

DIVORCIO UNILATERAL, APROXIMACIONES A UNA CAUSAL TAXATIVA A PARTIR DEL MATRIMONIO COMO CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

*Mery Esperanza Delgado Cifuentes**

Universidad Santo Tomás

Resumen

Esta investigación parte de la base de la inexistencia de una causal taxativa que permita el divorcio por voluntad unilateral de alguno de los cónyuges en Colombia. Para dar fundamento a su existencia, se estudia la distinción entre matrimonio y familia, oposición que permite acoger nuevamente el matrimonio como contrato con finalidades predispuestas como base del negocio jurídico, ello implica interpretar la causal de divorcio número dos del artículo 154 del Código Civil y realizar una ponderación de derechos fundamentales, a saber el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la familia.

*Estudiante de la Facultad de Derecho.
Sede Bogotá- Colombia.

Índice

Justificación.

1. Introducción.....	7
2. Escenario Jurídico del Divorcio en Colombia.....	9
3. Distinción Entre Matrimonio y Familia en Colombia.....	17
4. Familia y Libre Desarrollo de la Personalidad.....	21
5. Finalidad del Matrimonio Civil en Colombia.....	25
6. El Contrato de Matrimonio: Base del Negocio Jurídico y Autonomía Privada.....	29
7. Autonomía Privada en el Contrato de Matrimonio.....	31
7.1 Contrato y Autonomía Privada Hoy.....	35
8. El Divorcio por Voluntad Unilateral: Derecho Comparado.....	39
8.1 Nicaragua.....	39
8.2 España.....	40
8.3 Suecia.....	41
8.4 México.....	43
8.5 Jurisprudencia: Indemnización por la Ruptura Unilateral del Contrato de Matrimonio.....	43
8.5.1 Perú.....	43
8.5.2 España.....	45
9. Proporcionalidad entre el Libre Desarrollo de la Personalidad y el Derecho a la Familia.....	47

Conclusiones.

Referencias.

Justificación

Este proyecto se encamina en la necesidad que ejemplifica Colombia de implementar el divorcio por voluntad unilateral, debido a que la sociedad se enfrenta a diferentes cambios culturales y estructurales del matrimonio, lo que enseña que las causales de divorcio establecidas en el artículo 154 del Código Civil Colombiano en las condiciones actuales, se ven próximas a perjudicar la estabilidad familiar y el derecho del cónyuge a escoger libremente el curso normal de su vida.

Bajo estas condiciones, una persona que es obligada a mantener un vínculo matrimonial al no encontrar respaldo en la causales predispuestas en el Código Civil ve restringida su libertad y al mismo tiempo deja de proporcionar al matrimonio la estabilidad suficiente para que éste pueda promover en términos de igualdad el amor que debe ser guía de la protección familiar.

En consecuencia se deberá responder a la siguiente pregunta ¿Bajo los presupuestos y las condiciones establecidas en la sociedad actual y en el ordenamiento jurídico, es posible implementar el divorcio unilateral como causal taxativa en el Código Civil Colombiano?

1. Introducción

A partir de los cambios en torno a la familia, como el reconocimiento de la igualdad en la relación matrimonial, el matrimonio entre parejas del mismo sexo, y la adopción ejercida por estas últimas, se presenta la necesidad de suprimir las causales de divorcio como hoy se conocen en el ordenamiento, dado que el campo jurídico se hace cada día más extenso, permitiendo así que las causales de divorcio como hoy se conocen se encuentren inoperantes ante la negativa de uno de los cónyuges a otorgar el divorcio, y ante el poco ajuste que se deriva de las causales de divorcio al ser éstas necesariamente extremas.

“Para Durkheim los cambios en el derecho introducen modificaciones en las relaciones familiares, la sociedad moderna evoluciona hacia un derecho que garantiza mayor autonomía personal, que revitaliza el derecho restitutivo”. (Rodríguez, y De la cruz, 2012, p.4)

En este sentido la complejidad de la familia conlleva a que hoy se esté hablando de familias de hecho, necesariamente situadas por fuera de los vínculos jurídicos o de filiación, con los mismos derechos que las familias tradicionales; cimentada en el concepto de voluntad libre a la hora de construirla, no como voluntad libre de un hombre y una mujer de conformar la familia del artículo 42 de la Constitución Política. Si no, la voluntad que lleva implícito la correlación de amor entre los miembros del núcleo familiar, que logra la denominación de familia, por lo tanto “el estadio actual del derecho de la familia, debe seguir defendiéndose una configuración de la familia desde los derechos, valores y principios constitucionales, desde el respeto de los derechos fundamentales de sus miembros” (Navas, 2006, p. 207).

