i la nulidad del sacramento anularía el contrato, porque no puede haber contrato sin sacramento. Se ve por esto, que es imposible hacer una distinción real entre el contrato i el sacramento, porque sería distinguir el matrimonio del matrimonio; esto es, distinguir una cosa de sí misma”.*²⁰

Sin embargo, dicha concepción católica del matrimonio y el divorcio se fundaba en la condición confesionista del Estado y de las primeras Constituciones hacia la Iglesia católica como la religión única reconocida, pero esto cambia cuando se expide la

¹⁹ Ley del 20 de junio de 1853, sancionada por el gobierno liberal de José María Obando (Ley Obando). También se puede consultar a Puyana, Yolanda y Ramírez María Himelda, págs. 157-158.

²⁰ Tomado de: “Matrimonio”, El Catolicismo, No. 100, Bogotá agosto 13 de 1853p. 81. Texto citado en Revista Credencia Historia de mayo de 2012.

Constitución de 1853, de origen liberal, que reconoce la libertad de cultos y posteriormente con la Ley del 15 de junio de 1853, sancionada también por el Presidente Obando, donde se cesó toda intervención de la autoridad civil en los negocios relativos al culto; en otras palabras, esta ley definió la separación entre la Iglesia y el Estado (Monroy Cabra, 2014)²¹.

A partir de los cambios sociales y conceptuales del siglo XX, los actuales sistemas jurídicos que fundamentan el matrimonio y el divorcio y considerando la incidencia de la voluntad de los cónyuges en la disolución del vínculo, se puede clasificar en forma general los divorcios en causados e incausados. Sin embargo, también se observan sistemas que regulan el divorcio causal pero a su vez reconocen la libre decisión unilateral o bilateral sin alegación de causa. Todo esto con fundamento en los cambios que han tenido también los grupos familiares (Puyana, Ramírez, 2005, págs. 157-158).

1.1. Sistemas causados de disolución del vínculo matrimonial:

Los divorcios causados, corresponden a aquellos sistemas que exigen la invocación de una causal justificativa de la ruptura matrimonial de las que se encuentran en la ley civil o familiar. Son los llamados divorcios necesarios, cuya característica común es la necesidad de acreditar ante el órgano judicial una o más causales contempladas en la ley, las cuales varían de acuerdo a sus condiciones particulares, pero que se pueden asemejarse en algunos aspectos, como por ejemplo: el incumplimiento de deberes, las relaciones sexuales extramatrimoniales, la violencia o agresión física o psicológica, la embriaguez y el hábito de juego, la enfermedad grave que impide la convivencia, el abandono del hogar conyugal, entre otras²².

²¹ Susy Bermúdez, indica al respecto que el matrimonio se visualizó durante la mayoría de los años estudiados (1850-1886) como un contrato divino e indisoluble (Mujer y Familia durante el Olimpo Radical, p.60).

²² La disolubilidad del vínculo matrimonial ha estado presente desde las sociedades romana y griega. Según Iglesias (1993, págs. 337-338), dentro de las causales de disolución del matrimonio se encuentran el divorcio o *divortium*, que para el época era la pérdida de la *affectio maritalis* de uno de los cónyuges o ambos, es decir, la ausencia de consentimiento. Siendo el único objetivo del matrimonio religioso la perennidad de la familia, éste se podía disolver por divorcio en caso de que la mujer fuera estéril (Coulanges, 1997, págs. 46-50).

Este sistema exige entonces, que quien presente la solicitud de divorcio pruebe la concurrencia de la causal y además que no haya dado lugar a la misma, esto es, que la legitimación de la acción la tiene el cónyuge inocente. De igual forma, es común exigir que la demanda de divorcio se presente dentro de un término para evitar la caducidad de la acción o no se le reconozcan algunos derechos patrimoniales, como el de alimentos²³.

Llama la atención en algunas de estas legislaciones, no solo las partes deben invocar y probar una causal para lograr el decreto de divorcio, sino que además, imponen en la sentencia al cónyuge culpable sanciones de carácter pecuniario y restricciones de tiempo para contraer un nuevo matrimonio. Es el caso del Ecuador que impone un año contado desde la ejecutoria de la sentencia de divorcio (art. 106 C.C.).

Cabe señalar que algunas de las normativas ubicadas en este sistema causal, reconocen que el divorcio pueda ser solicitado también de común acuerdo por ambos cónyuges, presentando la solicitud conjuntamente sea ante el órgano judicial respectivo o el administrativo o notarial, dejando establecido plenamente el convenio respecto a los hijos menores de edad, si los hay, las obligaciones entre los cónyuges y el régimen de bienes gananciales.

Como ejemplo de las legislaciones que se encuentran en este sistema, aunque ya son muy pocas, está la contenida en el Código Federal de México²⁴, donde se regula el divorcio necesario basado en una de las causales contempladas en el art. 267, entre ellas, el adulterio, el abandono del hogar conyugal, realización de actos ilícitos o inmorales hacia el cónyuge o los hijos, tener un hijo la mujer dentro del contrato matrimonial y que después es declarado ilegítimo, la sevicia e injurias contra el otro cónyuge, entre otras, causales que solo pueden ser alegadas por el cónyuge que no haya dado lugar a la misma y dentro del término

²³ Dos fallos respecto a los alimentos, uno con relación a los cónyuges Sent. C.S.J. No. STC442-2019, Radicación n° 11001-02-03-000-2018-03777-00 M.P. Luis Alfonso Rico Puesta, sobre alimentos para cónyuges en proceso de divorcio fundado en causal objetiva.

²⁴ Nuevo Código Civil Federal de México, Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

respectivo. Como consecuencia, puede el cónyuge inocente obtener la asignación de una mesada alimenticia como sanción al cónyuge culpable y el reconocimiento de perjuicios.

Al respecto conviene aclarar en este punto, que México cuenta con 33 Códigos Civiles en los que solo algunos reconocen causales taxativas para el divorcio; otros, con fundamento en lo indicado por el Tribunal Constitucional que advirtió que *“obligar a una persona a permanecer casada en contra de su voluntad cuando no acredita las causales de divorcio es una medida inadecuada para proteger a la familia y con ella tampoco se protegen los derechos de sus miembros”*, realizaron el cambio de divorcio necesario al divorcio incausado, cambios que lograron en armonización con los derechos fundamentales de las partes y a los cuales se hará referencia más adelante.

El modelo del divorcio causado es el Código Civil del Perú. Allí se define el matrimonio como *“la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”* (Artículo 234). Con relación a su terminación contempla un sistema causal, ya que en su art. 349 remite para efectos de las causales por las cuales se puede demandar el divorcio, a las enumeradas en el art. 333, incisos del 1 al 12, esto es, las mismas que se regulan para la separación de cuerpos²⁵.

Un aspecto que resaltar en esta legislación la legislación civil peruana, que incluso puede llegar a diferenciarla de otras de su clase, son los efectos patrimoniales que produce el divorcio. En efecto, en el caso de la declaración de divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le

²⁵ El art. 333 del Código Civil del Perú indica como casuales para decretar la separación de cuerpos entre otras, el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado con la vida del cónyuge, la injuria grave que haga insostenible la vida en común, el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años, el consumo de SPA, la homosexualidad sobreviniente al matrimonio, la imposibilidad de hacer vida en común.

asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél y el excónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente.

Dicha declaración de divorcio puede así mismo acarrear el pago de una indemnización por concepto de reparación del daño moral, la pérdida de derechos gananciales que procedan de los bienes del otro cónyuge y la pérdida del derecho a heredar.

La legislación civil y general del Ecuador es otro de los ejemplos del sistema de matrimonio y divorcio causado. Es una de las normatividades que tuvo su origen en el código civil chileno de Andrés Bello. Ha sido objeto de varias reformas, pero en lo que tiene que ver con la regulación del matrimonio y el divorcio ha permanecido dentro del sistema causal. Es así como en su art. 105 reconoce que el matrimonio termina por la muerte de uno de los cónyuges, por sentencia de nulidad del vínculo, por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido y por divorcio, estableciendo las causales en el art. 110²⁶.

Dentro de la misma línea del divorcio necesario o causado y con muy pocas variaciones, se localizan asimismo las legislaciones de la República Bolivariana de Venezuela²⁷, Brasil²⁸, Paraguay²⁹ y Panamá. En este punto es bueno resaltar que las

²⁶ “Art. 110.- Son causas de divorcio: 1. El adulterio de uno de los cónyuges. 2. Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. 3. El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial. 4. Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro. 5. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro. 6. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas. 7. La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años. 8. El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano. 9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos”.

²⁷ La legislación venezolana admite el divorcio por las causales únicas del art. 185, pero en caso de separación de hecho de la pareja por más de 5 años o 10 si está en el extranjero, si se opone al hecho el otro cónyuge o el representante del Ministerio Público no se decretará el divorcio.

²⁸ Código Civil del Brasil. Arts. 1571, reconoce la disolución del casamiento por divorcio cuando se presentan algunos de los motivos enunciados en el art. 1573 y por otros factores que el juez considere que imposibilitan de la vida en común. Así mismo, los cónyuges pueden solicitar conjuntamente el divorcio después de un año de separación judicial de cuerpos.

²⁹ Código Civil del Paraguay. Arts. 163 (Texto modificado y actualizado por la Ley N°. 45/91 que establece el divorcio vincular del matrimonio), determina el divorcio vincular como forma de terminar el matrimonio. En

normatividades de origen romano-germánico mantienen una línea de divorcio causal, reconociendo la voluntad de las partes para la constitución del vínculo matrimonial, pero no para su disolución.

1.2. Sistemas Incausados de disolución del vínculo matrimonial:

Los sistemas incausados, también llamados de libre elección unilateral o bilateral, corresponden a aquellos en que el divorcio se concede por los órganos judiciales respectivos sin concurrencia de una causa, bien sea por solicitud de uno o de ambos de cónyuges.

Característica común a estos sistemas es el reconocimiento del consentimiento/voluntad de los cónyuges, como causal única para dar por terminado el vínculo matrimonial, sin necesidad de dar a conocer la causa real que dio lugar a su ruptura. En otras palabras, este sistema reconoce que la estabilidad, contenido y continuidad de la relación matrimonial va a girar alrededor de la voluntad unilateral o bilateral de los cónyuges. Ya no se depende de una normatividad basada en el incumplimiento grave o la separación de hecho para solicitar el divorcio vincular, pues la sola manifestación de no querer continuar con el matrimonio es suficiente para conseguir el divorcio.

Esta tendencia normativa viene siendo influencia por algunos modelos anglosajones y se evidencia más en las legislaciones europeas; así mismo, la práctica judicial ha colaborado en hacer una lectura más cercana a la realidad de los casos judiciales de su competencia, pues se convertían en juicios tediosos y de difícil valoración probatoria³⁰. Muchos de esas parejas ya habían consolidado nuevas relaciones de pareja o simplemente habían abandonado su “*affectio maritalis*” y no era su deseo continuar con el matrimonio.

el art. 4º de esta Ley se establecen las causales por las cuales se puede solicitar el divorcio vincular y solo mediante sentencia judicial.

³⁰ Al respecto, se evidencia como consecuencia del sistema casual la dificultad de diferenciar cuando se trataba de posibles incumplimientos de los deberes conyugales y las causas o razones que dieron origen a los mismos, llevando a su vez, una dificultad probatoria. Ruíz-Rico Ruíz, Castaños Castro (2009).

Algunos tratadistas (Ruíz-Rico Ruíz, Castaños Castro) consideran se ha preponderado la expresión “*principio del consentimiento*” como fundamento de este tipo de sistemas no causados, que han decidido basar la regulación del matrimonio y sus incidencias en el principio de libertad y libre desarrollo de la personalidad, el cual se manifiesta en la posibilidad del divorcio por petición unilateral de cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de alegar una causa o motivo, quitándole al Juez o funcionario competente cualquier posibilidad de desestimar dicha pretensión.

Como ejemplos de esta nueva tendencia en el reconocimiento de la voluntad como única causal para el divorcio vincular se encuentran las normatividades de España, algunos estados federados de México, como el Distrito Federal, Morelia, Argentina y Perú.

España llega a este sistema incausado mediante la Ley 15 del 8 de julio de 2005, que modificó sustancialmente el modelo basado en el incumplimiento grave/reiterado de los deberes conyugales y la separación física durante un periodo de tiempo más o menos amplio. Ahora, por el contrario, se puede obtener el divorcio en cualquier momento cuando lo solicite uno de los cónyuges, sin necesidad de alegar algún motivo.

El derecho español alcanza la reforma después de examinar las consecuencias negativas que el anterior sistema ocasionaba, como por ejemplo: la ley no preveía sanciones ajenas a la decisión unilateral de ruptura de la convivencia, aparte de la ruptura legal del vínculo; los tribunales consideraron que no se podía forzar la continuación del matrimonio en una convivencia no deseada, dado que ello podía ser perjudicial para los cónyuges; el problema de diferenciar posibles incumplimientos de deberes conyugales y las causas u origen de los mismos, llevando a la idea de una “crisis matrimonial objetiva”, que daba pie a la separación y con posterioridad al divorcio, pero incluso desde el punto de vista procesal, en ocasiones, se terminaba por otorgar divorcios en procesos en que aún no había transcurrido el plazo de tiempo exigido para solicitarlo, si resultaba que dicho plazo se cumplía antes de dictarse la sentencia, por razones de economía procesal.

El nuevo sistema, basado en una perspectiva contractual, individualista y búsqueda de la felicidad y desarrollo personal y tutela de la intimidad de los cónyuges, privilegia el principio “del consentimiento” como base de la regulación del matrimonio y el divorcio. Es así como se explicita en el código civil español la posibilidad del divorcio por petición unilateral de cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de invocar una casual específica y sin posibilidad del operador judicial de desestimar la pretensión, salvo que no se cumpla con el período de tres (3) meses de vigencia del matrimonio.

Característica especial de este nuevo modelo y que quedo claro en la exposición de motivos de la Ley 15 de 2015, es “la preponderancia del consentimiento” de los cónyuges en la regulación del matrimonio. Al respecto se lee en dicha exposición:

“...La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga más adecuado reflejo en el matrimonio...”

...Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado en el art. 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación.

...En suma, la separación y el divorcio se concibe como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. De este modo, se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuidad de su

*convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos*³¹.

Otra de las legislaciones que dio el cambio del sistema causal al incausado es el argentino, pues a través del nuevo código civil y comercial unificado (Ley 26.994), no solo implicó la modificación en las causales de divorcio sino también en el proceso y sus efectos, ya que el divorcio continúa siendo judicial.

Esta nueva ley eliminó las causales de divorcio, dando paso a un único modelo: el divorcio incausado o sin asignación de culpas, el cual implica que no hay necesidad de exteriorización de las causas, ni subjetivas ni objetivas. Establece en su art. 437 lo siguiente: «*El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges*».

Al respecto es pertinente traer a colación lo indicado por Herrera (2014, págs. 308 y 309) sobre la forma de leer el régimen del divorcio incausado «*Esta regulación es coherente con la idea -realista, por cierto- de que si un matrimonio se celebra y mantiene por la voluntad de dos personas, si una de ellas ya no quiere continuar o seguir adelante con el proyecto de vida en común, el matrimonio no puede continuar, y es por ello que se debe habilitar a uno o a ambos a petitionar el divorcio. De este modo, si ambos integrantes están de acuerdo, es claro que la petición será conjunta, pero ya si uno de ellos no quiere continuar el matrimonio, también se habilita a que este solo solicite el divorcio por aplicación del principio de libertad y autonomía personal*».

Uno de los fundamentos de la reforma argentina que es importante referir es el expresado por María Olga Sánchez Martínez³²:

³¹ Cita de Ruíz-Rico y Castaños Castro. “Matrimonio y Divorcio: sistemas legales de divorcio. La acción de divorcio. Los pactos matrimoniales”.

³² Sánchez Martínez, María Olga, "Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿La familia en crisis?", en Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Madrid, Universidad Alcalá- Defensor del Pueblo- Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Alcalá de Henares, 2011, **Citada por Herrera, Marisa, pág. 288.**

“Diversas transformaciones económicas, políticas, sociales, religiosas, morales y culturales han contribuido a modificar el desenvolvimiento de la vida familiar y a pluralizar los modelos de familia. Como factores, para tratar y valorar los cambios familiares en los últimos años, han de tenerse en cuenta: la modificación de las condiciones económicas marcadas por el paso de la producción al consumo; las transformaciones de un mercado laboral más flexible que exige ciertas destrezas de relación, hasta ahora ligadas al ámbito privado; la mayor movilidad geográfica y social; el creciente aislamiento producido en las condiciones actuales de la vida urbana; la disminución de las presiones económicas, morales, sociales y jurídicas para contraer o disolver el matrimonio; la secularización de la vida; la libertad sexual despojada de arcaicos condicionamientos morales; los avances tecnológicos en materias biológicas y médicas; la cultura democrática y sus técnicas de diálogo y argumentación insertadas en el ámbito familiar; el papel central del amor en el establecimiento y mantenimiento de la unión familiar; o la pluralización y los procesos de individualización en las formas de vida”.

Pero también es necesario resaltar el fundamento de orden constitucional que se tuvo en cuenta para esta reforma. La aparición al mundo jurídico del derecho humano de toda persona a la vida íntima y familiar y las garantías que de él derivan, se vieron reflejadas en los valores y principios constitucionales que fundamentan el derecho de familia; en otras palabras, se requería que los valores de la ley familiar coincidieran con los textos constitucionales, pero no solo con estos, sino que armonizaran con los principios señalados por las normas internacionales de derechos humanos. De ahí que se afirme que el proceso de constitucionalización del derecho de familia en Argentina fue el hilo conductor de la reforma de 2014.³³ Ese bloque de constitucionalidad en Argentina, integra importantes documentos de derechos humanos como la Convención Europea y la Convención

³³ Kemelmajer De Carlucci, Aída. “Tratado de derecho de Familia”. Tomo I Arts. 401 a 508. Rubinzal-Culzoni Editores. Capítulo Introductorio. Pág. 28

Iberoamericana, que incorporan expresamente el “derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar” (art. 8 CEDH y art. 11.2 CIDH).