Paralelamente a esta realidad, hoy en Colombia no existe causal taxativa que implemente la posibilidad de divorcio por voluntad unilateral de alguno de los cónyuges, debido a que el país se sitúa al lado de la tradición católica, que involucra la familia y su conservación como núcleo esencial de la sociedad, no obstante el Código Civil Colombiano establece que el matrimonio es un contrato solemne, y es a partir de ello, es decir como contrato, donde se entablará un dialogo sobre posibles formas de resolver el matrimonio civil.

En otros países se ha dado éste paso jurídico, por ejemplo la Asamblea Nacional Nicaragüense a través de la ley 38 de 1988 taxativamente implementó en su artículo 1 la disolución del matrimonio por voluntad de uno de los cónyuges, que a su vez derogó el artículo 160 del Código Civil nicaragüense.

2. Escenario Jurídico del Divorcio en Colombia

La historia del matrimonio en Colombia ha transformado el divorcio desde el vínculo indisoluble de mediados del siglo XIX, para la época el matrimonio era un vínculo que profundamente estaría ligado a la religión católica, sin embargo en 1853 se da la separación entre la iglesia y el Estado, como resultado de dicha desvinculación aparece el matrimonio civil y el divorcio por mutuo consentimiento, para entonces la disolución del matrimonio únicamente se otorgaba cuando alguno de los cónyuges fallecía, no obstante tres años más tarde se elimina el divorcio por mutuo consentimiento, pero suscitarían dos tipos de vínculo el religioso y el civil. (Prieto, 2008)

Fue hasta 1857 que se adopta el Código Chileno por parte del entonces Estado de Cundinamarca, aunque los Estados eran libres de elegir su legislación, así el Estado de Santander introduce modificaciones particulares para el punto específico del divorcio, como la disolución de matrimonio por muerte o por voluntad de uno de los cónyuges.(Hinestrosa, 2006)

A pesar de las modificaciones introducidas por el Estado de Santander fue la modificación del Estado de Cundinamarca la que prevaleció, y nuevamente la disolución del matrimonio se concedía solo por la muerte del cónyuge, no fue hasta 1976 con la Ley Primera donde se introducen las causales de divorcio y otras modificaciones así:

1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado. Se presumen las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio,

por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma o eficacia. 2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges, de sus deberes de marido o de padre y de esposa o de madre. 3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ello pelagra la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descendientes, o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos. 4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges. 5. El uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica. 6. Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial. 7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo. 8. la separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure más de dos años. 9. La condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años, por delito común, de uno de los cónyuges, que el juez que conozca del divorcio califique como atroz e infamante.

Posteriormente con la Ley 25 de 1992 se modifica la Ley Primera de 1976, estableciendo las causales de divorcio como hoy se conocen, (artículo 154 del Código Civil Colombiano) exceptuando algunas variaciones estudiadas y consecutivamente modificadas en sentencias de la Corte Constitucional como la eliminación del apartado *salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado en la causal primera*:

1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado.
2. 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.
3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.
4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.
5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.

6. Toda enfermedad o anormalidad 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.
7. 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.
8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años.
9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia.

Hay que mencionar que en Colombia se continúa realizando diversos análisis en torno a las causales de divorcio a través de sentencias de la Corte Constitucional, tal como la sentencia C-985-10 en donde a partir de la división de las causales de divorcio en subjetivas y objetivas se estudia la constitucionalidad del artículo 156 del Código Civil Colombiano referente a la oportunidad para demandar el divorcio.

Las causales subjetivas se manifiestan por el incumplimiento de los deberes conyugales como: 1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges 2. 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. 3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, la embriaguez habitual de uno de los cónyuges 4. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica 5. 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. Se entiende como divorcio sanción

Las causales objetivas se relacionan con el quiebre de los lazos afectivos de la pareja como 1. Toda enfermedad o anormalidad 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. 2. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años. 3. El consentimiento

de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia. Denominado divorcio remedio

Las causales subjetivas contemplaban en el artículo 156 del Código Civil colombiano un término de prescripción para el cónyuge inocente de un año contados a partir del conocimiento de los hechos para demandar el divorcio en relación con las siguientes causales: 1. relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges. 2. 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. O contado el término desde que sucedieron, en relación a las causales de 1. Grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres. 2. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra. 3. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges 4. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.

Después de realizar un estudio en relación a dicho termino de prescripción, la Corte Constitucional encontró desproporcional la imposición de término alguno para demandar el divorcio por el cónyuge inocente, en la medida que restringe el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad en su faceta de autodeterminación y a la intimidad del cónyuge inocente, asimismo limita la elección del Estado Civil como manifestación del libre desarrollo de la personalidad, a lo que concluye la Corte que el termino establecido en el artículo 156 solo aplica para el pago de las sanciones al cónyuge inocente.