En el caso de México, el código civil del Distrito Federal³⁴ regula el divorcio vincular, en el que se indica que el divorcio disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro y lo clasifica en incausado (sin expresión de causa) y voluntario (art. 4.88). Es incausado cuando cualquiera de los cónyuges lo solicita sin que exista necesidad de señalar la razón que lo motiva y es voluntario cuando se solicita de común acuerdo. En el primer caso, el divorcio podrá pedirse por uno de los cónyuges en forma unilateral, con la sola manifestación de la voluntad de no querer continuar con el matrimonio, ya que no está obligado a señalar al juez la causa de su petición (art. 4.91).

La característica sustancial del nuevo tipo de divorcio, al que se le ha denominado popularmente "exprés", consiste en que se derogan las tradicionales causales de divorcio y el divorcio voluntario tipo judicial, el cual puede ser promovido por ambos cónyuges o unilateralmente y con la sola manifestación de voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que para ello se señale causa alguna.

Mediante la sesión de revisión No. 1869/2009 del nueve (9) de marzo de 2011, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³⁵ realizó el examen de constitucionalidad del Decreto del tres (3) de octubre de 2008, por el que se reformó y derogó el Código Civil y de procedimiento civil para el Distrito Federal, en particular, lo relativo al sistema adoptado sobre la tramitación del divorcio sin causa.

En dicha sentencia se concluyó que la norma es concordante con la Ley Fundamental, por cuanto “...se respeta la libertad de los cónyuges al expresar su voluntad de no continuar casados, lo que logra un ambiente adecuado para su bienestar emocional

³⁴ Código Civil para el Estado Federal de México (1928), reformado el 3 de octubre de 2008. Última reforma publicada en la Gaceta del Gobierno el 22 de junio de 2015.

³⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sala Primera. Ministro Ponente JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ y Secretario: JESÚS ANTONIO SEPÚLVEDA CASTRO. Sesión del 9 de marzo de 2011.

que trae como consecuencia, el que se mantenga la armonía entre los integrantes del núcleo familiar, además de que los fines que el Estado persigue para proteger la organización de la familia es el evitar que exista la violencia con motivo del trámite de los divorcios necesarios, por lo que incluso se protege a los menores que a veces se encuentran en medio de esos conflictos”.

Igualmente se determinó que la nueva ley era constitucionalmente viable para aplicar a los procesos de divorcio que se encontraran en trámite al momento de entrar en vigencia, pues resultaría inconveniente seguir con dicha controversia, dado que con base en el nuevo sistema es suficiente la sola petición de una de las partes para obtener la disolución del vínculo sin que sea necesaria la declaratoria de culpabilidad.

Otras de las razones consideradas por el legislador mejicano para acceder a este sistema incausado de divorcio, fueron las consecuencias adversas que los juicios donde se demanda el rompimiento del vínculo matrimonial producían, no solo para las partes sino para los hijos y al resto de la familia; de ahí la necesidad de evitar que en este tipo de procesos se erosionen mucho más las relaciones del núcleo familiar y evitar el enfrentamiento entre personas y familias, avivando sentimientos de odio, violencia, egoísmo; además, estos procesos conllevan un mayor desgaste de las partes involucradas, lo que suele trascender al equilibrio anímico de ellos como de los demás miembros de la familia³⁶.

Antes de la reforma coexistían del 3 de octubre de 2008, para la disolución del vínculo matrimonial se establecían tres tipos de divorcio: el divorcio administrativo ante el juez del registro civil, el divorcio judicial denominado voluntario o de mutuo consentimiento y el divorcio necesario judicial contencioso o necesario; después de la reforma y teniendo en cuenta las diversas legislaciones civiles federadas, coexisten diversos tipos de divorcio: el judicial contencioso o necesario, el judicial voluntario o de mutuo

³⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. Serie Cuernillos de Trabajo No. 4. “Trámite procesal del Juicio de divorcio sin expresión de causa”. Introducción. XIII. México. 2012

acuerdo, el administrativo ante el juez de registro civil y el administrativo y el incausado o exprés (Méndez, 2014).

-El contencioso o necesario es aquel en el que cualquiera de los cónyuges acude al órgano judicial a solicitar la disolución del vínculo acreditando la existencia de una causal de las contempladas en el código civil.

-El voluntario es aquel en que ambos cónyuges acuden de común acuerdo ante el Juez para solicitar la disolución del vínculo, presentando un convenio respecto a sus obligaciones recíprocas y con la prole, si la hay, y el régimen patrimonial, vigente

-El administrativo es el realizado ante el funcionario del estado civil por ambos cónyuges mayores de edad, que tengan más de un año de casados, sin hijos vivos o concebidos y de común acuerdo hayan liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

-El incausado o exprés, en el que cualquiera de los cónyuges puede acudir al órgano jurisdiccional para solicitar el divorcio sin expresar causal alguna, el cual se caracteriza por un fácil paso a la disolución del vínculo matrimonial, pues para acceder a él solo se requiere la solicitud unilateral de uno de los cónyuges a quien se le libera de la carga de expresar y probar la causa que generó la solicitud, a la que el juez por lo general, debe acceder, sin olvidar en forma alguna, las obligaciones

Los Estados que contemplan el divorcio incausado, combinado con el voluntario o de común acuerdo y administrativo, son el Distrito Federal, como quedo antes referido, Coahuila, Gurrero, Hidalgo, Estado de México, Quinta Roo, Sinaloa y Yucatán. Los restantes Estados federados combinan el divorcio necesario con el voluntario y administrativo.

1.3. Sistemas Mixtos de disolución del vínculo matrimonial:

Dentro de este marco teórico que se ha descrito, han de considerarse los sistemas mixtos que además de regular el divorcio causal, también reconocen la libre decisión unilateral o bilateral de los cónyuges sin alegación de causa. Para el efecto, han mantenido

en la legislación el divorcio sanción o de reproche y a su vez, han reconocido que la sola voluntad de los cónyuges es suficiente causa para darlo por terminado.

Es el caso de la legislación civil del Uruguay inscrita en la línea intermedia o mixta, pues en los arts. 186 y 187 de la Sección V de la Disolución del Matrimonio del Código Civil, se establece que el matrimonio se disuelve por divorcio y este a su vez, puede ser pronunciado por las causales indicadas en el art. 148 ibídem (separación de cuerpos) y por mutuo acuerdo. Sin embargo, se encuentra una variación importante que merece ser resaltada y es la concesión del divorcio por la sola voluntad de la mujer. Al respecto se indica en el mencionado artículo:

“En este caso la solicitante deberá comparecer personalmente ante el Juez Letrado de su domicilio, a quien expondrá su deseo de disolver el matrimonio. El Juez hará constar en acta este pedido y en el mismo acto fijará audiencia para celebrar un comparendo entre los cónyuges en el que se intentará la conciliación y se resolverá la situación de los hijos, si los hubiere, se fijará la pensión alimenticia que el marido debe suministrar a la mujer mientras no se decrete la disolución del vínculo y se resolverá sobre la situación provisoria de los bienes...”

La concesión del divorcio por esta sola voluntad de la mujer no podrá solicitarse sino pasados dos años de celebrado el matrimonio y el Juez siempre decretará el divorcio sea cual fuere la oposición del esposo.

A su vez, algunas legislaciones exigen para el ejercicio de la acción de divorcio que haya transcurrido un término desde la celebración del matrimonio, término que oscila entre los tres meses a un año.

De otra parte, desde la vigencia de los nuevos sistemas jurídicos de divorcio sin causa, el “principio del consentimiento” no solo ha influenciado en la formación del

matrimonio y sus efectos, sino también ha afectado otros aspectos que todavía no han sido materia de regulación legal ni de pronunciamiento jurisprudencial; tal es el caso de los deberes conyugales, su posible infracción y el resarcimiento de perjuicios, así como el tipo de acción que conlleva. Así mismo, la influencia en la nulidad matrimonial y la filiación de la prole. Pero por ahora, solo se dejaron enunciados pues no hacen parte de la presente investigación.

2. EL DIVORCIO EN COLOMBIA: MODELO CAUSALISTA

2.1. Evolución histórica y antecedentes legislativos:

El divorcio en Colombia aparece por primera vez con la Ley del 20 de junio de 1853, un mes posterior de ser emitida la Constitución Política Liberal de 1853, ley sancionada por el entonces Presidente José María Obando. Esta norma constaba de ocho títulos y 55 artículos. Contemplaba las condiciones mediante las cuales se podían realizar matrimonios civiles, asignaba la competencia para su celebración en los jueces parroquiales de cada distrito en presencia de dos testigos hábiles; determinaba los deberes y derechos de los cónyuges; trataba sobre las demandas de nulidad del matrimonio y, lo que fue motivo de mayor polémica, definía la disolución del vínculo mediante divorcio, bien por delito de uno de los cónyuges o por mutuo consentimiento.

Esta ley, en apariencia, reflejaba las ideas más avanzadas de los liberales de la época, pero a su vez, no fue tan progresista como se quería expresar, pues las estructuras y concepciones sociales y familiares sobre las cuales se fundamentó no lo fueron (Velásquez, 1989, pp. 9-60).

El discurso dominante en Colombia, en la segunda mitad del siglo XIX, era el de la necesidad de promover y defender la constitución de familias nucleares que bajo el sagrado tutelaje de la Iglesia Católica garantizaran la existencia de sanas costumbres, lo cual redundaría en beneficio de una sociedad y una nación progresista (Aristizábal, 2012).

Sin embargo, este ideal de familias nucleares que buscaban consolidar un ideal de Nación, solo garantizaba la estabilidad social y económica de los miembros de la familia de las élites, y posibilitaba la legitimidad de los herederos de sus bienes. Al parecer, para la Iglesia católica era claro que en los sectores más pobres de la población las familias se constituían de hecho (Henaó, H. (1994).

Las siguientes cifras estadísticas referidas por Aristizábal (2012) permiten confirmar esta afirmación: el número de casamientos registrados en la ciudad de Bogotá en 1848 fue de 17; en 1850 de 6; en mayo de 1851 de 7; en julio de 1851 de 10; en diciembre de 1851 de 8; en mayo de 1852 de 19³⁷, teniendo en cuenta que la población total de la Provincia de Bogotá era en estos años de 320.000 habitantes aproximadamente³⁸.

Pero para entender estas condiciones y cifras, se debe tener en cuenta que la familia de esta época se basaba en el modelo tradicional patriarcal y cristiano, dentro del cual la maternidad era considerada un hecho natural, pero necesitaba ser consagrado por el rito del matrimonio, el cual era para las mujeres, su “destino ineludible”; además, se mantenía la idea de dependencia de las mujeres con respecto de los varones y de sus familias, no solo desde el punto de vista personal sino también patrimonial. Se les insistió a las familias en la necesidad de establecer lazos de alianza y ayuda mutua; se les exigió la coresidencia de las personas que la conformaban (o sea papá, mamá e hijos); y se consideró que la institución tenía como principal objetivo la procreación (

Otro aspecto importante a tener en cuenta es que el papel de aculturación religiosa de la familia y el control de la conducta institucional por parte de la Iglesia católica solo se evidencio en los comienzos del siglo XIX dentro de ciertas clases sociales, mientras que en otras apenas se insinuaba su adecuación a las pautas españolas. En algunos estratos

³⁷ Datos tomados de los “Cuadros de movimiento de población”, en El Constitucional, Nos. 230, 293, 311, 320, 346 y 367, Bogotá, enero 20 de 1848; febrero 15, junio 14 y agosto 24 de 1851; enero 24 y junio 19 de 1852.

³⁸ Consultar Monroy Cabra, Derecho de Familia y de Menores, Ediciones del Profesional, 2007 (10ª Edición).

populares convivían las creencias aborígenes con los patrones castizos, o los dos cumplían procesos de sincretismo en las normas de la institución familiar; sin embargo, no faltaban aquellos grupos que se resistían abiertamente a la intervención foránea (Gutiérrez de Pineda, 1963).

Según Gutiérrez, este fenómeno mirado en sentido espacial, vino a determinar nuevas normas primitivas que estructuraban la familia, como eran los grupos de negros cimarrones, en las costas y en las hoyas fluviales; o amplias zonas del centro donde se evidenciaba la presencia del grupo americano, o grupos dispersos donde predominaba la pauta hispánica, practicada por una población de su herencia, conformaban un trasplante del mundo hispánico a Colombia. Para la autora, esto vino a construir las zonas culturales de la familia actual.

La ley de divorcio se da, entonces, en un periodo donde se quería romper con los lazos del colonialismo que hasta ese momento todavía imperaban desde antes de la independencia. Desligarse de normas, reglas y costumbres traídas por los europeos cuando llegaron a América, muchas de las cuales fueron impuestas a la fuerza, era primordial para favorecer un mundo más libre e igualitario. Este periodo es conocido en la historia de Colombia como el “Olimpo Radical”, que se refiere a los gobiernos liberales que trataron de introducir estos ideales a través de reformas para dejar atrás el estado colonial, en especial, iniciar un proceso de laicización de las instituciones jurídicas, dentro de ellas, el matrimonio.

En el país, hasta ese momento, solo estaban respaldados legalmente los lazos familiares que se establecían a partir del matrimonio, preferentemente católico e indisoluble; el matrimonio civil y el divorcio sólo fueron aceptados en el país entre 1853 y 1856, o sea durante algunos años de gobierno liberales. Incluso, en algunas de las Constituciones Políticas como la de 1832 y de 1853 de la Nueva Granada, y más tarde, en los Estados Unidos de Colombia en 1863, se estableció como uno de los requisitos para ser ciudadano ser casado o haberlo estado (Henaó, 1994).

Los sectores liberales más radicales consideraban al respecto que "*...entre las reformas que en beneficio del pueblo se han consumado desde el advenimiento del principio liberal al Gobierno de la República, ninguna más importante, ninguna más radical que la que establece i reglamenta el contrato del matrimonio*"³⁹. Para ellos, lo importante de esta reforma radicaba principalmente en que el porvenir del hombre no estaba ligado al tipo de Gobierno o a la religión, sino a la familia.

Sin embargo, el debate político que generó la ley y la abierta oposición de la Iglesia al matrimonio civil y el divorcio con argumentos de orden teológico, dio lugar a que unos meses después, en 1854, Antonio del Real⁴⁰, como Secretario de Estado en el Despacho de Gobierno, realizaba un balance de los efectos de la ley y proponía reglamentar con urgencia los efectos civiles de la misma, frente a los inconvenientes prácticos que se estaban evidenciando en su trámite, situación que fue aprovechada por los detractores para derogarla dos años después mediante la Ley de 8 de abril de 1856⁴¹. A partir de allí, se prohíbe en la legislación colombiana la disolución del vínculo matrimonial por divorcio.

Con la unificación nacional bajo el imperio de la Constitución Política de 1886, la expedición del Código Civil en 1887 y principalmente con la suscripción del primer Concordato entre Colombia y la Santa Sede en 1887, las cosas cambiaron para el matrimonio civil. El periodo conocido como "la Regeneración" dio a los sectores conservadores la chance de proclamar una hegemonía de la Iglesia Católica sobre los campos cultural y político; en lo político, garantizara la perpetuación de la república

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ Del Real, A.: Informe del Secretario de Estado del Despacho de Gobierno de la Nueva Granada al Congreso Constitucional de 1854, Bogotá, Imprenta del Neogranadino, febrero 1 de 1854, pp. 24-25. Tomado de Aristizábal (2012).

⁴¹ "Ley 8 de abril de 1856 sobre matrimonio", en Codificación nacional de todas las leyes de Colombia desde el año de 1821, hecha conforme a la Ley 13 de 1912, t. 16, Bogotá, Imprenta Nacional, 1930, pp. 24-32. "Esta ley consagraba en igualdad de condiciones tanto el casamiento celebrado ante un juez como el celebrado por el rito religioso; reconocía los efectos civiles del matrimonio católico siempre y cuando se registrara ante notario una vez celebrado; y, quizás lo más importante, se legislaba sobre la separación de los cónyuges, pero sin desaparecer el vínculo matrimonial, lo que en la práctica era semejante a la tradición de la boda católica. El artículo 4º definía que el matrimonio solo podía disolverse por la muerte de alguno de los contrayentes. Es decir, la figura del divorcio vincular desapareció" (Aristizábal, 2012).

católica y en lo cultural, la instauración de un nacional-catolicismo (Beltrán, 2013:41). En el campo jurídico, el matrimonio se visualizó como un contrato divino e indisoluble (Bermúdez, 1987).

El Código Civil Colombiano, adoptado mediante Ley 57 de 1887, comprende las disposiciones legales sustantivas que regulan las relaciones entre los particulares, su estado civil, bienes, obligaciones y contratos. Desde entonces, se encuentra consagrado en el art. 113 el matrimonio civil, acogiéndose como única causa para darlo por terminado la muerte de uno de los cónyuges⁴².

El progresivo reconocimiento legal de los derechos de la mujer en el ámbito familiar, dio lugar a que se expidieran leyes como la 28 de 1932, mediante la cual se reguló el régimen patrimonial del matrimonio, el Decreto 2820 de 1974 “*por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y los varones*” y la 1ª de 1976⁴³ por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regulan la separación de cuerpos y bienes en el matrimonio civil y en el canónico, y lo más importante, se otorga el derecho de la mujer para solicitar el divorcio en igualdad de condiciones que el hombre.

El texto original del art. 154 del C.C. relacionado con las causas que dan lugar al divorcio señalaba: “*el adulterio de la mujer, el amancebamiento⁴⁴ del marido, la embriaguez habitual de uno de los cónyuges y el absoluto abandono de la mujer de los deberes de esposa y madre, y el absoluto abandono del marido de los deberes de esposo y padre, y, el ultraje, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ellos peligran la vida de los cónyuges o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos*”. Como se puede observar, en esta legislación las relaciones sexuales extramatrimoniales recibían un trato

⁴² Código Civil, el art. 152 en su texto original decía: “El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges”.

⁴³ Publicada en el Diario Oficial No. 34492 del 18 de febrero de 1976.

⁴⁴ “El *amancebamiento* consiste en las relaciones sexuales permanentes o estables entre dos personas que no son casadas entre sí. Consiste en una situación social más o menos durable, que puede desarrollar o no en forma concubinaria o de cohabitación de los mancebos”. Código Civil Colombiano. Edición Especial del Centenario 1887-1987. Superintendencia de Notariado Y Registro, Ministerio de Justicia. C.S.J. Sent. 27 de junio de 1969. G.J. T.CXXX, pág. 187.

diferencial; en tanto que un solo acto de la mujer originaba el divorcio o la separación, mientras que en el hombre, se exigía el trato permanente y constante entre el hombre y la manceba.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ratifica el carácter taxativo de las causales de divorcio del art. 154 del C.C., pues refiere que la separación judicial no puede ser sino la consecuencia de la petición de uno de los cónyuges contra el otro, por una de las causales señaladas por la ley, pues debe haber declaración judicial de certeza en lo relativo a los hechos que se le imputan al culpable o a aquellos que, desbordando los aspectos propiamente sancionatorios atribuibles a la institución, son catalogados por el legislador como contrarios al estado matrimonial y perturbadores de los fines mismos de la familia⁴⁵.

Arriba la Ley 25 de 1992⁴⁶, mediante la cual se desarrolla el inciso 9º del art. 42 de la Constitución Política, al regular el divorcio vincular del matrimonio civil y la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio religioso. Desde la expedición de la Ley 1ª de 1976 hasta la expedición de la Ley 25 de 1992, la situación de disolución de los matrimonios era de divorcio vincular para el matrimonio civil y la separación de cuerpos, en tanto que el matrimonio católico mantenía su carácter de indisoluble. Con la aparición de la Ley 25, se introduce el divorcio como medio de cesar todos los efectos civiles de los matrimonios celebrados por los ritos de cualquier confesión religiosa, incluida la católica⁴⁷, sin embargo, esta nueva regulación sigue inscrita en el sistema tradicional causalista.

El artículo 6 de esta ley, que modifica el artículo 154 del Código Civil, estableció dos tipos de causales para solicitar el divorcio: unas denominadas subjetivas, relacionadas con el incumplimiento de obligaciones y deberes conyugales, solo alegables por el cónyuge inocente, y que dan lugar al divorcio sanción, dentro de las que se encuentran las causales

⁴⁵ C.S.J., Sala Cas. Civil. Sent. Abril 8/88. Cita 0764 Código Civil y legislación complementaria, Legis.

⁴⁶ Diario Oficial No. 40.693 de 18 de diciembre de 1992.

⁴⁷ C. Const. Sent. C-27 febrero 5/93 MP. Simón Rodríguez Rodríguez.

1⁴⁸, 2⁴⁹, 3⁵⁰, 4⁵¹, 5⁵² y 7⁵³ del artículo 154; otras llamadas causales objetivas, que se relacionan con el rompimiento de los lazos afectivos que motivan el matrimonio, alegables por cualquiera de los cónyuges que desee disolver el vínculo matrimonial, como las causales de los numerales 6⁵⁴, 8⁵⁵ y 9⁵⁶.

A partir de aquí, se han realizado solo algunos pronunciamientos jurisprudenciales del alto Tribunal Constitucional con relación a las causales de divorcio, como por ejemplo, las sentencias C-1495 de 2000 y C-985 de 2010, que hacen el estudio de constitucionalidad de las causales de divorcio en cuanto a la separación de hecho (Numeral 8 del art. 6 de la Ley 25 de 1992) y la caducidad para demandar el divorcio (art. 156 del código civil), respectivamente, las cuales se analizarán más adelante.

2.2. Aspectos generales del divorcio en la normatividad procesal:

El Código General del Proceso, promulgado mediante la Ley 1564 de 2012⁵⁷, establece en el Libro Tercero, Sección Primera, las disposiciones procesales como se deben tramitar los asuntos sometidos a los Procesos Declarativos, puntualmente, a las reglas procesales a las que se deben sujetar los procesos de divorcio. Al ingresar en la legislación procesal colombiana el sistema oral, el trámite del proceso declarativo verbal se desarrolla en dos etapas: una escritural y otra por audiencias. La escritural hace referencia a la

⁴⁸ “Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges.”

⁴⁹ “El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.”

⁵⁰ “Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.”

⁵¹ “La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.”

⁵² “El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.”

⁵³ “Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.”

⁵⁴ “Toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.”

⁵⁵ “La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años.”

⁵⁶ “El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia.”

⁵⁷ Ley 1564 de 2012. Diario Oficial 48.489 de 12 de julio de 2012.

demanda, su admisión, contestación y formulación de excepciones; la oral, a las audiencias inicial (art. 372) y de instrucción de juzgamiento (art. 373).

El artículo 388 *ibídem*, regula el proceso de divorcio, junto con la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso, donde se determinan las disposiciones especiales y reglas de obligatorio cumplimiento por parte del Juez y las partes y otras facultativas para proteger y garantizar el derecho de los cónyuges y en especial de los hijos menores de edad, los cuales se pueden enunciar así, para en el siguiente capítulo abordarlos con relación a su aplicabilidad en un nuevo sistema:

- La participación del Ministerio Público como parte en los procesos de divorcio, dentro del ejercicio de sus funciones en defensa de los derechos de la infancia, la adolescencia y la familia, enfatizando en que solo emite conceptos.

- En la demanda y su contestación, las partes deben, en lo posible, manifestar y proponer un convenio en que se exprese el régimen que regulará la patria potestad, custodia y cuidado personal, alimentos y visitas.

- La exigencia de que concurran personalmente los cónyuges a las audiencias dispuestas, so pena de las sanciones procesales y pecuniarias a que hay lugar por inasistencia injustificada; sin embargo, se permite conceder autorizar a apoderado judicial para representar la parte investido con facultades específicas para este proceso.

- La facultad procesal de presentar demanda de reconvencción oponiéndose a la pretensión de divorcio o igualmente solicitando el divorcio por las mismas causas o diferentes.

- La facultad del Juez de Familia de dictar sentencia de plano si las partes llegaren a un acuerdo, siempre que se encuentre ajustado al derecho sustancial; dar por terminado el proceso por desistimiento o reconciliación y dictar sentencia anticipada si las partes de común acuerdo se lo solicitan o no hayan pruebas que practicar⁵⁸.

- Posibilidad de los cónyuges de convertir en cualquier estado de la causa, la demanda de divorcio contenciosa en demanda de divorcio de común acuerdo.

⁵⁸ Arts. 278 y 388 del C.G.P

-La facultad que tienen las partes para transigir la Litis, desistir de las pretensiones,

-Solicitud de medidas cautelares después de interpuesta y admitida la demanda: separación provisional de los cónyuges; alimentos provisionales a favor del cónyuge demandante o reconvenición e hijos; tenencia y cuidado provisionales de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por una tercera persona; administración y conservación de los bienes sociales, embargo y secuestro de los mismos.

-La sentencia deberá asegurar adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes de cada cónyuge inherente a la patria potestad de los hijos comunes menores de edad e incapaz, la obligación alimentaria que uno de los cónyuges debe al otro, si es el caso (art. 389 C.G.P.).

-Procedencia del recurso ordinario de apelación para revisar las resoluciones de divorcio ante el Tribunal Superior respectivo.

Igualmente, la ley procesal tiene prevista la demanda de divorcio por mutuo consentimiento por aplicando el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria (art. 577 num. 10 C.G.P.), demanda que exige como requisito esencial que se anexe el convenio, firmado por ambos cónyuges, que regule los regímenes de ejercicio de la patria potestad, alimentos, custodia y cuidado personal de los hijos menores de edad o incapaces, así como las obligaciones mutuas como cónyuges, el cual queda debidamente aprobado por el Juez en la sentencia que se dicte reconociendo el consentimiento de los cónyuges para terminar el matrimonio. Este requisito también está previsto cuando el divorcio se tramite de común acuerdo ante Notario, acuerdo que debe ir avalado por el Defensor de Familia con el fin de garantizar y proteger los derechos de los hijos menores de edad e incapaces.

De otra parte, es importante resaltar que la legislación colombiana reconoce y da efectos a las sentencias de divorcio que se emitan en el extranjero, lo que nos lleva al exequátur⁵⁹, esto es, al reconocimiento de sentencias dictadas por jueces de otros países

⁵⁹ Exequátur, que significa en latín, ejecútese. Constituye una excepción a la soberanía en la administración de justicia en virtud de la internacionalización del derecho y las relaciones jurídicas de reciprocidad legislativa con otros países.

para que tengan plenos efectos jurídicos en Colombia, siempre y cuando la causal por la cual se decretó el divorcio también esté contemplada en la legislación colombiana.

2.3. El nuevo orden jurídico familiar:

Con el transcurso de tiempo y ante la promulgación de la Constitución de 1991, desde donde se pregonaba la igualdad entre los miembros de la pareja que conforman el matrimonio, la progenitura responsables, igualdad de los hijos y sobre todo, el reconocimiento de la familia como institución básica de la sociedad, los cambios culturales y familiares no se hicieron esperar⁶⁰.

En Colombia, la familia es reconocida constitucionalmente como la institución más importante en el ordenamiento jurídico colombiano, que por el carácter de entidad social cambiante a lo largo del tiempo, y por causa de las circunstancias históricas, políticas, sociales y económicas que la rodean es erigida como el núcleo de la sociedad; es por este motivo, que la institución familiar goza de protección constitucional y legal especial (Guío, 2009).

Al reconocer la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (art. 7 Constitución Política), también se reconoció que no existe un solo tipo único y privilegiado de familia, sino por el contrario, un pluralismo evidente de acuerdo al vínculo que la origina, pues puede ser tanto de origen natural como de carácter jurídico; también se reconoce la que tiene origen en la voluntad responsable de conformar una familia. Bajo esas condiciones, la familia legítima originada en el matrimonio es hoy uno de esos tipos posibles⁶¹. En otras palabras, en virtud del principio de igualdad y con el fin de proteger a

⁶⁰ Constitución Política, arts. 5 y 42. Art. 17 de la Convención Americana sobre los derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (Ley 16/72), establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

⁶¹ C. Const. Sent. T-523 septiembre 19/92. MP. Ciro Angarita Barón. La Corte Constitucional frente al concepto de familia en el derecho colombiano, empieza por diferenciar “familia” de “matrimonio”, para decir que el matrimonio es tan solo una forma, entre varias, de constitución de la familia. López Medina Diego.

las familias conformadas por un vínculo matrimonial como a las constituidas por la voluntad de las personas que unen sus vidas mediante vínculos naturales, la Carta Política de 1991, eliminó las distinciones existentes entre el matrimonio y la unión marital de hecho como formas de conformar una familia.

Las normas constitucionales que hacen referencia a la familia pueden resumirse en: los principios fundamentales al ampararla como institución básica de la sociedad (art. 5°), protección que se deriva en mandatos como la prohibición a la discriminación por razones del origen familiar; también se hace referencia al derecho fundamental a la intimidad familiar y establece la obligación de respeto y hacerlo respetar (art. 15); es también derecho fundamental la libertad personal y familiar (art. 28); a su vez el art. 42 establece en relación a la familia las siguientes disposiciones: protección a las formas de conformar la familia, por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de conformarla, por matrimonio o por voluntad responsable de conformarla (inciso 2°); la inviolabilidad de su honra y dignidad (inciso 3°), igualdad de derechos y deberes de la pareja, en las relaciones familiares y el respeto mutuo entre sus integrantes (inciso 4°), igualdad de derechos y deberes de todos los hijos (inciso 6°), la paternidad libre y responsable (Guío, 2009).

Teniendo en cuenta el proceso de constante evolución del concepto de familia⁶² y su regulación constitucional, la Corte Constitucional ha establecido que se entiende por familia *“aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más*

Cómo se construyen los derechos. Universidad de los Andes. Legis. Pág. 119. En igual sentido, la Sent. C-070 de 2015 MP. Martha Victoria Sáchica Méndez de 18 de febrero.

⁶² “Es importante señalar que la familia siempre será una entidad en constante cambio en razón a las variaciones en las dinámicas sociales que la atraviesan, pero que independientemente de estas, generalmente ha conservado las funciones que en todas las sociedades le han sido asignadas como institución primaria para la transmisión de valores y tradiciones (socialización primaria), producción, reproducción, protección de la vida, control social y que con los cambios contextuales se transforma la manera en que se desempeñan”. Vela Caro Andrea Catalina.

próximos”⁶³. En tal sentido también la jurisprudencia constitucional ha definido el alcance del concepto de familia, y de manera general ha señalado que es “*un fenómeno sociológico que se comprueba cuando dentro de un grupo de personas se acreditan lazos de solidaridad, amor, respeto mutuo y unidad de vida común, construida bien por la relación de pareja, la existencia de vínculos filiales o la decisión libre de conformar esa unidad familiar*”⁶⁴. Bajo tal entendido, la familia no responde necesariamente a una estructura de tipo parental, sino que puede tener existencia en otras diversas maneras que tienen las personas para relacionarse.

También ha indicado la Corte que el concepto de familia no puede ser ajeno al principio de pluralismo, porque en una sociedad plural no puede existir un concepto único y excluyente de familia, incluyendo en este último la surgida del vínculo matrimonial⁶⁵.

Respecto a la consagración y protección especial de la familia en la Constitución de 1991, puntualmente la Corte Constitucional ha indicado:

“Prevaleció el propósito de consagrar una expresa y particular protección constitucional de la familia la cual debería referirse al derecho que le asiste a todo ciudadano a tener una familia, a la inviolabilidad de esa familia y a la protección de las funciones básicas que cumple la familia y que le explican dentro de una sociedad, como núcleo esencial de la misma. En consecuencia, tal protección no se agotaría en un tipo determinado de familia estructurada a partir de vínculos amparados en ciertas solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas

⁶³ C. Const.: Sents. C-271 de 2003 y C-577 de 2011.

⁶⁴ C. Const. Sent. T-281 23 de julio de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁶⁵ C. Const., Sent. C-577 de 2011, MP G. Mendoza Martelo.

de la familia; v. gr. -concubinatos- velando porque la protección en ese caso se extienda a la propia concubina”⁶⁶.

Bajando ya al campo legal, encontramos diferentes leyes que han servido para el desarrollo de las políticas de atención especial y protección a la institución familiar. Entre ellas, encontramos las siguientes: La ley 65 de 1993, mediante la cual se expide el código Penitenciario y Carcelario⁶⁷; la ley 137 de 1994, reglamentaria de los estados de excepción establece la “intangibilidad del derecho a contraer matrimonio” y protección a la familia, derechos de los niños⁶⁸; la Ley 258 de 1996 que establece la afectación a vivienda familiar; la Ley 294 de 1996, modificada por las Leyes 575 de 2000 y 1257 de 2008, la cual tiene por finalidad la prevención, remedio y sanción a la violencia intrafamiliar⁶⁹; Ley 311 de 1996 que crea el Registro Nacional de Protección Familiar, que contiene la inscripción de las personas que se sustraigan injustificadamente de la obligación alimentaria⁷⁰; Ley 495 de 1998, que modifica la Ley 70 de 1931, sobre patrimonio de familia inembargable; Ley 82 de 1993⁷¹ mediante la cual se expiden normas para apoyar a la mujer cabeza de familia y la Ley 750 de 2002⁷² mediante la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario.

Podemos enunciar más normas que regulan distintos aspectos de la familia y de sus integrantes, pero no se puede dejar de invocar la Ley 1361 de 2009 (modificada por la Ley 1857 de 2017⁷³), mediante la cual se crea la protección integral de la familia, partiendo de la regulación constitucional. Es así como su artículo primero indica “*La presente ley tiene por objeto fortalecer y garantizar el desarrollo integral de la familia, como núcleo*

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ Diario Oficial No. 40.999, de 20 de agosto de 1993. Modificada por las Leyes 415 de 1997 y 504 de 1999

⁶⁸ Diario Oficial No. 41.379., de 3 de junio de 1994

⁶⁹ Diario Oficial No. 42.836, de 22 de Julio de 1996 y Diario Oficial No. 43889 de 11-FEB-2000

⁷⁰ Diario Oficial No. 42.855 de 14 de agosto de 1996

⁷¹ Diario Oficial No. 41.101 del 3 de noviembre de 1993.

⁷² Diario Oficial No. 44.872 del 19 de julio de 2002.

⁷³ Ley 1857 de 2017, para adicionar y complementar las medidas de protección de la familia de la Ley 1361 de 2009, publicada en el Diario Oficial No. 50.306 del 26 de julio de 2017

fundamental de la sociedad". En ella, se plasman los diferentes principios, planes, programas y políticas relacionados con la familia.

El precedente referente legislativo es importante por cuanto considera a la familia como un "sujeto de derechos" y por lo tanto, el Estado y la Sociedad le deben garantizar el ejercicio pleno de los siguientes derechos: "Derecho a una vida libre de violencia; Derecho a la participación y representación de sus miembros; Derecho a un trabajo digno e ingresos justos; Derecho a la salud plena y a la seguridad social; Derecho a la educación con igualdad de oportunidades, garantizando los derechos a la asequibilidad, adaptabilidad, accesibilidad y aceptabilidad, en condiciones de universalidad, equidad, calidad y gratuidad; Derecho a la recreación, cultura y deporte; Derecho a la honra, dignidad e intimidad; Derecho de igualdad; Derecho a la armonía y unidad; Derecho a recibir protección y asistencia social cuando sus derechos sean vulnerados o amenazados; Derecho a vivir en entornos seguros y dignos; Derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos; Derecho a la orientación y asesoría en el afianzamiento de la relación de pareja; Respeto y libertad en la formación de los hijos de acuerdo a sus principios y valores; Derecho al respeto recíproco entre los miembros de la familia; Derecho a la protección del patrimonio familiar; Derecho a una alimentación que supla sus necesidades básicas; Derecho al bienestar físico, mental y emocional, y Derecho a recibir apoyo del Estado y la Sociedad para el cuidado y atención de personas adultas mayores"⁷⁴.