En cuanto al término de dos años contados a partir de la ocurrencia de los hechos para demandar el divorcio, referente a la causal de relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges y 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, se elimina, en el entendido que sigue vigente únicamente para solicitar la sanción.

Para resolver el problema jurídico la Corte edificó argumentos que evidencian la necesidad de profundizar en la disolución del matrimonio de forma unilateral.

Para la Corte la dignidad humana, el principio del libre desarrollo de la personalidad y la inalienabilidad de los derechos de la persona de los cónyuges, constituyen criterios de interpretación suficientes para afirmar que no se les puede obligar a mantener el vínculo matrimonial en contra de su voluntad e interés.

En sentencia C-746-11 no se expresa la necesidad de crear una nueva causal de divorcio que permite la disolución del matrimonio unilateralmente, pero queda expuesta la falencia de la legislación Colombiana en torno a los cambios que vive la sociedad actual.

En la sentencia se demanda la constitucionalidad del artículo 154 del Código Civil inciso 8, la separación de cuerpos judicial o de hecho que haya perdurado por más de dos años, a partir del artículo 16 de la Constitución Política Colombiana al derecho al libre desarrollo de la personalidad, dado que al establecer un término de dos años para la disolución del matrimonio se está vulnerando dicho precepto, no obstante la Corte Constitucional manifiesta que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es absoluto, sino que debe armonizarse con el derecho del cónyuge y los hijos si los hay, pues para la Corte se tiene una vocación Constitucional de permanencia del matrimonio en Colombia; esta relación entre el libre desarrollo de la personalidad y matrimonio se abordara en el último capítulo.

En sentencia T-967-14 el objeto de análisis es la causal 3, los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra del artículo 154 de Código Civil, en el caso concreto la accionante demanda el divorcio porque su cónyuge ejercía sobre ella además de violencia física, violencia psicológica que se manifestaba en comportamientos restrictivos en cuanto a su forma de vestir, el almuerzo con sus compañeros de trabajo y el conflicto que se desplegaba cuando la accionante debía salir a reuniones sociales y laborales, debido a que el demandado le impedía dichas salidas.

El Juzgado que conocía del caso negó el divorcio por considerar que no se había probado el maltrato psicológico y físico de la accionante, ante la negativa del Juzgado, la accionante interpuso una tutela, que conoció la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia declarando improcedentes la acción de tutela, porque la accionante no agotó el recurso de apelación, a lo que la Corte Constitucional Colombiana responde que negar el amparo por parte de la administración de justicia sin realizar un examen exhaustivo se convierte en una formalidad procesal, desconociendo la condición de vulnerabilidad de la accionante y en general de las mujeres que dentro de la cultura colombiana muchas veces se ven obligadas a callar dichos actos de violencia porque no desean ser objeto de re victimización.

Se concede el amparo de tutela debido a que el juzgador de primera instancia no valoró pruebas de vital importancia en el proceso y las que valoró, las estudió de manera errónea, aclara la Corte Constitucional que el derecho procesal debe armonizarse con la Constitución a lo que deberá prevalecer el derecho sustancial.

No se quiere tomar como referencia la violencia contra la mujer que es puesta como objeto relevante en la sentencia si no que, se quiere mostrar que las causales subjetivas de divorcio llevan implícitas deberes de tipo probatorio que hacen nula la posibilidad de tener un divorcio acorde a los preceptos constitucionales, pues el trascurso de tiempo para éste caso en particular desde la presentación de la demanda de divorcio ante el juzgado y el fallo de la Corte Constitucional transcurrió aproximadamente un año en donde la accionante se vio obligada a soportar la carga de un proceso que además de re victimizarla limita sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad y a la familia.

A la realidad social de Colombia se deben sumar cambios que permiten las libertades personales sobre las institucionales, y el respeto por la diversidad de pensamiento, creencias y proyectos de vida. En todo caso la realidad actual se refleja en la Constitución, pues esta de ninguna manera es un límite a la libertad individual, siempre que esta libertad no perjudique derechos ajenos, así mismo

promueve espacios de diálogo en donde se puede discutir en torno a la fomentación de la libertad personal como fundamento del matrimonio y la familia.

3. Distinción entre Matrimonio y Familia en Colombia

Bajo la religión cristiana el matrimonio debe tener un carácter de permanencia, por el hecho de ser una creación divina destinada al bien común, que “va íntimamente conectado con las primeras y más fundamentales funciones de la familia, que son la procreación y educación de los hijos”. (Gonzalo, 2005, p. 193)

Para la religión la distinción entre matrimonio y familia subyace en que una es el medio de la otra, luego necesariamente están ligadas entre sí.