Como se puede observar, la legislación colombiana es muy generosa en cuanto a las formas de protección de la familia y a sus diferentes miembros: mujeres en estado de embarazo, madres y padres cabeza de familia, niños, niñas y adolescentes, tercera edad, jóvenes, personas con discapacidad; pero también existe protección familiar en situaciones especiales como conflicto armado, desplazamiento y desaparecimiento forzados, secuestro, entre otras⁷⁵. Por ello, en palabras de Guío Camargo, "con la Ley 1361 de 2009 se crea una

⁷⁴ Ley 1361 de 2009, art. 4°. Diario Oficial No. 47.552 de 3 de diciembre de 2009

⁷⁵ Según López Medina, "Por vía de interpretación textualista de la constitución, la familia no está formada necesariamente por la pareja adánica. Se trata de una realidad social más compleja, formada por "vínculos naturales" que el Estado debe reconocer y proteger. La familia nuclear biparental sigue siendo la imagen más

norma jurídica para la protección integral y universal de la familia colombiana y se establecen las disposiciones necesarias para la elaboración de una política pública para la familia⁷⁶.

Esta protección especial de la familia se completa con la obligación del Estado, a través de sus diversos poderes y organismos, de brindarle todas las herramientas necesarias para su buen desarrollo y alcance su objetivo ideal, cual es formar hombres y mujeres íntegros, con valores y virtudes, capaces de transformar su entorno y calidad de vida (Álvarez, 2011). El Estado en cumplimiento de sus obligaciones como garante debe vigilar y custodiar de los derechos de las personas e intereses de la sociedad, lo cual realiza a través de leyes, políticas, programas y planes.

De otro lado, al hablar de la Familia no se puede olvidar que antes de ser una institución reconocida jurídicamente es una institución social. *“La familia es una de las formas de organización social más compleja; es un grupo social heterogéneo, complejo y cambiante que reúne en el espacio géneros, generaciones, funciones diferentes y comunes, responsabilidades y dependencias”*, que no se limita a la “familia de residencia” u “hogar”, sino que configura redes extraespaciales de identidad y solidaridad. *“Su composición, las necesidades y las responsabilidades de sus integrantes, varían a lo largo de la vida, sin que pueda establecerse una escala de complejidad que privilegie a una o a otra forma de organización. Aunque la familia se organiza en un espacio habitacional concreto, sus lazos, sus obligaciones, sus formas de control y de apoyo, trascienden el espacio y la supervivencia diaria”*⁷⁷.

tradicional de familia, pero ya se reconoce que las familias se forman y se reconfiguran de muchas maneras complejas, fruto a veces de planes voluntarios de vida y a veces de la contingencia y las vicisitudes vitales”. Pág. 123

⁷⁶ Guío Camargo, Rosa Elizabeth. Págs. 72 y 73.

⁷⁷ Rico De Alonso, Ana. Políticas sociales y necesidades familiares en Colombia. CEPAL, 28 y 29 de junio 2005 Sala Medina. “Formas Cambios y tendencias en la organización familiar en Colombia”. Revista Nómadas. Universidad Central. Edición No. 47. Pág. 111

Los cambios que ha sufrido la familia no solo desde su consagración constitucional sino desde sus funciones básicas de conyugalidad/sexualidad, convivencia/ reproducción, no solo deben tenerse muy en cuenta en el momento de implementar políticas y programas a favor del grupo familiar, sino cuando se van a realizar modificaciones legales.

Como señala Rico De Alonso (2005), que no obstante, pese a la magnitud de estos cambios, la estructura o morfología externa de la familia tiene una permanencia en el tiempo, en especial por las siguientes razones:

- La familia sigue organizándose alrededor de dos funciones básicas: la conyugalidad y la reproducción de la especie⁷⁸, y algunos de los cambios no son registrados en los recuentos de censos y encuestas, como la reincidencia conyugal y la recomposición de familias con hijos de uno/a de los/as cónyuges. El registro de familia sigue mayoritariamente mostrando la presencia de un/a jefe, cónyuge e hijos, independiente del tiempo de convivencia, las uniones anteriores, o la filiación de los/as hijos/as. La sumatoria de las categorías de jefe, cónyuge, e hijos, es de 80%.
- Las profundas transformaciones en las relaciones entre sus miembros escapan igualmente al registro estadístico macro; algunas se infieren de la estructura, como el caso de la separación; otras se obtienen de fuentes especializadas que se centran en el individuo y no en la familia, como las de violencia doméstica, desempleo, salud.

Teniendo en cuenta las estructuras familiares, los indicadores sociodemográficos y la multiplicidad de fuentes, en Colombia se encuentran las siguientes tipologías familiares: la familia llamada nuclear, que predomina al igual que en todos los países de la región, organizada en relaciones de pareja y/o de reproducción; las familias extendidas, con una estructura más compleja que incorpora relaciones filiales, parentales, fraternales⁷⁹; la

⁷⁸ Chávez Hernández Efrén indica que “la familia, ha contado a lo largo de la historia con tres finalidades: una natural (unión de hombre y mujer, procreación y conservación de la especie), una moral espiritual (lazos de afecto, solidaridad, cuidado y educación de la prole) y una tercera de carácter económico (alimento y techo)”. *Cita de Rico de Alonso Ana (2005, pág. 5).*

⁷⁹ Esta familia se conoce con el nombre de familia numerosa, concepto introducido por la Ley 1361 de 2009 en el art. 8º: “*Teniendo en cuenta la importancia de la familia dentro de la sociedad, el Gobierno Nacional*

familia compuesta que apenas representa un 5% del total, y los no-parientes el 3%; por tanto, esta modalidad puede asimilarse a la extendida. Según las tendencias en la organización familiar en los últimos años, se presenta un aumento de las personas que viven solas y de las familias extendidas, junto con una disminución de las formas nucleares de pareja con hijos, y un leve incremento en las monoparentales. Estos cambios pueden asociarse con factores como ganancias en la autonomía de jóvenes y de mujeres adultas, migración de personas solas, rupturas de uniones, parejas duolocales, maternidad no nupcial. El incremento en las formas extendidas, refleja el comportamiento del tejido familiar que recoge a parientes en situación de pobreza, desempleo, desplazamiento, separación, orfandad (Rico De Alfonso, 2005)⁸⁰. También se han encontrado nuevas formas de comportamiento, esparcimiento e ideologías que han modificado la manera como se estructura la familia, actualmente, por ejemplo, familias sin hijos, matrimonios de fin de semana, familias monoparentales, familias reconstituidas, parejas de hecho, hogares unipersonales o familias homoparentales (Fernández, 2013)⁸¹.

Otras corrientes doctrinales señalan que el concepto y tipologías de familia también deben obedecer a otros lineamientos distintos a la diferencia de sexo⁸², por lo que la Corte Constitucional, acogiendo estos nuevos criterios, ha realizado varios pronunciamientos hito en los que ha reconocido derechos a las parejas del mismo sexo, como el derecho a constituir una familia, modificando de forma radical la doctrina constitucional que mantuvo el criterio de heterosexualidad como definitorio del concepto de familia, concepto que fundamento en la consagración que realizó la carta magna del modelo de Estado social de

establecerá las estrategias y acciones necesarias a fin de proteger y apoyar a las familias numerosas. Se considerarán familias numerosas, aquellas familias que reúnen más de 3 hijos”.

⁸⁰ Tomando por Rico De Alfonso de CEPAL, Tabulaciones de Encuestas de Hogares.

⁸¹ Citado por Vela Caro

⁸² Consultar: Familias, cambios y estrategias. Capítulo 11: La Familia en Colombia a partir del Siglo XX. Ximena Pachón. Págs. 147. Rodríguez, Pablo. “La familia en Colombia”, en *La familia en Iberoamérica 1550-1980*. Universidad Externado de Colombia, Convenio Andrés Bello, Bogotá: Colección Confluencias, 2004, p. 277. La familia desde una visión de género de Meler, Irene y Burín, Mabel. *Género y familia*. Buenos Aires: Ed. Paidós. 1998, p. 20. Las Familias en el Siglo XXI. Una mirada desde el derecho. Capítulo 3: Modelos Familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística, Nuria González Martín, pág. 57. Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Estudios Jurídicos No. 205. 2012.

derecho participativo y pluralista, como el contenido en el Art. 1º, que incluye dentro de sus fines la protección de las libertades, credencias y derechos de todas las personas⁸³.

Otro ejemplo significativo es la sentencia T-292 de junio 2 de 2017, donde se indica que en Colombia no solo se debe igual protección a las familias originadas en una pareja, matrimonial o de unión marital de hecho, sino también a las familias derivadas de la adopción, nacidas en un vínculo jurídico, las de crianza o de facto, que surgen de la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos consolidando núcleos familiares de hecho⁸⁴, las monoparentales, conformadas por un solo progenitor y sus hijos y las familias ensambladas⁸⁵.

En conclusión, no solo debemos considerar a la familia como un sujeto de derechos y grupo social reconocido y protegido constitucionalmente, sino también como un derecho a nivel esencial, tal es el caso de los niños, niñas y adolescentes se le reconoce su condición de fundamental.

A partir de esta nueva concepción que se tiene de la institución familiar, la cual por mandato constitucional no solo se origina legítimamente del matrimonio, sino de la mera voluntad de las personas que deciden responsablemente en conformarla, es procedente analizar las normas jurídicas que regulan la disolución del vínculo matrimonial, para establecer si existen otras alternativas distintas a las ya reguladas legislativamente y sobre todo, para sincronizar esta legislación a las nuevas concepciones de la familia colombiana,

⁸³ El estudio realizado a partir de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo, ha variado a partir de las sentencias de la Corte Constitucional, que han extendido derechos de las parejas heterosexuales a las parejas del mismo sexo y se ha transformado en un concepto de familia pluralista. Sent. C-075 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁴ C. Const. Sent. T-606 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos y Sent. T-233 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo. Exp. T-4.666.658. C.S.J. Sala de Casación Civil. STC 6009-2018. Rad. 25000-22-13-000-2018-00071-01 del 9 de mayo de 2018.

⁸⁵ En sentencia T-519 de 2011, la Corte Constitucional indicó que las familias ensambladas merecen toda la protección constitucional, pues, *“cambiadas, asediadas, fracturadas, /o reconstruidas, las familias siguen siendo, y lo serán por mucho tiempo, los lugares donde se crían los humanos, donde se incorporan pautas de socialización y modos relacionales que luego son transferidos a los contextos sociales más amplios”*.

ya que los cambios que se den en la organización familiar y su concepción misma, deben también reflejarse en el plano legal.

En este nuevo orden familiar es necesario referenciar la protección especial de la familia desde el ámbito internacional, que influye en el bloque de constitucionalidad como parte del ordenamiento jurídico interno. En este sentido, se encuentran la Declaración Universal de los Derechos humanos, el Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que coinciden en reconocer a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, sobre la que se constituye la misma, asignándole al Estado la responsabilidad de protección y asistencia⁸⁶.

2.4. Últimos pronunciamientos jurisprudenciales:

Como se indicó anteriormente, la legislación colombiana está inscrita en un sistema causalista, ya que para decretar el divorcio, el consorte inocente debe invocar y probar la ocurrencia de alguna de las causales justificativas contempladas en el artículo 154 del Código Civil, modificado por el artículo 6 de la Ley 25 de 1992⁸⁷, causales que van desde el incumpliendo grave e injustificado de los deberes que el contrato matrimonial impone (causales subjetivas) hasta la separación de hecho por un lapso de tiempo (causal objetiva), sin olvidar que también contempla el divorcio por mutuo acuerdo, judicial o notarial.

Ahora bien, lo que se evidencia en los últimos pronunciamientos jurisprudenciales es mantener el sistema causalista, sin tener en cuenta los cambios jurídicos, sociales, económicos y culturales que han tenido las relaciones familiares y en especial, los nuevos enfoques constitucionales y convencionales. A continuación se pueden referenciar algunos de estos pronunciamientos:

⁸⁶ C. Const. Sent. T-281 23 de julio de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁸⁷ Ley 25 de 1992. Diario Oficial No. 40.693, de 18 de diciembre de 1992.

-Sentencia C-985 de 2010 de la Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, sobre los plazos de caducidad para el ejercicio de la acción de divorcio por parte del cónyuge que no dio lugar a ciertas causales, evento en el cual el Alto Tribunal consideró que dichos plazos vulneran los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad e intimidad y resulta una medida innecesaria y desproporcionada. Reiteró la Corte que efectivamente el Legislador es el único que puede establecer los términos de caducidad de las acciones judiciales, pero al mismo tiempo, deben resultar acordes con los principios y fines del Estado de derecho, como la justicia, los derechos fundamentales de las personas, especialmente los referentes al acceso a la justicia, el debido proceso y deben responder al principio de proporcionalidad de tal manera que haga nugatorio el derecho de acción.

Dentro de su facultad, el legislador expidió el artículo 10 de la Ley 25 de 1992, que modificó el artículo 156 del Código Civil, estableciendo que el cónyuge inocente solo puede instaurar la demanda de divorcio dentro de unos términos precisos: si se basa en las causales 1ª (relaciones sexuales extramatrimoniales) y 7ª (conductas tendientes a corromper o pervertir al otro cónyuge u otras personas del núcleo familiar) deben ser invocadas dentro del año contado a partir de cuando tuvo conocimiento de su ocurrencia y en todo caso, no mayor de dos años contados desde cuando efectivamente tuvieron lugar dichas conductas.

A juicio de la Corte, los términos antes indicados no son proporcionados desde el punto de vista constitucional, pues a pesar de que la medida persiga como fines legítimos la estabilidad del matrimonio y garantizar que las sanciones ligadas al divorcio con fundamento en una causal subjetiva se establezcan dentro de un término razonable y predecible, no es necesaria en relación con ninguna de estas finalidades; los mismo puede lograrse a través de medios menos restrictivos de los derechos fundamentales de los cónyuges inocentes al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad en su faceta de autonomía, a elegir el estado civil, e incluso formar una nueva familia, medios como el asesoramiento familiar, entre otros. Indica además, que en Colombia al no existir el

divorcio unilateral, las personas solamente pueden divorciarse con fundamento en causales subjetivas, pues las causales objetivas o el mutuo acuerdo obligan a un cónyuge o a obtener el consentimiento del otro o tenerse que esperar casados a que transcurra el tiempo exigido por la ley y mientras tanto, mantener el vínculo matrimonial.

Para la Corte, “...obligar a una persona a permanecer casada aún en contra de su voluntad restringe de manera absoluta los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad e intimidad, que garantizan a las personas la posibilidad de tomar decisiones libres sobre asuntos personales sin injerencias indebidas del Estado o los particulares. La norma limita la posibilidad de las personas de decidir sobre un asunto tan íntimo como el matrimonio...”. Considera esta jurisprudencia, que el Estado está suplantando al particular en la toma de sus decisiones al respecto, ya que la norma al establecer este término afecta de manera drástica la posibilidad de elegir el estado civil y conformar una familia. Como lo ha dicho la misma Corte, el estado civil va ligado al libre desarrollo de la personalidad, pues hace parte de la esfera personal del individuo y en tal sentido, la norma impide que la persona contraiga un nuevo matrimonio y conforme una familia como parte de su realización personal y el supuesto para el desarrollo de otros derechos.

Así mismo, la Corte indicó que también se hace inconstitucional la norma porque afecta la dignidad en la faceta de autodeterminación, conforme a tres lineamientos que ha trazado la jurisprudencia constitucional: “(i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital de determinarse según sus características –vivir como se quiera-; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia –vivir bien-; (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral –vivir sin humillaciones-...”. Concluye la Corte en esta sentencia, que la norma limita la posibilidad a las personas de elegir un nuevo plan de vida y restablecer sus relaciones familiares, por lo que se torna inconstitucional. Sin embargo, se estableció una exequibilidad condicionada, en el sentido de mantener operativos los términos de caducidad cuando se reclama la aplicación de las sanciones, no para solicitar el divorcio.

-Sentencia C-358 de 2016 de la Corte Constitucional, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa, mediante la cual se decidió demanda de inconstitucionalidad contra las normas del Código Civil que regulan el matrimonio y sobre el derecho fundamental al matrimonio. Entre las normas demandadas se encontraban todos los artículos de la Ley 1 de 1976, que modificó el art. 154 del Código Civil que regula las causales de divorcio. El fundamento de la demanda consistía en que las normas que regulan el régimen matrimonial son inconstitucionales “*por cuanto considera que el derecho fundamental del matrimonio, regulado en ley ordinaria, correspondiéndole la regulación por ley estatutaria*”, por tratarse de un derecho fundamental.

-Sentencia C-394 de 2017 de la Corte Constitucional, M.P. Diana Fajardo Rivera, en demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “*por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan*” del artículo 156 del Código Civil, por vulnerar el derecho a la igualdad (art. 13 C.P.) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P.). En este caso particular, la Corte hace un recuento de la cosa juzgada constitucional, pues en sentencias No. 56 del 6 de noviembre de 1985 de la Corte Suprema de Justicia⁸⁸, C-985 de 2010 y C-358 de 2016 ya se había abordado el asunto demandado. La Corte Suprema de Justicia de entonces declara exequible la norma y como argumentos expresó:

i. La norma obedece al propósito del legislador de favorecer el cumplimiento de un contrato de la excepcional significación del matrimonio civil;

ii. Dicho propósito corresponde a la norma fundamental y genérica en materia de actos jurídicos: el cumplimiento de lo pactado, de lo cual se deriva la necesidad de proteger al cónyuge fiel a sus obligaciones frente al que las desatiende;

iii. Está claramente dirigida a hacer efectivo uno de los deberes primordiales del Estado y de los particulares en el campo social: la protección de la familia, la institución en que descansa nuestra organización social;

iv. Originándose el matrimonio civil en la libre voluntad de los contrayentes y siendo de público conocimiento las normas que lo rigen, no es dable que alguna de estas –

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sent. 56 del 6 de noviembre de 1985. M.P. Alfonso Patiño Roselli.

como la que asigna la iniciativa del divorcio al cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan- afecte la libertad o la libertad de cultos que no sean contrarios a la moral cristiana ni a las leyes;

v. Si para alguna persona sujeta a la Ley 1ª de 1976 fue asunto de conciencia la norma acusada, bastaría que preservara su tranquilidad espiritual, que se abstuviera de contraer un vínculo cuya disolución ha querido el legislador someter a la condición elemental de que sea pedida por el cónyuge que no haya dado lugar a tales hechos.

Frente al análisis de la Corte Constitucional, y después de cotejar que el problema jurídico abordado y la razón de la decisión resultaran diferentes a las expuestas en las sentencias antes enunciadas, esbozó como problema jurídico: “...*el legislador al establecer que la legitimación en la causa por activa para ejercer la acción judicial de divorcio sólo recae en el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan, desconoce los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad del denominado “cónyuge culpable” y al punto de limitar su autodeterminación para definir la continuidad del vínculo matrimonial, escoger su estado civil y concretar libremente su proyecto de vida emocional y familiar...*”. Para dar respuesta a este problema la Corte, partiendo de la aplicación del juicio de proporcionalidad⁸⁹ de la medida legislativa que se considera lesiva de garantías constitucionales, analiza la naturaleza constitucional y los lineamientos legales que rigen el matrimonio como una de las formas de constituir familia y el especial enfoque en el divorcio como manera de disolver el vínculo del matrimonio civil. Los argumentos para declarar la norma exequible son los siguientes:

⁸⁹ La *proporcionalidad* es un principio de interpretación constitucional que puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero, tiene que ver con la limitación del uso del poder político de cara a las libertades fundamentales; el segundo, se aplica en general respecto a los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; en cualquier caso, el juicio de proporcionalidad adopta diversas modalidades dependiendo del grado de intensidad, el cual depende de la materia objeto de la disposición demandada y la libertad de configuración que es inherente a la función legislativa. Para el caso concreto de la Sentencia C-394 de 2017, la Corte Constitucional aplicó la modalidad del *control intermedio*, en el cual se analiza que el propósito del legislador al imponer una limitación a un principio o derecho fundamental, sea importante a la luz del texto constitucional para lograr el objetivo pretendido con la restricción.

i. El aparte de la norma demandada no vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto una vez que los contrayentes aceptan el contrato matrimonial, al que concurren en forma voluntaria, aceptan también las cláusulas que limitan o restringen su autonomía, incluyendo las relativas a los mecanismos legales existentes para disolverlo. Además, si los cónyuges quieren dar por terminado su matrimonio pueden acudir a otros mecanismos jurídicos como el mutuo acuerdo o la separación de cuerpos que luego de transcurrir dos años, pueden solicitar el divorcio, restricción que considera no es desproporcionada si se tiene en cuenta la finalidad de proteger la familia y tratar de restablecer el vínculo matrimonial;

ii. La institución de matrimonio se rige por la ley civil, de ahí que al legislador se le conceda la libertad de configuración respecto a la constitución y el perfeccionamiento del matrimonio (formas de matrimonio, edad y capacidad para contraerlo), a la ejecución del mismo (derechos y deberes de los cónyuges), a la disolución como a la forma de terminarlo, y la posibilidad de establecer consecuencias o efectos derivados del matrimonio y de su disolución, por lo que resulta que no es posible entender los mecanismos de terminación del matrimonio en forma aislada sino en todo su contexto sistemático con todas sus aristas jurídicas, más cuando tiene clara incidencia en lo relativo a la familia, al estado civil de las personas y sus proyectos de vida efectiva;

iii. Sin embargo, el legislador a quien le compete establecer la terminación del vínculo conyugal, debe tener en cuenta las precisas características de la institución familiar en el ordenamiento constitucional y la especial naturaleza del matrimonio, por lo cual, los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y la inalienabilidad de los derechos de los cónyuges, se constituyen en los criterios orientadores para diseñar un modelo legal que no se torne inamovible. Refiere puntualmente la Corte: “...a los cónyuges no se les puede obligar a mantener el vínculo matrimonial en contra de su voluntad e interés, por las mismas razones por las cuales resulta imposible coaccionarlos para que lo contraigan, aunados con el imperativo constitucional de proteger la armonía familiar, necesariamente resquebrajada cuando un conflicto en la pareja conduce a uno de sus integrantes, o ambos, a invocar su disolución”.

iv. Reconoce al matrimonio, pese a ser una norma preconstitucional, como un contrato solemne que genera derechos e impone deberes recíprocos a los cónyuges, es un “*acto constitutivo de familia que genera deberes en cabeza de los cónyuges*”; doctrinariamente se ha caracterizado por ser un contrato: *bilateral*, pues genera obligaciones recíprocas entre los cónyuges; *solemne*, pues para su validez requiere el cumplimiento de ciertas y precisas formalidades; *puro y simple*, ya que los derechos y deberes que surgen no pueden someterse a plazo o condición; *de tracto sucesivo*, por cuanto sus obligaciones se deben cumplir mientras dure el matrimonio; tiene una *condición de diversidad* en sus contrayentes, componente que se desprende de su entendimiento igualitario constitucional;

i. Pero no se queda en reconocerle al matrimonio solo su contenido contractual, sino que lo liga con la especial protección a la familia y las opciones de vida en una sociedad diversa y pluralista, que imponen su comprensión desde una perspectiva de los derechos fundamentales, por lo que no obsta para que los cónyuges asuman sus obligaciones sabiendo que su incumplimiento reporta consecuencias en plano jurídico y legal;

vii. La norma acusada persigue una “*finalidad legítima e importante*” desde el punto de vista constitucional, ya que negarle al cónyuge culpable la legitimación en la causa para demandar el divorcio persigue dos propósitos: “*promover la estabilidad del matrimonio como forma de constituir familia por vínculos jurídicos y asegurar que en el marco especial del contrato de matrimonio, los cónyuges cumplan con los deberes que la unión les impone, de tal forma que solo aquel que acredite su cumplimiento, se encuentre legitimado para ejercer la acción judicial*”.

viii. El medio escogido por el legislador para dar por terminado el contrato de matrimonio, a la luz de las normas constitucionales, es *coherente y resulta relevante para atender los fines* propuestos anteriormente y además, no está prohibido por norma, constitucional o legal, que impida el libre desarrollo de la personalidad de los consortes.

-En sentencia C-134 de 2019, con ponencia del Magistrado Alejandro Linares Cantillo, la Corte Constitucional decidió que existía cosa juzgada constitucional, por cuanto en la Sentencia C-394 de 2017 ya se había analizado una demanda que cuestionaba la

restricción sobre quien puede pedir la acción de divorcio, quedando sentada la tesis que solo el cónyuge que no haya incumplido sus deberes está facultado para solicitar la terminación del vínculo matrimonial, limitando tal facultad al cónyuge incumplidor. La demanda buscaba que se ampliaran las causales de divorcio del matrimonio civil, para contemplar otras causales como las de la nulidad del matrimonio religioso católico⁹⁰.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, también ha emitido algunos pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con la acción de divorcio en lo que tienen que ver con la responsabilidad de una de las partes en el resquebrajamiento de la vida matrimonial, con miras a establecer las consecuencias patrimoniales. Es del caso traer en referencia alguna de esos fallos.

La sentencia No. STC10829-2017 de fecha 25 de julio de 2017, Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona, mediante la cual se decidió la acción de tutela instaurada por una cónyuge que demandó la cesación de los efectos civiles de su matrimonio religioso, pero buscaba “... *ser resarcida, reparada y/o compensada por el daño que se le causó por el desconocimiento de su derecho fundamental a vivir libre de violencia, discriminación de género y violencia intrafamiliar*”, presuntamente vulnerados por la accionada (Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá), quien a pesar de haber encontrado probado el grave e injustificado incumplimiento del demandado de los deberes de esposo y padre y haber decretado la terminación del vínculo matrimonial, declaró que no había necesidad a establecer la reparación de que trata el num. 4º del artículo 411 del Código Civil (alimentos a favor del cónyuge inocente y a cargo del cónyuge culpable del divorcio), ya que la demandante no demostró la necesidad que requiere para hacerse acreedora de una obligación alimentaria.

La Corte haciendo algunas precisiones sobre la violencia ejercida hacia la mujer y recordar la jurisprudencia que reprueba la violencia intrafamiliar en el marco y estructura

⁹⁰ Es de aclarar que esta sentencia no está disponible en la página de la Corte Constitucional, por cuanto está registrada en la Relatoría el 08-04-2019.

de las causales de divorcio, ha indicado que “...cualquier afrenta cometida en contra de las mujeres debe ser condena y reparada, con mayor razón la cometida al interior del seno familiar, debe concluirse, forzosamente, la posibilidad de establecer medidas indemnizatorias en procesos de divorcio”. Frente al daño, indica que debe ser entendido como “...todo detrimento, menoscabo o deterioro que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva...”.

Con estas consideraciones ultima que, partiendo del supuesto de que el matrimonio o relación de pareja es un contrato, por el cual se unen para vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente (art. 113 del Código Civil), con fines permanentes o estables, su finalización por causas de violencia física o moral o por el menoscabo personal, económico o familiar puede ocasionar perjuicios de diversa índole a quien deba soportar la consecuencia sin haber o querido ese resultado. “*La ruptura del vínculo en una pareja protegida y admitida por el ordenamiento genera una variación diametral en la vida de los sujetos vinculados, infringiendo afectaciones morales y materiales, por ende, si ello acaeció por causas atribuibles a uno de los compañeros o consortes, el otro está plenamente facultado para demandar una indemnización*”.

Esta sentencia es importante para el sistema jurídico colombiano, ya que la Corte haciendo una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico civil, ha dejado sentada la posibilidad de recurrir al acápito de la responsabilidad civil, compatible con el sistema constitucional y del bloque de constitucionalidad, para solicitar la respectiva indemnización por los menoscabos sufridos durante una relación matrimonial o de pareja, aun cuando las normas que regulan los trámites del divorcio o la cesación de los efectos del matrimonio religioso no lo contemplan.

La sentencia STL-16300-2017 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Fernando Castillo Cadena, de fecha 27 de septiembre, resolviendo la acción de tutela presentada por la cónyuge víctima de maltrato a quien no se

le concedió la indemnización a cargo del cónyuge declarado culpable, con base en el numeral 3 del artículo 154 del Código Civil. En esta ocasión, la Corte recordó a los jueces que están en el deber de incluir el enfoque de género en sus decisiones, reconociendo las desigualdades y la discriminación como una forma de contribuir a superar esos patrones.

Además, resaltó las facultades ultra y extra petita de los jueces de instancia en asuntos de familia cuando sea necesario brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole. Por ello, aun cuando en la demanda no se solicite el reconocimiento de la reparación económica a que tiene derecho dada su calidad de cónyuge inocente, el juez está facultado para otorgar dicha reparación cuando se presente menoscabo de los intereses de quien solicita el divorcio cuando se configura la causal 3ª del artículo 154 del Código Civil.

La Corte además se refirió al derecho de alimentos que puede un cónyuge solicitar con base en el numeral 4 del artículo 411 del Código Civil, concluyendo, que el marco legal que regula esta obligación alimentaria no tiene un carácter indemnizatorio ligado al daño contractual o extracontractual, sino carácter contractual del matrimonio.

En Sentencia STC-442-2019 del 24 de enero, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, M.P. Luis Alfonso Rico Puerta, analizó el caso de un accionante a quien se le impuso una cuota de alimentos a favor de su excónyuge dentro de un proceso de divorcio decretado con fundamento en la causal objetiva, esto es, la separación de hecho por más de dos años. Para el efecto, la Corte Suprema invocando la sentencia C-1995/00, mediante la cual se declaró la exequibilidad de la expresión “o de hecho” contenida en el numeral 8º del artículo 6º de la Ley 25 de 1992 que reformó el artículo 154 del Código Civil», indicó que esta causal no faculta al cónyuge para disponer de los efectos patrimoniales que la disolución conlleva y, por el contrario, resalto que el Juez de conocimiento debe de analizar de manera oficiosa o ultra y extra petita, las circunstancias de la separación para determinar responsabilidades en la terminación del matrimonio a efectos de establecer las consecuencias patrimoniales.

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia respecto a tal decisión dejó claro que el matrimonio no es solo una relación de carácter romántico, sino que es un contrato y como tal, si uno de los dos cónyuges incumple, debe asumir las consecuencias patrimoniales.

Los cambios sociales que se han reseñado con anterioridad, tienen indudable repercusión en el ámbito jurídico, especialmente en la aplicación de los derechos fundamentales sobre la base de la libertad individual y la intimidad de las personas, concluyendo, como lo afirma Encarna Roca, que la concepción del matrimonio resulta cada vez más relegada a ámbitos privados, en los que no se puede ejercer un control, de modo que el divorcio se convierte en cuestión exclusivamente privada (Roca, pág. 201).

Con últimos pronunciamientos jurisprudenciales se puede entender que por ahora, el divorcio incausado no es procedente en la legislación colombiana, so pretexto de atentar contra la institución familiar concebida por la norma superior como el núcleo fundamental de la sociedad y de la protección integral que, a partir de hacer taxativas las causales de divorcio, el Estado se propone garantizar para darle estabilidad. Es decir, todavía queda circunscrito al ámbito público.

También se puede entender que la orientación jurisprudencial busca establecer no solo mecanismos de protección sino de control, para evitar que se produzcan perjuicios irreparables a las partes, mecanismos que se reflejan en las facultades officiosas, ultra y extra petita, de los Jueces de conocimiento cuando se trata de alimentos y perjuicios.

Capítulo II:

***REVISIÓN DEL MODELO CAUSALISTA DE DIVORCIO EN COLOMBIA A PARTIR
DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES***

Teniendo en cuenta la problemática planteada en el primer capítulo, y el objetivo específico planteado para este aparte de la investigación, se procede a la exposición de lo hallado con la investigación.

Desde la expedición de la Constitución Política de 1991 y la consagración del Estado Social de Derecho, se generó un cambio importante en la forma de entender e interpretar los principios y los derechos consagrados en su parte dogmática. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el indicativo “social” no solo es una simple muletilla que se le adhirió al Estado de Derecho, sino que es un concepto que históricamente ha transformado institucionalmente las principales democracias constitucionales del mundo; transformaciones que incide en la organización socio-política desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero se evidencia en el tema del Estado bienestar y lo segundo, en el Estado constitucional democrático⁹¹. Esto, por supuesto, incluye a la institución familiar.

De otra parte, la observancia de la primacía de la Carta Magna ha influenciado en todas las ramas del derecho, obligando a los operadores judiciales a observar el precedente constitucional y el bloque de constitucionalidad, es decir, hoy no sólo baste la aplicación de la ley como tal, sino que es necesario que se acaten los principios y reglas constitucionales (Arrieta Flórez, 2009), fenómeno llamado “constitucionalización del derecho”⁹², entendido

⁹¹ C. Const. Sent. T-406, jun. 5/92. M.P. Ciro Angarita Barón. Cita No. 0018 Constitución Política de Colombia. Legis.

⁹² El concepto de constitucionalización no es nuevo, desde antaño, e iniciado en la República Federal Alemana, en época de pos guerra, segunda mitad del siglo pasado, los jueces por medio de sus fallos dejaron ver el nuevo alcance del derecho constitucional, el cual ya, no solo les permitiría permear la esfera del derecho público, sino también las de las relaciones entre los particulares; en ese entonces se vislumbraba en el firmamento jurídico, el nacimiento de una nueva teoría constitucional que prontamente ampliaría sus fronteras a otras latitudes; en 1958 el Tribunal Constitucional Federal Alemán estructuró, gracias al fallo “Lüth”, la teoría sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales o “drittwirkung”, esta nueva realidad,

como “*el ordenamiento legal de un país y por tanto el derecho en sí mismo considerado, debe estar regido en su interpretación y aplicación con la Constitución de dicho país. Ello quiere decir que la norma primaria a la cual debe acompañarse en forma obligatoria el derecho del país respectivo debe ser la Constitución*”⁹³, concepción que ha sido definitoria del Estado Social y que viene desarrollándose a partir de la mitad del siglo XX donde el orden jurídico ya no se fundamenta solo en el acatamiento a la ley sino en la Constitución como norma fundante.

Colombia, entonces, no ha sido ajena a esta tendencia en considerar el texto constitucional vinculante y obligatorio, pues, a partir de 1991, los principios y reglas constitucionales se han venido transformando progresivamente en fundamento común y norte obligado de las distintas ramas del derecho (Arrieta Flórez, 2009). La jurisprudencia constitucional ha reiterado que “*La supremacía de la Constitución Política sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional, es un principio estructurante del orden jurídico: el conjunto de prescripciones que integran el derecho positivo, se ordena en un sistema normativo, en virtud de la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución. En otras palabras, el orden jurídico de la sociedad política se estructura a partir de la Carta Fundamental*”⁹⁴.

Del mismo modo, el derecho privado⁹⁵ tampoco ha sido ajeno a las nuevas regulaciones constitucionales, en especial, el reconocimiento de los derechos

patentizó el fenómeno de la intromisión del juez constitucional en los asuntos de derecho privado”. Tomado de Constitucionalización del Derecho Privado en Colombia, Sentencia C-160-2010. Caso de Estudio. Hoyos Sandoval Edwin, Zambrano Pareja Gabriel, Sarria Ordoñez Néstor Javier. Universidad ICESI Facultad de Derecho y ciencias políticas. Junio de 2015.

⁹³ Arrieta Flórez, Vicente de Jesús. “La constitucionalidad del derecho y su incidencia en Colombia”. Revista Pensamiento Americano. 2009.

⁹⁴ C. Const. Sent. C-415 jun. 6/12. MP. Mauricio González Cuervo.

⁹⁵ Derecho privado, entendido como el “*Conjunto de normas que regulan la actividad y relaciones de los particulares entre sí, y que, en contraposición al derecho público, se caracteriza por la situación de igualdad jurídica de los individuos. También regula las relaciones entre particulares y la administración cuando esta no actúa en el ejercicio de sus prerrogativas, sino como un particular más*”. Enciclopedia Jurídica. 2014. Calderón Villegas cita lo expresado por la Corte Constitucional diferenciando el derecho público y el derecho privado a partir de: “(i) de la existencia o inexistencia de normas imperativas o (ii) de la presencia o ausencia de un contrato”. La Constitucionalización del derecho privado. U. del Rosario. Pág. 13.

fundamentales de las personas, donde ha tenido mayor relieve la supremacía constitucional y las decisiones de los jueces de tutela, hasta el punto de que, muchas de sus normas han sido modificadas y adaptadas a las nuevas concepciones constitucionales para su aplicación e interpretación. Ejemplo claro, ha sido el relacionado con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que ha introducido cambios importantes en las normas contenidas en los Códigos Civil y de Infancia y Adolescencia, generando una protección positiva para estos sujetos de derecho. Igualmente, vemos cambios importantes en las concepciones de la persona homo-orientada, la pareja y la familia homoafectiva, en materia de derechos sociales y civiles patrimoniales, cambios derivados del derecho constitucional y su reflexión jurídica, política y moral sobre los derechos fundamentales (López Medina-2017).