Pero en cualquier caso, los cambios que se presentan en Colombia en torno a la familia, involucran cambios significativos en la idea de matrimonio como está concebido por la iglesia cristiana; bajo esta idea se debe hacer una distinción entre familia y matrimonio en la ley colombiana, pues la Constitución protege la familia sobre otros derechos fundamentales, pero muchas veces estos dos factores se ven involucrados como un todo.

Bajo la deducción del matrimonio y la familia como un todo, se pueden transgredir derechos fundamentales que no necesariamente deben ser sacrificados para propiciar la indisolubilidad de la familia.

Antes de empezar se tiene que exponer y no es nada novedoso que se discuta en torno a los cambios significativos en materia de matrimonio que ha tenido nuestro país en los últimos años, y es que, desde la idea de matrimonio del Digesto como “la unión del varón y de la hembra, compañía de toda la vida para comunicación del derecho divino y humano” (Parra, 2008, p.91) nuestro país de manera positiva ha ampliado la idea del matrimonio, y hoy en día sigue en constante movimiento.

Los cambios que se presentaron en la sociedad a partir de la constitución de 1991 permiten hacer una interpretación amplia de los derechos fundamentales, que hoy

se exteriorizan en la idea de familia conformada del matrimonio entre parejas del mismo sexo (Corte Constitucional sentencia SU-215-16), que se opone a la idea del matrimonio tradicional como unión exclusiva del hombre con la mujer, lo que abre una perspectiva diferente en cuanto a la familia alejada de preceptos religiosos, esto permite decir que actualmente se deben hablar de matrimonio y familia como meros símbolos legales.

Legalmente la separación de familia y matrimonio tiene que ser más extensa que la encontrada en la religión cristiana, debido a que está se presenta invariable ante una realidad social.

Para un sector de la doctrina esta distinción se da en cuanto a que el matrimonio es concebido por el amor, lo que involuntariamente conlleva el enlace entre familias, es decir que este permite la filiación entre dos grupos diferentes. (Rodríguez, y De la cruz, 2012)

En otras palabras la familia puede estar compuesta por diferentes enlaces sentencia C-577-11, a saber: las familias monoparentales compuestas por un solo padre y sus hijos, las familias ensambladas, en donde dos personas se unen en matrimonio o unión de hecho y cada uno o uno de los cónyuges o compañeros tiene hijos de una unión anterior que aportan a la nueva familia y las familias de crianza constituida por un hijo que ha sido separado por diversas circunstancias de su familia biológica y es criado por una familia diferente por un determinado periodo que permite establecer vínculos afectivos.

Por lo tanto, para que exista una familia exclusivamente no debe existir un matrimonio, pues a través del tiempo se han sobrepuesto modelos familiares alternos a la idea típica de familia, considerando que Colombia es un país plural, de manera que esta pluralidad impone la pluralidad de familias, sentencia C- 606-13

Esta concepción de familia permite establecer que el matrimonio como unión indisoluble necesariamente no conlleva a la protección de la familia, por esta razón se realiza la distinción entre matrimonio y familia.

El matrimonio es un “Acto en cuya virtud un hombre y una mujer se comprometen a convivir de por vida; por obra de una selección recíproca, el vínculo conyugal es, pues un nexo perdurable que emana del acuerdo de las voluntades de los cónyuges.” (Castillo, 2004, p. 96)

En sentencia C-577-11 se realiza la distinción entre familia y matrimonio del artículo 42 de la Constitución Política de la siguiente manera:

“La Corte ha considerado que el artículo 42 de la Constitución establece una clara diferencia entre la familia, en relación con la cual al Estado se le encomiendan “precisos cometidos de preservación y protección”, orientados a garantizar su existencia y desarrollo, y el matrimonio “establecido como uno de los mecanismos aptos para el surgimiento de aquella”, cuya regulación legal debe “condicionarse, además de lo que en este aspecto prevé expresamente la Constitución, a la naturaleza y características que el ordenamiento superior asigna a la familia”.

Tomando como presupuesto la distinción de familia y matrimonio se cuestiona la omisión legislativa que obstruye la posibilidad de implementar una causal taxativa de divorcio por voluntad unilateral al trastocar dichos significados, debido a que la legislación tiende hacia la vocación de permanencia de la familia, así mismo no se está legislando junto con los cambios que presenta la sociedad colombiana en torno a las nuevas formas de familia y matrimonio (artículo 42 Constitución Colombiana).