Además, se debe tener en cuenta que no solo el derecho interno debe estar sustentado en el derecho constitucional, sino que también debemos tener en cuenta el bloque de constitucionalidad que agrupa una serie importante de documentos de derechos humanos, como las Convenciones Europea e Iberoamericana de los derechos humanos, que consagran derechos como el derecho a la vida privada, la familia y a contraer matrimonio.

Desde estas nuevas concepciones y reflexiones es que se justifica un análisis teórico de las normas jurídicas que regulan la terminación de la relación matrimonial en la legislación colombiana, ya que, a pesar de la protección especial a la familiar, en la actualidad la misma se encuentra marcada por una gran fragilidad y transitoriedad, las relaciones y el compromiso a corto plazo han generado que la consolidación de un proyecto de vida común no sea del orden del día (Zygmunt Bauman, 2003)⁹⁶.

2.1. Naturaleza jurídica del matrimonio: ¿contrato o institución?

⁹⁶ Zygmunt Bauman define la sociedad moderna líquida como aquella sociedad donde las condiciones de actuación de sus miembros cambian antes de que las formas puedan consolidarse en unos hábitos y en una rutina determinada. Según el autor, la “vida líquida” no da cabida a la realización espiritual de la mujer o del hombre, y que los valores que propugna, si los podemos llamar valores, son de una altísima volatilidad y relativismo; y del relativismo, donde nada es absoluto, donde nada es malo ni bueno, de esta tolerancia interminable nace la indiferencia pura. Vida Líquida.

Es importante para el presente trabajo hacer referencia a la naturaleza jurídica del matrimonio, ya que desde la regulación legal del matrimonio como contrato, existe una discusión doctrinal con quienes lo consideran una institución (Monroy Cabra, 1979, pág. 49)⁹⁷. A partir de la expedición de la Ley del 8 de abril de 1856, que derogó la Ley del 20 de junio de 1853, que reglamento lo concerniente al matrimonio y su disolución, se consideró, para todos los efectos civiles y políticos, al matrimonio como un “contrato” postura que fue acogida por la mayoría de los doctrinantes. Sin embargo, otros autores han indicado que antes de ser un contrato es una institución, y para algunos, es una institución social⁹⁸ antes que jurídica.

Para los que consideran el matrimonio como un contrato se fundamentan en la definición del art. 1495 del Código Civil, “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Los que consideran el matrimonio como una institución, acogen la definición de Hauriou⁹⁹ como “todo elemento de la sociedad cuya definición no depende la de la voluntad subjetiva de individuos determinados” (Torrado, 2016, pág. 57).

El argumento de quienes consideran al matrimonio más como una institución que como un contrato, la prevalece de la ley, la que le da no solo un sentido social y de orden público, sino que, en forma anticipada, ha reglado todo lo concerniente a la formación, los

⁹⁷ A partir de la expedición del Código francés de 1804, que influye en legislaciones posteriores, se reconoce el matrimonio como contrato, abandonando sus características religiosas con la consiguiente laicización (Roca, 2016, pág. 163). El actual sistema colombiano estructura el matrimonio basado en el consentimiento matrimonial (art.113 C.C.). Al respecto el Profesor Monroy Cabra indica que existen varias teorías para explicar la naturaleza del matrimonio: como institución, como contrato como acto jurídico-condición y la mixta.

⁹⁸ Chávez Hernández, Efrén. “La protección constitucional de la familia; una aproximación a las constituciones latinoamericanas”. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Henao H. también hace referencia al matrimonio como institución (1994). Monroy Cabra (2007) hace referencia a las diferentes teorías sobre el naturaleza jurídico del matrimonio.

⁹⁹ La teoría institucional concibe el derecho como institución. Los exponentes más importantes son Hauriou, Schmitt y Romano. “Cuando se habla de institución en el derecho o en las disciplinas dogmáticas normativas posiblemente se recurre a un concepto distinto del que se una en las ciencias sociales, y ello a pesar de que el vocablo utilizado coincida: así “familia” es una institución social y también jurídica, pero al ser concebida como “institución” en el discurso teórico sociológico y el discurso teórico jurídico cobran un sentido y un significado o referencia distintos”. Bengoetxea, Joxerramon. Teoría institucional del derecho, Cap. 5, Pág. 208.

efectos y la terminación; por el contrario, en los que consideran al matrimonio como contrato predomina el libre consentimiento entre las partes o la libertad de estipulación.

Sobre el particular, el Profesor Torrado refiere lo dicho por Planiol y Ripert en su tratado de Derecho civil: *“Naturaleza del matrimonio.- Durante cerca de un siglo, la cuestión de la naturaleza del matrimonio no se planteó, porque la respuesta era casi unánime e indiscutida. Desde principios del siglo XX se ha criticado muy severamente esa concepción y muchos autores han renunciado a ella para sustituirla por otras ideas, la más extendida de las cuales consiste en considerar el matrimonio como una institución. Se quiere considerar con ello que constituye un conjunto de reglas impuestas por el Estado, que forma un todo y al cual las partes no tiene más que adherirse; una vez dada su adhesión, su voluntad es ya impotente y los efectos de la institución se producen automáticamente”*¹⁰⁰.

Para el sistema positivo colombiano, el matrimonio se basa en un sistema totalmente consensuado en lo que se refiere a la constitución del vínculo, es decir, el consentimiento de los contrayentes implica el acogimiento de todas las obligaciones y fines naturales del matrimonio pre-establecidos por la ley. Tanto el matrimonio civil como el canónico para su formación requieren de un consentimiento expreso y libre de vicios, el cual no está sometido a condiciones ni suspensivas ni resolutorias. En palabras de la Corte Constitucional, *“la esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges”*, en tal sentido, si el consentimiento es la esencia de este tipo de contratos, sin consentimiento no hay matrimonio¹⁰¹. También ha indicado que *“...el matrimonio no es solo una unión romántica, es un contrato como cualquier otro y si uno de los dos cónyuges incumple debe asumir las consecuencias patrimoniales”*¹⁰².

Resulta, entonces que, una vez emitido el consentimiento por parte de los contrayentes al momento de celebrar el matrimonio, quedan sometidos a las condiciones,

¹⁰⁰ Citado por Torrado, Derecho Civil, Derecho de Familia. Págs. 57 y 58

¹⁰¹ C. Const. Sent. C-533-00 MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰² Corte Suprema de Justicia. Sala de C. Civil. Sent.

los efectos y las causas de terminación que ha establecido el legislador. En efecto, se adhieren a las normas previamente establecidas por la ley y su voluntad se torna ineficiente para modificar o evitar los efectos que se producen automáticamente. En este sentido, podemos confirmar que la legislación colombiana sigue la teoría institucional respecto al matrimonio, ya que sus reglas están fijadas anticipadamente por el legislador, fuera de la voluntad de los interesados.

2.1. El matrimonio como derecho fundamental:

La aparición en el mundo jurídico del derecho humano ha dado lugar al reconocimiento de toda persona a derechos que antes eran impensables, como por ejemplo el derecho a la vida íntima y familiar y a las garantías que se derivan de él o el derecho a constituir una familia y de contraer matrimonio. Estos nuevos derechos son recogidos por la Constitución Política como principios y valores del orden personal, que luego son proyectados al derecho de familia, como una forma de hacer coincidir la ley familiar con los textos constitucionales.

Uno de esos nuevos derechos y que está reconocido a nivel universal como derecho humano, es el que tiene todo hombre y mujer a contraer matrimonio. Así, la declaración Universal de los Derechos humanos de 1948¹⁰³, considerando que es necesario propiciar el fortalecimiento del núcleo familiar, reconoce en su artículo 16 a la familia como elemento natural y fundamental de toda sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, y a su vez, establece el derecho que tienen los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, de casarse y fundar una familia sin restricciones de raza, nacionalidad o religión, y que disfruten de iguales derechos en cuanto al matrimonio y que éste sólo puede contraerse con el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

¹⁰³ La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948 durante su 183ª sesión plenaria, mediante Resolución No. 217 A (III).

Además, el artículo 2 de la Convención Suplementaria de 1956 sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud¹⁰⁴, estipula ciertas disposiciones relativas a la edad para contraer matrimonio, al consentimiento de los contrayentes y al registro de los matrimonios.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966¹⁰⁵, reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, cuando tengan edad para ello. Otros instrumentos universales de derechos humanos reconocen el derecho a contraer matrimonio, tal es el caso de la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de 1962¹⁰⁶ y su Recomendación adoptada mediante Resolución 2018 (XX) de la Asamblea General de 1 de noviembre de 1965.

Así las cosas, el derecho a contraer matrimonio se reconoce como un componente importante de los Derechos Humanos, que a partir de la Constitución política de 1991 también es reconocido como un derecho fundamental en el art. 42, indicando que toda persona tiene derecho a constituir una familia y lo puede hacer a través del matrimonio. Es así como desde el nivel constitucional, cualquier persona tiene el derecho, en condiciones de igualdad, a contraer matrimonio, sea civil o religioso, fundado en su libre consentimiento, sin verse limitado por ninguna forma de prohibición irracional impuesta por el Estado (Roca, 2016, pág. 91).

Pronunciamientos jurisprudenciales, como la Sentencia C-358 de 2016, reconocen el derecho al matrimonio como fundamental, pero no se constitucionaliza en forma general o amplia, sino el derecho con relación a contraer este tipo de contrato, dejando a la ley civil

¹⁰⁴ Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956. Entrada en vigor: 30 de abril de 1957, de conformidad con el artículo 13.

¹⁰⁵ Asamblea de las Naciones Unidas. Ratificación y adhesión en resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

¹⁰⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Derechos Humanos. Resolución 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962. Entrada en vigor el 9 de diciembre de 1964, de conformidad con el artículo 6.

la facultad de regular lo concerniente a este contrato, como la edad, derechos y deberes, terminación, entre otros, con la obligación de respetar algunos límites constitucionales derivados del bloque de constitucionalidad.

La sentencia SU-214 de 2016 hace referencia a principios como la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad en materia de matrimonio. Allí se ha indicado que en un Estado Social de derecho existe un conjunto de derechos fundamentales que han constituido un “coto vedado” o no negociables, entre los cuales se enuncia el derecho que tiene todo ser humano, en condiciones de igualdad, para unirse libremente a otro y conformar una familia, con miras a realizar un plan de vida común¹⁰⁷.

Este plan de vida en común, según criterio de la alta corporación, deviene de esa libertad constitucional de unirse a otro ser humano, sea mediante un vínculo jurídico natural o solemne por medio del matrimonio, en cuya naturaleza y resolución converge algo tan esencial como la necesidad de relacionarse con otra persona para compartir la existencia y desarrollar un proyecto de vida común¹⁰⁸. Es por ello, que esta forma de expresión de los sentimientos humanos ha trascendido el mismo concepto que sobre matrimonio trae el art. 113 del Código Civil, pues actualmente implica la disposición de un programa de vida compartida que supera la sexualidad y la procreación como elementos esenciales del vínculo matrimonial.

Este raciocinio de los seres humanos no es otra cosa que “el consentimiento matrimonial”, que es su esencia y a la vez su causa; sin él, no se da el vínculo jurídico, por tanto, la sola cohabitación no puede dar lugar al matrimonio, así lo indica el antiguo aforismo jurídico: “*Non concubitus sed consensus matrimonium facit*”¹⁰⁹. El matrimonio comporta una comunidad de vida y amor y una participación activa en la sexualidad, que se fundamenta en la libertad humana de entrega al otro, no puede darse sino por la libre determinación de cada uno de los cónyuges. Por ello la libertad en el consentimiento, en un

¹⁰⁷ C. Const. Sent. SU 214 de 28 de abril de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ “El consentimiento, no el coito físico, constituye el matrimonio”.

contrato de esta naturaleza, es tema que involucra los derechos humanos a la libertad, a la dignidad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica, etc. Y por ello debe garantizarse que ningún hecho, ningún acto distinto de la libre expresión del consentimiento, pueda llegar a producir un vínculo matrimonial.

También es oportuno hacer mención de la Sentencia C-533 de 2000 donde se hace referencia al consentimiento matrimonial, pues nos indica que, este respecto de un vínculo que es *jurídico*, es lo que resulta esencial al matrimonio. Por lo tanto, sin consentimiento no hay matrimonio y el principio formal del mismo es el vínculo jurídico y es en este sentido que el artículo 115 del Código Civil expresa que “*El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes...*”. Entonces, el matrimonio no es mera comunidad de vida que surge del pacto conyugal sino su desarrollo vital, pero no es lo esencial en él. “*La esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges*”¹¹⁰.

2.2. Relación del derecho a contraer matrimonio con otros derechos fundamentales:

Queda claro que la persona cuenta con una serie de derechos humanos y fundamentales, dentro de estos, los familiares, que van más allá de los derechos reconocidos a la misma familia como núcleo fundamental de la sociedad; derechos que están privilegiados dentro del nuevo orden constitucional, por ello, es necesario establecer la relación que tiene el derecho fundamental a contraer matrimonio con otros derechos del mismo rango constitucional.

Partiendo del hecho que el matrimonio es un contrato y que su esencia se funda en el consentimiento matrimonial, el derecho a la libertad es el primero que se relaciona directamente con la decisión de una persona, no solo de contraer matrimonio sino también decidir sobre su permanencia y terminación; este derecho implica el principio de

¹¹⁰ Corte Const. Sent. C-533 de 2000. MP. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

autonomía de la voluntad, definida como *“la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación”*¹¹¹.

El matrimonio, como negocio jurídico, se forma con el acuerdo de voluntades de dos personas con la intención de crear una relación jurídica, la cual tendrá como fin convivir, procrear y auxiliarse mutuamente, es bilateral y tendrá las formalidades establecidas por ley, por tanto, es solemne. Para la ley colombiana, los intereses y fines personales o subjetivos de los contrayentes no se tienen en cuenta, por ello, los fines del matrimonio se regulan legalmente; sin embargo, no es posible olvidar la intención que motivo a los contrayentes en crear la relación matrimonial, unos más loables que otros, pero siempre bajo el parámetro de la libre determinación de elegir realizarlos a través del vínculo matrimonial.

Sin embargo, el individuo no es igualmente libre al momento de dar por terminada su relación matrimonial, pues a pesar de no estar motivado o ante un fracaso, es la ley la que establece las causas que debe invocar para dar por terminada la relación; no es coherente que sea completamente libre para formar el matrimonio pero totalmente limitado al momento de darlo por terminado.

Ahora bien, uno de los atributos de la persona es la capacidad de poder relacionarse e interactuar con los demás individuos en el ámbito social respetando sus propios intereses, procurando alcanzar su máximo nivel de felicidad; en dicha búsqueda, ha diseñado mecanismos de defensa que le permitan salvaguardar uno de sus atributos más preciados: su dignidad¹¹², entendida como la autonomía o como posibilidad de diseñar un plan de vida

¹¹¹ C. Const. Sent. C-93413, 11 de diciembre. MP. Nilson Pinilla Pinilla.

¹¹² García González, Aristeo. “La dignidad humana: Núcleo duro de los derechos humanos”. Universidad Latina de América. Revista Jurídica IUS No. 28.

y de determinarse según sus características¹¹³, lo que permite que la persona decida alcanzar sus propios intereses a través del matrimonio.

Desde este punto de vista, el individuo tiene el derecho de diseñar su plan de vida familiar y auto determinarse de acuerdo a ese plan. Obsérvese que la dignidad de toda persona es totalmente soberana en el diseño de su plan de vida, en lo personal y en lo familiar, en el perfeccionamiento de su esencia humana¹¹⁴.

Además, al lado de la libertad de contraer matrimonio se ubica también el derecho de no casarse, libertad negativa, cuando la persona acoge como forma de vida familiar otra opción distinta al matrimonio, cuando por ejemplo, decide en forma voluntaria y responsable acoger la convivencia marital. La libertad matrimonial exige que ninguna persona deba asumir el estado civil de casado ni sus consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales, en contra de su voluntad o porque no tiene otras opciones reguladas por la ley, por lo que la legislación debe regular varias opciones para que se sea efectivo el ejercicio de ese derecho a escoger, tal como corresponde a una sociedad pluralista.

La libertad de contraer matrimonio o de no hacerlo, a partir del nuevo régimen constitucional que privilegia los derechos humanos, deriva de la garantía ineludible al libre desarrollo de la personalidad, que comprende además, entre otras expresiones, la libertad de separarse de la pareja, lo cual es parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida, lo que le corresponde decidir autónomamente, cuando ya no existe voluntad de seguir unido en matrimonio, por lo que la ley no puede obligar al consorte a continuar unido, máxime cuando, de decretar la improcedencia del divorcio, lejos de beneficiar la estabilidad de pareja implicaría dejar de reconocer una situación de desgaste entre los

¹¹³ C. Const. Sent. T291-16 2 de junio, M.P. Alberto Rojas Ríos

¹¹⁴ Al respecto, De los Ríos Uriarte en su artículo “De las dimensiones trascendentes de la dignidad humana como fundamento para la formulación de los Derechos Humanos”, citando a Pacés-Barba, habla que “de la dimensión que conlleva la racionalización y la capacidad de crear conceptos universales se puede extraer que la esencia de dicha capacidad consiste en la función propiamente humana de la razón que es la elección, esto es, la libertad de elegir entre dos o más opciones la que más convenga para el perfeccionamiento de la esencia humana”. Revista Dereito, Volumen 23, No 1:33-51, 2013, Pág. 47.

integrantes del matrimonio pues, es evidente que, cuando se llega a promover un juicio en contra del otro cónyuge es porque se ha llegado a un límite en que sólo se desea, bien afectar al otro o evitar la vida y desarrollo comunes.

El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad está contemplado constitucionalmente como aquel que *“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”*¹¹⁵, lo que se traduce en la facultad o potestad que tiene toda persona para adoptar su proyecto de vida y desarrollarse en sociedad por sí mismo, decidiendo libremente cómo quiere ser y qué quiere ser, sin injerencia ajena (Rivera, 2017)¹¹⁶.

En consecuencia, y dado que en el caso específico en estudio, la petición de uno de los cónyuges respecto a su divorcio hace parte de esa libertad de escoger o direccionar su proyecto de vida en forma autónoma; sin embargo, la ley no reconoce dicha libertad por cuanto exige al lado de la petición que se invoque y pruebe una circunstancia que amerite dicha declaratoria de disolución del vínculo, atentando no solo contra la estabilidad individual de quien solicita dicha terminación, sino también común a ambos cónyuges; incluso, no concede el divorcio aunque se compruebe un perjuicio si no se declara la terminación del matrimonio.

El Alto Tribunal Constitucional para el Estado de Morelos, al estudiar el art. 175 del Código Familiar que regula los motivos por los cuales se puede solicitar el divorcio, indicó que el cónyuge que solicita la disolución del vínculo matrimonial no tiene por qué demostrar una causal específica, pues prima su derecho fundamental al desarrollo de la persona humana.

¹¹⁵ Constitución Política. Art. 16. Edición Legis.

¹¹⁶ Rivera, José Antonio. Temas de Derecho Constitucional. XII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional, México, 2017.

Hay quienes han objetado el divorcio sin causa por los riesgos que conlleva al matrimonio mismo y la familia. Es el caso de R. Rodríguez Chacón frente a la reforma española quien firma que “...la consecuencia ha sido que se ha producido la absoluta descontractualización del matrimonio, valorando como tal su absoluto alejamiento del entendimiento del más elemental contenido de los contratos sinalagmáticos; esto lleva a nueva configuración normativa donde el consentimiento matrimonial se proyecta expresamente por ambos cónyuges para acceder a la institución pero, en ningún caso, para mantenerse en ella (Rodríguez Chacón, año y página). Por el contrario, con el divorcio incausado se privilegia la voluntad constante de los cónyuges en mantener vigente la relación matrimonial, ya que se hacen más conscientes de sus propios intereses y los de su pareja.

Otros han objetado argumentando el desconocimiento de causa por parte del juez para determinar los efectos, personales y patrimoniales, del divorcio, su ignorancia de la situación familiar para controlar la legalidad y la justicia del contenido del convenio regulador acordado o, sobre todo, de la propuesta de convenio en caso de demanda unilateral¹¹⁷.

Vicente Gilarte Gutiérrez (AÑO) por su parte afirma que “quizás se haya ido demasiado lejos pues, una cosa es el pleno respeto a la libertad individual de la persona que impediría la existencia de trabas legales que propicien la persistencia de una convivencia no querida y otra distinta es que tal libertad, de ejercitarse, no tenga consecuencias de ningún tipo para quien de alguna manera rompe con un proyecto de vida nacido en principio por acuerdo de los contrayentes con una cierta vocación de continuidad”¹¹⁸

2.3. Aplicabilidad del sistema incausado en Colombia:

¹¹⁷ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (Matrimonio y divorcio, Madrid, 2005, pp. 98 y 99); y RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (p. 61), quien incluso llega a dudar de que el matrimonio implique ya un compromiso, «pues un compromiso que se puede romper ad limitum, difícilmente puede calificarse de compromiso».

¹¹⁸ Citado por Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla “Divorcio a la Española”. Pág. 275.

En este punto de la investigación, es claro que en Colombia el matrimonio es un contrato, pero a su vez, un derecho fundamental, reglado por el Legislador en lo atinente a su forma, elementos de existencia, derechos y deberes de los cónyuges y su terminación; así mismo, queda establecido que el matrimonio es una de las formas reconocidas constitucionalmente para constituir la familia (art. 42, C. P.); igualmente queda determinado con los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, que ha primado en el estudio de razonabilidad, el derecho y protección a la familia sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, despejando cualquier duda sobre la prerrogativa que pueda tener un cónyuge para solicitar el divorcio de su matrimonio sin invocar causal alguna. Es evidente que el Estado Colombiano ejerce una intervención sobre el libre desarrollo de la personalidad con la finalidad de proteger la familia (Delgado, 2016 pág. 48).

Del análisis de los diferentes fallos, tanto constitucionales como ordinarios, se puede evidenciar que efectivamente la familia, como sujeto de protección especial, ha sido privilegiada, generando una restricción legal a las personas para desarrollar su proyecto de vida personal y familiar. Sin embargo, a pesar de las consideraciones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia a favor del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se mantiene la facultad de pedir el divorcio solo a favor del cónyuge inocente. Léase por ejemplo en la sentencia C-660-00 donde la Corte señala que “*Respecto de la familia surgen para el Estado precisos cometidos de preservación y protección que se orientan a garantizar la existencia y el desarrollo de esta institución como básica de la sociedad. Y entre las potestades que el ordenamiento superior le asigna al Legislador está la de regular las formas de disolución del acuerdo matrimonial*”¹¹⁹.

El Estado en desarrollo de su deber de protección debe garantizar a todos los ciudadanos el efectivo ejercicio de sus derechos y uno de ellos es el derecho a proyectar un modelo de vida personal y familiar como considere pertinente de acuerdo con sus objetivos vitales. Es por ello, que la persona debe tener la garantía de tomar libremente sus decisiones en cuanto a realizar su proyecto de vida a través del matrimonio, pero también, poder

¹¹⁹ C. Const. Sent. C-660-00 del M.P. Álvaro Tafur Galvis.

decidir libremente cuando terminarlo porque no se cumplen sus expectativas personales, pues a nadie se le puede obligar a permanecer al lado de otra persona cuando esta no cumple ya con sus ideales.

Es así como la misma jurisprudencia constitucional ha indicado que no se puede obligar a una persona a permanecer casada aún en contra de su voluntad, pues se restringe de manera absoluta los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad e intimidad, que garantizan a las personas la posibilidad de tomar decisiones libres sobre asuntos personales sin injerencias indebidas del Estado o los particulares.

Es importante reconocer que una norma que regula causales taxativas para pedir el divorcio puede repercutir en el ejercicio de derechos fundamentales, como el derecho que tiene la persona de desarrollar razonablemente sus aspiraciones de vida, y que además ello, en nada contribuye al mantenimiento de la estabilidad de la familia, que tiene su sustento en el derecho a la libertad y a la intimidad. En ninguno de los estudios de constitucionalidad, ya sea sobre las causales, ya sea en cuanto a los términos de caducidad o sobre la legitimación por activa de la acción de divorcio, la Corte Constitucional ha dejado claro que la norma que establece las causales taxativas del divorcio tienen por finalidad la estabilidad de la familia, pues coexisten en la legislación colombiana muchas acciones tendientes a dejar salvaguardados los derechos del otro cónyuge y de la prole en caso de ser necesario.

La experiencia judicial muestra que muchos de los matrimonios colombianos viven en un ambiente de desamor, violencia intrafamiliar, abandono, que no solo están afectando a los cónyuges mismos sino también al resto de los miembros de la familia, en especial a los hijos; la crisis conyugal de muchos matrimonios, sin quebrantar deberes, está relacionada con la falta de motivación en la relación porque ya no cumple con sus

aspiraciones personales, que van acompañados, normalmente, por sentimientos de frustración y decepción¹²⁰.

Ahora bien, para imponer una restricción legítima al derecho fundamental del *artículo 16 C. P.*, no sólo debe tener sustento constitucional y ser proporcionada, sino que, además, no puede llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho¹²¹. Se pregunta entonces si cuándo se restringe la facultad de pedir el divorcio sin invocar causa ¿No se estaría limitando el derecho del cónyuge a desarrollar su propio modelo de realización personal?. La respuesta inexorablemente sería que sí, ya que la norma a pesar de tener sustento constitucional, tal como lo ha indicado el alto tribunal constitucional en varios de sus fallos analizados en este mismo trabajo, no es proporcionada con el fin de protección y estabilidad de la familia, pues, a pesar de terminarse un matrimonio la familia puede permanecer, no en su forma original, sino transformada en otra que también merece protección constitucional.

Es importante traer a colación lo indicado por Delgado Cifuentes cuando refiere el análisis de ponderación que se hizo al derecho al libre desarrollo de la personalidad y la familia tratándose de la causal del numeral 8 del artículo 154 del Código Civil en la Sentencia C-660/00: *“El medio utilizado para restringir el derecho al libre desarrollo de la personalidad está dado por la no contemplación de una causal de divorcio por voluntad unilateral justificado en la medida que, se toma como protección a la familia, derecho que claramente en el Estado colombiano tiene un mayor peso”* (Delgado, 2016, pág. 49).

¹²⁰ Alba Elizabeth Mustaca afirma que en la vida ocurren hechos que no son tal como lo esperábamos: algunas veces son mejores, otras peores, que pueden conllevar frustración en el individuo. Frustración y conductas sociales. Universidad Abierta Interamericana. Avances en Psicología Latinoamericana. Bogotá. Págs. 65-81. 2018. A su vez, Susana Espeleta indica que el divorcio significa para algunas personas un arduo proceso, para otros un alivio, no se debe dar nada por hecho. Cuando una pareja se está divorciando, según Spivacow hay dos divorcios en juego. Revista Aperturas psicoanalíticas. La pareja en conflicto: aportes psicoanalíticos No. 040 2012. Pág. 229.

¹²¹ C. Const. Sentencia C-309 de 1997, 25 de junio. M.P. Alejandro Martínez Caballero

Otro de los aspectos a tener en cuenta, es precisamente lo referente a la causal objetiva del artículo 154 del Código Civil, pues en su momento la norma pasó su examen de constitucionalidad con el argumento de que se trata de un mecanismo idóneo para la estructuración de una decisión responsable de restablecimiento o terminación del vínculo matrimonial¹²². Si esto es cierto ¿Por qué entonces el divorcio incausado no puede llegar también a estructurar una decisión responsable del consorte de dar por terminado su matrimonio y asumir las consecuencias jurídicas que tal decisión conlleve? Este argumento justifica una construcción hermenéutica nueva: “el reconocimiento de una mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge”.

De lo contrario, daría a entender que más que una imposición legal, es una intromisión del Estado en la esfera personal de cada individuo que conforma el matrimonio (Delgado, 2016, pág. 50), máxime cuando el derecho a contraer matrimonio esta reglado en nuestra Constitución (art.42) como un derecho fundamental que hace parte también del derecho fundamental a la intimidad familiar.

Lo que viene de decirse, resulta congruente con la circunstancia consistente en que los conceptos de familia y matrimonio son construcciones de carácter cultural¹²³, por lo que son totalmente cambiantes, van atados a las poblaciones, las filosofías políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc.¹²⁴; es así como la Constitución Política no solo ha identificado la familia que tiene origen en el matrimonio, sino que ha reconocido que existen otras formas familiares que merecen igual protección, reconociendo los valores y la realidad de los comportamientos sociales dentro de una sociedad pluralista como la colombiana.

¹²² C. Const. Sentencia C-746-1, 5 de octubre. M.P. Mauricio González Cuervo

¹²³ Consultar: Lafont, P. *Derecho de familia. Unión marital de hecho*. (3ra ed.). Bogotá: Ediciones librería el profesional. 2007.

¹²⁴ Citado por Kemelmajer de Carlucci “Tratado de Derecho de Familia”, cit. Pág. 42.

En el derecho internacional también existe la tendencia de reconocer otras formas de familia distintas a las matrimoniales, es el caso del Derecho Comunitario europeo, que normatiza “el reagrupamiento familiar”, mencionado no solo al cónyuge, sino también a la pareja del ciudadano que ha celebrado una unión restringida¹²⁵; también está el documento emitido la Conferencia de Lisboa de Ministros Europeos de asuntos familiares de 2007, donde se afirma la “creciente demanda de reconocimiento de las nuevas formas familiares, que indican la voluntad, de parte de estas nuevas formas, de asumir deberes que en el pasado eran asumidos por las familiares tradicionales”¹²⁶.

Esto nos lleva a reevaluar el **papel del derecho de familia** de cara al reconocimiento legal de todos esos cambios; “*la función del Derecho de Familia debe ser la de evitar que los conflictos que se producen en el interior del grupo familiar puedan llegar a lesionar los derechos fundamentales de alguno de sus miembros. El pertenecer a una familia no implica la pérdida ni la disminución de ningún derecho*” (Roca, 2016, pág. 86). El derecho moderno debe ser garante de la libertad ante la ley de los cónyuges, pero una igualdad en todos los sentidos; por ello cualquier principio que se establezca en este sentido debe estar sentado en el principio de la autonomía: si los cónyuges son libres para divorciarse, deberían asumir las consecuencias de todo tipo que esta decisión comporta (Encarna, 2016, pág. 175).

Nadie está obligado a divorciarse mientras permanezcan los dos cónyuges en sus propias convicciones frente a su relación; por el contrario, cuando ese proyecto de vida matrimonial ha fracasado, cuando no cumple con las expectativas personales, debe tener ese cónyuge el derecho a divorciarse, a dar por terminado su vínculo aun cuando no tenga una causal para invocar.

¹²⁵ Directiva 2004/38/CE, Parlamento Europeo y del consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los estados Miembros.

¹²⁶ Citado por Kemelmajer de Carlucci “Tratado de Derecho de Familia”, cit. Pág. 73.

Estas nuevas tendencias, especialmente de los derechos humanos, obligan a respetar los derechos individuales de las personas dentro de las relaciones familiares que conforman, pues es restringir su capacidad y toma de decisión, so pretexto de proteger a la familia como cédula básica de la sociedad. La interpretación dinámica sostenida en forma reiterada por el TEDH¹²⁷ como de la CIDH¹²⁸, es que *“el método dinámico es consustancial para los tratados, un complemento necesario del principio democrático, ya que este es el motor mismo de la evolución y la constante adaptación de los textos a la realidad que los rodea contribuye al enriquecimiento de los derechos inicialmente previstos”*¹²⁹.

El cambio de paradigma es *“...de la familia como organismo a la persona como titular de este derecho a vivir en familia”*. Encarna Roca ha sintetizado este cambio en su libro *De la casa a la persona*: *“la circunstancia de que el constituyente no sea insensible a la institución familiar y que disponga su protección no significa que esa protección alcance un grado tal que incida negativamente en la individualidad de sus integrantes; la singularidad propia de la persona no queda anulada por la pertenencia a la familia. La familia ha de concebirse al servicio de sus componentes y no a la inversa”*.

Coinciden los estudiosos en esta área¹³⁰, que la familia como célula fundamental de la sociedad ya caducó, cuando fue necesario establecer la importancia de estas organizaciones en el desarrollo del ser humano y diferenciarlas de aquellas prácticas violentas, homicidas, e incluso, convertidas en un tembladeral para el equilibrio psicológico de sus miembros, por eso, no hay que hablar del derecho a la familia, sino del derecho de una persona a la familia. La familia debe ser un espacio abierto donde se desarrolla la personalidad de sus miembros, y esta al mismo tiempo colabora con el Estado.

¹²⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos

¹²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos

¹²⁹ Citado por Kemelmajer en “Tratado de Derecho de Familia”, pág. 29.

¹³⁰ Giberti Eva. “La diversidad en las organizaciones familiares” 2012. Carbonnier, Jean. “A cada uno su familia y a cada uno su derecho”. 1998.

La doctrina francesa también está orientada en esta línea, pues se maneja la tesis de que la familia ha perdido su carácter holístico bajo el efecto de la penetración de las libertades individuales. Se dice, que la familia “Es, antes que nada, un tejido complejo de relaciones interindividuales, en el cual la trama está constituida por sentimientos de amor, de vivencias y por el cual cada hilo tejido representa un miembro de esta familia; cada individuo, en su individualidad, ha visto progresivamente reconocer un conjunto de derechos y prerrogativas que, en principio, están destinados a asegurar su pleno desarrollo: derecho a contraer matrimonio, igualdad de tratamiento, derecho al respeto de su vida familiar, etc.”¹³¹.

El derecho argentino al realizar la reforma al Código Civil y Comercial acogiendo el sistema de divorcio incausado, coincide con esta nueva tendencia, pues consideró que la familia ya no es el centro de la protección legislativa, sino la persona en sus diversas relaciones familiares (Lloveras, año y página)¹³².

Los nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente de la normativa internacional que emana de los tratados de derechos humanos, clama para que los Estados los derechos de las personas se reconozcan y tenga efectividad dentro de los ordenamientos jurídicos locales, tal sería el caso del derecho a descasarse sin tener la obligación de invocar una casual taxativa. El ordenamiento jurídico colombiano está preparado, no solo por el reconocimiento de los derechos fundamentales en la Carta Magna, sino también, por el bloque de constitucionalidad, a acoger los nuevos paradigmas que se tejen en el derecho de familia.

¹³¹ Citado por Kemelmajer “Tratado de Derecho de Familia”, pág. 31.

¹³² Lloveras, Nora. “Los derechos humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual”

CONCLUSIONES:

El matrimonio en el ordenamiento jurídico colombiano se basa en un sistema absolutamente consensual en lo que se refiere al momento de constitución de la unión, pero totalmente restrictivo con relación al momento de ponerle fin, ya que para su terminación el cónyuge inocente es el único que tiene la facultad de pedir el divorcio mediante la invocación de las causales taxativas establecidas por el Legislador.

Esta restricción a la voluntad del cónyuge culpable (divorcio contencioso) para solicitar su divorcio, fue justificada por la protección especial, tanto legal como constitucional, que se ha dado a la familia; se dio mayor trascendencia al fin del Estado de proteger la familia como núcleo fundamental de la sociedad, sacrificando la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge sin poder invocar una de las causales taxativas.

La promoción y protección de la dignidad de los cónyuges y sus derechos, así como su autonomía, son los principios que deben regir la normatividad del matrimonio; debe procurarse que mediante estos principios se favorezca el libre desarrollo de la personalidad de sus miembros y el derrotero que evidencie la forma como se deben concebir las relaciones de la pareja dentro de una sociedad pluralista.