La distinción entre matrimonio y familia permite alejarse de la indisoluble mezcla de estos dos significados, si bien el matrimonio es una institución creadora de familia esto no traduce que el vínculo jurídico debe permanecer sin causa justificada, más

aún si la familia funda su existencia en el amor, respeto y solidaridad como taxativamente lo menciona la Corte en la anterior sentencia.

Análogamente a la distinción de familia y matrimonio se debe discutir en torno al libre desarrollo de la personalidad, el cual es restringido, pues hoy únicamente se permite el divorcio por las causales del 154 del Código Civil.

4. Familia y Libre Desarrollo de la Personalidad

Respecto al libre desarrollo de la personalidad la Corte Constitucional en sentencia C-746-11 se pronuncia de la siguiente manera:

“El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto: es una potestad subjetiva, constitucional y legalmente restringible. La propia Constitución admite su acotamiento concretado en “los derechos de los demás” y en el “orden jurídico”.

Bajo esta premisa la Corte advierte que no se puede vulnerar este derecho cuando aquella restricción es irrazonable, así mismo la restricción al libre desarrollo de la personalidad no puede impedir el desarrollo del ser humano en cuanto a sus posibilidades de escoger bajo qué patrón y expectativas de vida se quiere moldear, de esta manera para que un fundamento pueda impedir este derecho, debe ir acorde a la Constitución y tener una real proporción, adicionalmente no puede coaccionar la realización del ser.

En lo que tiene que ver con la relación entre familia, libre desarrollo de la personalidad y matrimonio la sentencia C-746-11 se refiere así:

(...) La protección constitucional a la familia guarda una relación necesaria con el matrimonio, no solo como forma solemne de constituirla, sino como la institución que, al comprometer relaciones maritales y filiales, concurre a la realización del mandato constitucional de “protección integral de la familia.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad en Colombia queda al margen de la familia, en donde a causa del matrimonio como institución creadora de familia se permiten coacciones a las libertades personales de los cónyuges, como la imposición de un estado civil y la imposibilidad de casarse antes de dos años de

separación de hecho, esta imposición conlleva a que se re victimice la relación de pareja, en donde un acuerdo o la decisión unilateral de alguno de los cónyuges de divorciarse sin alegar causa alguna puede llegar a ser más viable que la discusión en torno a las causales que se deben invocar para lograrlo, en el camino de lograr conseguir probar dichas causales se entorpece la autonomía privada. Después de todo, el artículo 42 de la Constitución menciona que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco de todos sus integrantes, inciso que da cabida a interpretaciones de lo que para cada cónyuge conlleva el respeto, permitiendo deformar la idea de unión familiar común.

Una posible *inestabilidad* familiar puede ser más benefactora que la unión permanente bajo regímenes de intolerancia, desamor, desigualdad y deshonor que pueden conllevar a un daño aún más profundo para la familia que está unida bajo dichas condiciones, contrario a la familia que decide una separación para conservar precisamente la armonía familiar.

Por ejemplo, dos personas se unen en matrimonio civil bajo las solemnidades establecidas por el Estado, y un día uno de ellos decide separarse, porque ya no encuentra el amor en su pareja, él o ella se ven obligados a permanecer en unidad si el cónyuge que desea divorciarse no encuentra solución en las causales del artículo 154 del Código Civil.

En este punto cabe preguntar ¿Qué incide en que una familia sea o no mejor o más feliz que otra? ¿Qué incide en que una familia unida garantice mejor sus derechos a los hijos que separada? o ¿Por qué el Estado supone que una familia unida bajo el mismo techo como matrimonio puede tener una protección integral?

Se podría decir que retomando los anteriores postulados la Sentencia C-577-11 advierte que

Los precisos cometidos estatales “de preservación y de protección que se orientan a garantizar la existencia y el desarrollo de esta institución como básica de la sociedad”, no pueden plantearse al margen de que la familia, “además de constituir el núcleo fundamental de la sociedad, hace parte estructural de la libertad personal del ser humano.

Sobre este supuesto se localiza la problemática, pues bajo la tutela de la ley se procura salvaguardar intereses de particulares que se puedan ver afectados por la decisión unilateral de uno de los contratantes, por otra parte siendo la familia un núcleo social no es tan cómodo determinar hasta qué punto económicamente y emocionalmente es mejor o no dejar que los particulares regulan su contrato matrimonial, pues se abstraen de la órbita del derecho para inmiscuirse en algo netamente psicológico que el Estado califica como lo más sano en dicho contrato.

Hasta cierta medida esto es lo que separa al contrato matrimonial de otros contratos porque a pesar de que, se derivan ciertas consecuencias económicas del contrato de matrimonio el fin último es la ayuda mutua, la convivencia y la procreación (en algunos casos), es un contrato que toca o tiene fibras emocionales involucradas que permiten distanciarlo de otros contratos.