El artículo 154 del Código Civil al exigir la demostración de determinada causal para lograr la disolución del vínculo matrimonial, cuando no existe mutuo consentimiento, es inconstitucional al restringir el derecho al libre desarrollo de la personalidad humana, ya que vulnera abiertamente aquellos derechos que deben asegurar su pleno desarrollo, como el derecho al matrimonio y a su estado civil, a la vida familiar y al desarrollo de su proyecto de vida. Así lo dejó sentado la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando afirmó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad debe primar sobre el derecho a la familia, expresión que es justificada por el análisis que se realizó en torno a la distinción entre matrimonio y familia

Los derechos y deberes inherentes al matrimonio deberían subsistir mientras así lo quieran ambos cónyuges, y por el contrario, van a desaparecer por voluntad bilateral o unilateral de cualquiera de ellos; es decir, baste que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición.

La institución familiar dispone de muchas prerrogativas en la legislación y jurisprudencia nacionales, pero eso no significa que dicha protección alcance un grado tal que incida negativamente en la individualidad de sus integrantes; la singularidad propia de la persona no queda anulada por la pertenencia a la familia. Queda claro que la familia ha de concebirse al servicio de sus miembros y no a la inversa, sin dejar de considerarla como institución básica de la sociedad.

De otra parte, si bien la legislación colombiana aún no contempla una causal taxativa unilateral para solicitar el divorcio, si se han realizado avances jurisprudenciales significativos alrededor de la indemnización por la ruptura del vínculo matrimonial a favor del cónyuge inocente, indemnización que se consideraría como posible consecuencia de una futura implementación del divorcio unilateral.

En igual sentido, las obligaciones que corresponden a los padres respecto de los hijos, por ley deben quedar garantizadas con los convenios o con las órdenes judiciales que se impartan al respeto, ya que los mismos son de ley y no están atados a la causal de terminación del matrimonio. Basta que el cónyuge que solicite el divorcio manifieste la forma como se van a cumplir con dichos deberes y las garantías para su cumplimiento.

El estudio jurisprudencial sobre el libre acceso al divorcio debe tener en cuenta los nuevos principios del derecho de familia que se han incorporado a través de los tratados internacionales de derechos humanos: igualdad, libertad y autonomía. Es por ello, que los nuevos principios que orienten la aplicación e interpretación del derecho de familia

deberían ser: la protección de la familia, la igualdad entre los integrantes del grupo familiar (de los cónyuges y de los hijos), la protección del más débil en las relaciones de familia (interés superior del niño y cónyuge más débil), la autonomía de la voluntad y, por último, el principio de intervención mínima del Estado.

Una interpretación jurisprudencial acorde con esos principios y tendencias internacionales, sería acoger el principio consensualista en formación del matrimonio y que llevaría consecuentemente también en aplicar el mismo principio consensualista a su disolución: el divorcio es, por tanto, la consecuencia de una previa ruptura del consentimiento que mantiene viva la relación matrimonial (Roca, 2016, pág. 164 y 165). Así también, se estaría reconociendo principios como el de la autonomía y la libertad, con menos intervención estatal en un asunto que interesa solo a los cónyuges.

Por último, el derecho de familia no solo debe responder a casos domésticos, sino que debe responder al litigio internacional y es así que se debe armonizar, no solo la legislación sino también la interpretación jurisprudencial, a esos compromisos que el Estado Colombiano ha asumido a través de diferentes instrumentos internacionales, que ya hacen parte de una codificación internacional en materia de familia y niñez a través del bloque de constitucionalidad.

Es necesario establecer concepto únicos de familia y matrimonio en el derecho de familia comparado contemporáneo, pues se evidencia cada vez más esfuerzos integradores y unificadores en este sentido, pues los mismos sistemas jurídicos que se veían aislados o radicales en sus concepciones de derecho de familia, van poco a poco y de manera autónoma están poniéndose al día con sistemas más avanzados, precisamente en desarrollo del uso cada vez más frecuente de estudios en derecho comparado¹³³.

¹³³Un ejemplo que puede referirse es el concepto de familia que ha sido analizado extensamente en el sistema de Derecho Europeo, particularmente en la Corte Europea de Justicia, que ha interpretado el concepto de familia y su protección bajo el Derecho Comunitario. ECR I-071091, Caso: Baumbast, R. and Secretary of State for the Home Departamet. C-413 del 17 de septiembre de 2001.

BIBLIOGRAFIA:

1. Acedo Penco Ángel y Pérez Gallardo Leonardo B. Coordinadores. El Divorcio en el Derecho Iberoamericano. Biblioteca Iberoamericana de Derecho. Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires. 2009.
2. Albaladejo García, Manuel. Curso de Derecho Civil. T. IV Derecho de Familia. Editorial Edisofer. 12ª Edición. Madrid (España). 2013.
3. Álvarez, Pertuz, Alicia. Constitucionalización del Derecho de Familia. Corporación Universitaria de la Costa, CUC. 2010.
4. Arrieta Flórez, Vicente de Jesús. “La constitucionalidad del derecho y su incidencia en Colombia”. Revista Pensamiento Americano. ISSN: 2027-2448 Vol. 2 No. 2. 2009. Págs. 65-69.
5. Arrubla Paucar, Jaime Albert. “La constitucionalización del derecho privado”. Presidente de la Honorable Corte Suprema de Justicia. Nuevo Derecho, Vol. 5, Nº 7. Julio-Diciembre de 2010. pp. 47-73 - ISSN 2011-4540. Envigado – Colombia.
6. Beltrán, William Mauricio. “Del monopolio católico a la explosión pentecostal: Pluralización religiosa, secularización y cambio social en Colombia”. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas, Maestría en Sociología. 2013.
7. Bermúdez Quintana, Suzy Denise. Mujer y Familia durante el Olimpo Radical. Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura. Número 15, p. 57-90, 1987. ISSN electrónico 2256-5647. ISSN impreso 0120-2456
8. Calderón Villegas, Juan Jacobo. La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Ediciones Uniandes. Editorial Temis. Segunda Edición. 2013.
9. Canosa Torrado, Fernando. Divorcio. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2007.
10. Ceballos Ruiz, Paula Andrea. Ríos Quintero, Juliana Victoria. Ordóñez Patiño, Richard Marino. El reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo: el camino hacia un concepto de familia pluralista. Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humboldt. Estudios. Socio-jurídicos, Bogotá (Colombia), 14(2): 207-239, julio-diciembre de 2012 • ISSN 0124-0579 ISSNE 2145-4531.

11. Código de Hammurabi. Madrid, Editora Nacional. Edición F. Lara Peinado. 1982.
12. Chávez Hernández, Efrén. La protección constitucional de la familia; Una aproximación a las constituciones Latinoamericanas. Universidad Nacional Autónoma de México, académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor en la Facultad de Derecho, UNAM, 2006, pág. 125 a 147.
13. Delgado Cifuentes, Mery Esperanza. Divorcio Unilateral, aproximaciones a una causal taxativa a partir del matrimonio como contrato en el código civil colombiano. Universidad Santo Tomas. Bogotá. 2016.
14. Derecho de Familia Internacional. Metodología para su estudio. Homenaje a Haydeé Barrios. Biblioteca Jurídica Dike, Universidad Central de Venezuela, Universidad Metropolitana, Universidad del Rosario. 2014.
15. Diago Diago, María del Pilar. El Matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual. Revista Española de Derecho Internacional Sección ESTUDIOS 014 Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Vol. LXVI/2 Madrid, julio-diciembre 2014, pp. 49-79.
16. Esborraz, David Fabio. “El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y Proyecciones”. Universidad Externado de Colombia. Revista de derecho privado. Núm. 29. 2015.
17. Galindo-Romero, Laura. Evolución del código civil colombiano. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2011.
18. García González, Aristeo. “La dignidad humana: Núcleo duro de los derechos humanos fundamentales” Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Revista Jurídica Deciso N° 102 (Año XI), Julio-Diciembre 2015.
19. Guío Camargo, Rosa Elizabeth. “El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”. Universidad Católica de Colombia. Stuiositas, edición de diciembre de 2009, (4)3, 65-81.
20. Gutiérrez de Pineda, Virginia. La familia en Colombia. Trasfondo histórico. Ministerio de Cultura. Editorial Universidad de Antioquia. 1963.
21. Henao Hadrón, Javier. Panorama del derecho constitucional colombiano. Novena Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1994.

22. Herrera, Marisa. “El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el régimen de divorcio incausado. Derecho de las familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea. Buenos Aires, Infojus- Ministerio De Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014, Pág. 275-323.
23. Hinestrosa Fernando. Funciones, límites y cargas de la autonomía privada. Revista de Derecho Privado No. 26 de enero a junio de 2014. Universidad Externado de Colombia.
24. Historia de la Vida Privada. 1. Del imperio romano al año mil. Dirección de Philippe Ariès y Georges Duby. Editorial Taurus Minor. Grupo Santillana Editores S.A. 2001.
25. Lafont Pianetta, Pedro, Derecho de Familia Unión Marital de Hecho, Tercera Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 2001.
26. López Medina, Diego Eduardo. Cómo se construyen los derechos. Universidad de los Andes. Legis. Primera Edición. 2016.
27. Medina Pabón, Juan Enrique. Derecho Civil, Derecho de Familia. Editorial Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Cuarta Edición, 2014.
28. Méndez Sánchez, Allan Alberto. El divorcio incausado en México. Editorial Universidad de Iberoamericana. Ciudad de México, D.F. 2014.
29. Monroy Cabra, Marco Gerardo. Matrimonio Civil y divorcio en Colombia. Editorial Temis Librería. 1979. Bogotá.
30. Monroy Cabra, Marco Gerardo. Derecho de Familia, Infancia y adolescencia. Librería Ediciones del Profesional. Décima sexta Edición. 2014. Bogotá.
31. “Panorama Internacional de derecho de familia culturas y sistemas jurídicos comparados”. Rosa María, Coordinadora. México, 2006 Universidad Nacional Autónoma de México. Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídicas serie doctrina jurídica, núm. 353.
32. Pellegrini, M. Victoria: Del divorcio causado al divorcio sin expresión de causa», Revista Derecho Privado, Año II, N.º 6, Ediciones Infojus, 2013, p. 223, Id Infojus: DACF140079.
33. Puyana Yolanda y Ramírez María Himelda. Editoras. “Familias, cambios y estrategias”.

- Secretaría Distrital de Integración Social. Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Facultad de Ciencias Humanas. Departamento de Trabajo Social. Colección CES. 2007.
34. Quiroz Monsalvo, Aroldo. Manual Civil. Matrimonio civil y Religioso. Unión marital de hecho. Filiación. Tercera Edición. Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogotá D. C. 2014
 35. Rico De Alonso, Ana. “Políticas sociales y necesidades familiares en Colombia”. Investigadora en Políticas Sociales, Familia y Género. CEPAL, 28 y 29 de junio 2005 Sala Medina. Naciones Unidas.
 36. Rico De Alonso, Ana. Formas, cambios y tendencias en la organización familiar en Colombia”, en Las Familias Contemporáneas. Nómadas. Bogotá. Departamento de Investigaciones de la Universidad Central. 1999.
 37. Rico De Alonso, Ana. Reunión de Expertos. “Políticas hacia las familias, Protección e inclusión sociales”. Políticas sociales y necesidades familiares en Colombia. Naciones Unidas. CEPAL. Junio de 2005.
 38. Roca, Encarna. Familia y cambio social, de la “casa a la persona”, Cuadernos Civitas, Editorial Thomson Reuters. 2016.
 39. Ruiz-Rico, Ruíz, José Manuel. Castaños Castro, Paula. Matrimonio y Divorcio: Sistemas legales de Divorcio. La acción de Divorcio. Los pactos matrimoniales. Universidad de Málaga. Coordinador Académico del Primer Título de Experto on line en Derecho de Familia, organizado por el CGPJ en coordinación con las Universidades de Jaén y Málaga. Marzo-Junio año 2013.
 40. Sierra Gutiérrez, Abdón. La autonomía privada en el estado social de derecho -concepto y evolución- vista desde el sistema jurídico colombiano y venezolano. Marzo de 2012. Advocatus. Edición especial No. 18:73-103, 2012. Universidad Libre, Seccional Barranquilla.
 41. Revista Credencial Colección Historia. “La efímera existencia del matrimonio civil en el siglo XIX: un debate que perdieron los liberales radicales”. Mayo 2012. Aristizábal Magnolia.
 42. Ruiz Manotas, Paola Margarita. El Divorcio en Colombia y su relación con el posicionamiento social de la mujer. Universidad del Norte. Facultad de Derecho. 2017.

43. Sánchez, Raúl Ramón. Reforma de la Separación y el Divorcio en España: Algunos aspectos sustantivos y procesales. Universidad Pontificia de Salamanca, REDC 66, 2009, págs. 293-324.
44. Serrano Quintero, Luz Amparo. Una mirada al derecho de familia desde la Psicología Jurídica. Ediciones Usta. Primera Edición. 2017.
45. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. Serie Cuadernillos de Trabajo No. 4. “Trámite procesal del juicio de divorcio sin expresión de causa”. Primera Edición. México. Noviembre 2012
46. Torrado, Helí Abel. Derecho de Familia. Matrimonio, filiación y divorcio. Universidad Sergio Arboleda. Segunda Edición. Abril de 2016.
47. Vela Caro, Andrea Catalina. Del Concepto Jurídico de Familia en el Marco de la Jurisprudencia Constitucional Colombiana: Un Estudio Comparado en América Latina. Universidad Católica de Colombia. Bogotá. 2015.
48. Velásquez Toro, Magdala. La condición jurídica y social de la mujer, en Tirado Mejía, Álvaro, Director científico y académico, Nueva Historia de Colombia, T. IV Educación y ciencia. Luchas de la Mujer, Vida diaria, Planeta Editorial, Bogotá, 1989.
49. Viveros, Enrique. La nueva formación de parejas. Legis. Segunda Edición. 2013.

NORMATIVIDAD:

- Constitución Política de Colombia de 1991
- Código Civil Colombiano
- Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012)
- Ley 54 de 1990
- Ley 25 de 1992
- Ley 797 de 2003
- Ley 979 de 2005
- Ley 1361 de 2009
- Ley 1857 de 2017
- Código Civil del Ecuador (Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005. Última modificación: 19-jun.-2015)

-Código Civil del Perú (Decreto Legislativo N° 295. Promulgado 24.07.84. Publicado 25.07.84. Vigencia 14.11.84.

- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Herrera Marisa, Caramelo Gustavo, Picasso Sebastián, Directores. Edición del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. 2da edición - Mayo 2016.

-Ley 15 de 2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil española en materia de separación y divorcio.

-Código Civil del Estado Federal de México; Código Civil de Uruguay. Código Civil de la República Bolivariana de Venezuela. Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional.

JURISPRUDENCIA:

CORTE CONSTITUCIONAL:

- 1.- Sent. T-406, junio 5 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Exp. T-778
- 2.- Sent. T-523, septiembre 19 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Exp. 2598.
- 3.- Sent. T-338, agosto 24 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Exp. T.12.031
- 4.- Sent. C-309 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1511
- 5.- Sent. T-586 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Exp. T-213042
- 6.- Sent. C-533, mayo 10 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Exp. D-2620.
7. Sent. C-660 de 2000, 8 de junio. M.P. Álvaro Tafur Galvis
- 8.- Sent. C-1495, noviembre 2 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Exp. D-2958.
- 9.- Sent. C-1033, noviembre 27 de 2002. M.P. Jaime Córdova Triviño. Exp. D-4102.
- 10- Sent. C-271 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Exp. D-4248.
- 11.- Sent. C-075, febrero 7 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Exp. D-6362.
- 12.- Sent. C-811, octubre 3 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Exp. D-6749.
- 13.- Sent. C-336, abril 16 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Exp. D-6947.
14. - Sent. C-798, agosto 20 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Exp. D-7177.
15. - Sent. C-029, enero 28 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Exp. D-7290
- 16.- Sent. C-985, diciembre 2 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Exp. D-8134.

- 17.- Sent. C-577, julio 26 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Exps. D-8367 y D-8376, acumulados.
- 18.- Sent. C-746, octubre 5 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo. Expediente D- 8467.
- 19.- Sent. T-606, septiembre 2 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos. Exp. T-3873716.
- 20.- Sent. C-934, 11 de diciembre de 2013. MP. Nilson Pinilla Pinilla. Exp. D-9661.
- 21.- Sent. C-278, mayo 7 de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo. Expedientes D-9903.
- 22.- Sent. C-070, febrero 18 de 2015 MP. Martha Victoria Sáchica Méndez. Exp. T-4.534.989.
- 23.- Sent. T-519 de 9 de agosto de 2015. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Expediente T-4.857.824.
- 24.- Sent. T-233, abril 30 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo. Exp. T-4.666.658.
- 25.- Sent. T-292 de junio 2 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Exps. T-5.273.833 y T-5.280.591 (Acumulados).
- 26.- Sent. C-358 de julio 7 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa. Exp. D-11153.
- 27.-Sent. C-394 de junio 21 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera. Exp. D-11785.
- 28.- Sent. T-281 23 de julio de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
- 29.- Sent. C-134 de marzo 27 de 2019 M.P. Alejandro Linares Cantillo Exp. D-12272.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

- Sent. STC10829-2017 Radicación No. 11001-02-03-000-2017-01401-00 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, 25 de julio de 2017.
- Sent. STL 16300-2017, Proceso No. T-75391, Sala de Casación Laboral, M.P. Fernando Castillo Cadena, 27 de septiembre de 2017.
- Sent. STC-442-2019, Radicación n° 11001-02-03-000-2018-03777-00, Sala de Casación Civil, M.P. Luis Alfonso Rico Puerta, 24 de enero de 2019.

FUENTES TELEMÁTICAS:

- <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-privado/derecho-privado.htm>
- <http://concepto.de/derecho-privado/#ixzz5Izz98EjZ>
- <https://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>

<http://www.unla.mx/iusunla28/reflexion/La%20Dignidad%20Humana.htm>

<http://curia.europa.eu/juris/shommPdf.jsf?docid=102219&doclang=EN>

<https://www.researchgate.net/publication/292148929>