5. Finalidad del Matrimonio Civil en Colombia

Llama la atención que el Código Civil adopte una teoría *Contractualista* en cuanto al contrato matrimonial, pero se permita realizar distinciones entre lo que es o no favorable emocionalmente para dicha unión.

El artículo 113 del Código Civil habla del matrimonio como contrato que impone ciertas obligaciones bilaterales, entre estas el auxilio mutuo “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.”

En nuestro ordenamiento el matrimonio es un contrato que difiere de otros contratos especialmente en las formas de su extinción y en cuanto a que sus obligaciones no están sujetas algún plazo o condición (Parra, 2008)

Debido a que el matrimonio es un acto jurídico debe reunir los requisitos del artículo 1502 del Código Civil, capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa lícita.

La finalidad de este contrato matrimonial es el de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente (artículo 113 del Código Civil), en cuanto a obligaciones en el artículo 176 del Código Civil se encuentran las de guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida, además el artículo 177 del Código Civil impone que la dirección del hogar será conjunta y a falta de algún cónyuge está obligación recaerá en el otro, así mismo el Estado brinda su intervención si no se llega a acuerdo alguno sobre ésta dirección.

Los deberes que la ley impone a los contratantes frente al matrimonio son protegidos, en cuanto permite demandar el divorcio por la causal número 2 del artículo 154 del Código Civil colombiano *el grave e injustificado incumplimiento por*

parte de algún de los cónyuges que los deberes de la ley les impone como tales y como padres, no obstante el contenido de estas obligaciones puede ser subjetivo y dependerá del juzgador que las valore.

Con respecto a la obligación de ayuda mutua la Corte Constitucional en sentencia C- 246-02 señala que:

La obligación de socorro y ayuda que la ley predica de los cónyuges casados (artículo 176 C.C.) comprende varias dimensiones que cobijan, entre otras cosas, prestaciones de carácter personal y económico que hacen posible la vida en común y el auxilio mutuo. A través de estos vínculos no sólo se manifiesta el deber constitucional de solidaridad, sino que también se desarrolla el principio de reciprocidad que caracteriza la relación conyugal.

A esta conclusión llega la Corte Constitucional en cuanto a ponderar el deber de ayuda mutua cuando alguno de los cónyuges padece una enfermedad grave incurable, causal número 6 del artículo 154 del Código Civil con los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud y la autonomía, aun así la Corte manifiesta que esta enfermedad como bien lo advierte el numeral 6 debe ser incurable y además debe poner en peligro la salud del cónyuge sano, pero en cuanto a cualquier debilidad manifiesta que subyazca de una enfermedad no contagiosa y curable existe el deber de auxilio y ayuda mutua que por supuesto no ponga en peligro la vida del cónyuge sano, adicionalmente el cónyuge que por esta razón se separe deberá alimentos al cónyuge enfermo siempre que no puede mantenerse y el cónyuge sano tenga los medios para proporcionarlos.

En contraste con lo expuesto en el artículo 176 del Código Civil, se debe señalar las ambigüedades que pueden presentarse al hablar de ayuda mutua, que conlleva las prestaciones de carácter económico, dado que fácilmente éste deber se puede observar vulnerado en muchos matrimonios y no por carencias económicas, sino cuando un cónyuge depende económicamente del otro y éste no le proporciona el

dinero necesario para sostenerse dignamente teniendo los medios para hacerlo, para estas circunstancias en Colombia se debe iniciar un proceso de fijación de cuota alimentaria a partir de la obligación que entre los cónyuges hay de dar alimentos necesarios, los imprescindibles para suscitar y congruos, es decir los que habilitan al alimentado para vivir modestamente de un modo correspondiente a su posición social (artículo 413 y 414 del Código Civil).

Dar alimentos es una obligación que se contrae en el contrato de matrimonio a través del deber de auxiliarse mutuamente, sin embargo permiten ser reclamados independiente del divorcio a través de un proceso de alimentos, no obstante cuando ese incumplimiento se quiere proponer como causa para invocar el divorcio a través de la causal numero 2 *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* del artículo 154 del Código Civil se sitúa al juzgador en una posición subjetiva, donde debe valorar en qué medida se incumplió o no con dicha obligación, lo que ubica al cónyuge demandante en una situación probatorio innecesaria y de vulnerabilidad

En otro contexto, se pueden observar reinterpretaciones para dicha causal como lo manifiesta (Parra, 2008) el cual alude al socorro y ayuda mutua como la asistencia que deben proporcionarse entre los cónyuges para su existencia y cita a la Corte en sentencia del 13 de junio de 1985 en cuanto:

El deber de socorro para el cónyuge y para la prole, no se traduce exclusivamente en dinero o alimentación, sino también en apoyo moral y afectivo para el normal desenvolvimiento de la vida familiar, llamada a propiciar un clima apto para el florecimiento de los valores espirituales y morales entre quienes la integra.

En relación al deber de procrear se debe tener en cuenta que el matrimonio es un contrato, por lo tanto se puede en él observar la autonomía privada, además esta libertad se encuentra sustentada en la Constitución y altamente expuesta por la Corte Constitucional, de cualquier modo no es claro la finalidad de procrear si se

piensa que uno de los cónyuges no quiera y el otro sí, o por ejemplo los dos lo deseen pero uno de ellos no pueda y por estas circunstancias alguno de ellos decide separarse y el otro no está dispuesto a concederle el divorcio, o que el objeto por el que se llevó este contrato era procrear, idea que fue transparente al momento de contratar.

Se puede resumir lo formulado en estos últimos párrafos, que la causal de divorcio número 2 del artículo 154 del Código Civil está expuesta a diversas interpretaciones por parte del legislador que entorpecen la administración de justicia.

Al hablar de los fines del matrimonio establecidos en el Código Civil se encuentra que la base de éste negocio jurídico está cimentada en dichas finalidades, por lo tanto si la finalidad del matrimonio no se está ejecutando es válido preguntar si dicha unión debería permanecer vigente, aun cuando a pesar de ser una valoración de cada pareja, como contrato civil alejándose de preceptos sensitivos dichos deberes, obligaciones y finalidades no se están cumpliendo.

Frente a este incumplimiento cada individuo debe tener el derecho de decidir por autonomía privada si continua o no dicho contrato, sin verse implicado en situaciones donde el deber de probar victimiza al demandante o al demandado.

6. El Contrato de Matrimonio: Base del Negocio Jurídico y Autonomía Privada

Si se habla del matrimonio se tiene que partir sobre la base de la autonomía privada que permite ser creadora de actos o negocios jurídicos, haciendo la salvedad en cuanto a las teorías que giran en torno a lo que debería ser el acto y negocio jurídico.

“Los franceses utilizaron lo que los alemanes habían desarrollado y lo trasladaron a su realidad, en efecto, (...) Este hecho motivó que se hable de acte juridique, que es la traducción francesa del negocio jurídico alemán. “(Llano, Sánchez, 2005, p. 9)

En el negocio jurídico del matrimonio confluye la voluntad de dos particulares con la intención de crear una relación jurídica, la cual tendrá como fin convivir, procrear y auxiliarse mutuamente, será bilateral y tendrá las formalidades del matrimonio civil en Colombia, por lo tanto además es solemne. Parra (2008) lo clasifica como un negocio jurídico de carácter familiar.

Karl Larenz (2002) le atribuye a la base del negocio jurídico dos divisiones, por un lado la base del negocio subjetiva y por otro la base del negocio objetiva, la subjetiva ateniéndose al error en el motivo de los contratantes, es decir al motivo real por el cual los contratantes deciden obligarse, y la objetiva en la imposibilidad de la prestación del contrato y su finalidad, por lo tanto en ese momento del contrato han desaparecido algunas circunstancias, haciendo que el contrato no siga bajo su finalidad.

Debido a que las finalidades para cada uno de los contratantes en el matrimonio puede variar, se le atribuye únicamente las finalidades contempladas en el Código Civil para dicho contrato.

Existen algunos hechos que llevan a cuestionarse sobre el sentido del contrato debido al cambio en los escenarios, uno de ellos tiene relación con lo ya expuesto, y es cuando la equivalencia de las prestaciones es destruida y el contrato pierde su razón; el otro hecho corresponde a la imposibilidad de conseguir el fin perseguido, en este punto no se llega al resultado esperado.

Por otro parte Larenz (2002) menciona que las circunstancias personales para incumplir el contrato no son válidas, pero en todo caso realiza una salvedad en cuanto a sí estas circunstancias personales forman la base del negocio jurídico, como es el caso del contrato matrimonial.

Es éste el caso en que la base del negocio jurídico desaparece a razón de la deliberada conducta del otro contratante, el contratante que ha cumplido podrá pedir una indemnización y podrá resolver el contrato.

Tomando como presupuesto el artículo 113 del Código Civil se encuentra que si el fin del contrato no se cumple, en relación a los deberes que conlleva el contrato matrimonial y si se desea por alguno de los cónyuges destruir el vínculo, se podría a través de una causal como el divorcio unilateral permitir que los contratantes decidan terminar el contrato sin necesidad de tomar caminos más largos del tipo probatorio.

Así mismo como los cónyuges se encuentran frente a un contrato, la causal de divorcio unilateral sería una forma de incumplimiento, por lo cual la parte afectada debe recibir una indemnización; no sucedería lo mismo si el divorcio es por mutuo acuerdo.

La ruptura de la equivalencia de las condiciones en el contrato matrimonial al ser éste bilateral vendría a probarse solo para el pago de los perjuicios que ocasione dicho rompimiento del contrato y no para conceder el divorcio.

7. Autonomía Privada en el Contrato de Matrimonio

Para este momento es la autonomía privada la que permite ser creadora de actos jurídicos en el matrimonio y la que admite de la misma manera abordar el quiebre de la base del negocio jurídico para una posible indemnización.

Se habla de autonomía privada en los contratos civiles, que si bien en Colombia no está ampliamente permitida, se puede encontrar en algunas relaciones de tipo familiar, por ello se abordará de manera muy somera la autonomía privada, en la medida que esta, de forma supletiva es guía del divorcio por voluntad unilateral, sabiendo que son pocos los espacios dentro del contrato matrimonial.

Dentro del principio de la autonomía de la voluntad se ha considerado que el medio más adecuado para regular las relaciones jurídicas no reside en el poder público sino en el privado, en los actos particulares. El derecho reconoce el poder jurídico de la autonomía privada y eleva a causas jurídicas los efectos apetecidos por los particulares. El fin que el negocio jurídico persigue es regular los propios intereses jurídicos”. (Rocha, 2010, p.293)

La autonomía privada nace después de la codificación bajo tres fundamentos el jurídico, el político y el filosófico. Urbina et al (2011)

Jurídicamente el Código de Napoleón trasladó consigo la autonomía de la voluntad, concepto que fue evolucionando a lo que hoy conocemos como autonomía privada, de modo que, los particulares son libres de disponer sus relaciones jurídicas en condiciones casi análogas a la ley, entonces el Estado viene a jugar un papel preponderante al determinar parámetros para evitar las relaciones de poder y desigualdad entre los particulares.

Entendiendo la autonomía privada como “la facultad de los particulares de poder autorregular la disposición de sus derechos y contraer obligaciones dentro del marco jurídico vigente en una sociedad determinada”. (Sierra, 2012, p.83)

Se habla de la autonomía privada como la forma en que los particulares pueden regular sus relaciones jurídicas, de ahí que al particular le es permitido lo que no le está prohibido y para ello el Estado provee una serie de normas imperativas inconciliables.

La Corte Constitucional colombiana en sentencia C-934-13 precisa lo que conlleva hablar de autonomía privada hoy

La concepción actual de la autonomía de la voluntad privada parte del “poder dispositivo individual”, regulado por la intervención del Estado en el deber de garantizar los fines sociales que le han sido encomendados (art. 2° Const.), de forma que la libertad de contratar, la protección y promoción individual y los derechos constituidos, deben acompasarse en función del interés público.

Se encuentra que es el Estado el ente regulador de los particulares, al mismo tiempo no cabe duda de la relación de poder que poseen los particulares para regular algunas de sus relaciones conforme a su autonomía privada, pues es el Estado mismo quien provee de elementos suficientes para determinar que fuera del alcance de la ley y la costumbre hay un espacio que cede ante la autonomía privada.

Se debe mencionar que la Corte Constitucional parte de algunas manifestaciones claras de la voluntad privada, como lo son la potestad del hombre para celebrar o no contratos por el mero consentimiento, aquí se sobrepone la voluntad de las partes a las formalidades estructurales de las normas civiles, el querer de las partes en una relación contractual, aun cuando por ejemplo en su redacción no fue un objeto claro o se hizo de manera verbal, consentimiento que permite ser creador de actos jurídicos; y en la libertad para autorregular sus contratos bajo la limitación de las normas imperativas y las buenas costumbres.

Para profundizar en estas libertades (Leyva, 2010-2011) sustrae una serie de libertades que posee el contratante particular:

Potestades que consisten en la libertad de elegir la estructura negocial, en cuanto a establecer de manera unilateral la presunta estructura que regirá al contrato o una estructura acordada entre las partes, y la posibilidad de diseñar la eficacia del contrato, en este mismo orden se localiza la libertad sancionatoria: representada en la facultad que tienen los contratantes para determinar qué posibles sanciones acarrearía el incumplimiento del contrato y finalmente hay una obligatoriedad en relación a los efectos que produce, esta manifestación se deriva del artículo 1602 del Código Civil Colombiano “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales”

Se debe agregar que (Barcia, 2008) propone a través del derecho Alemán dos elementos fundamentales de la autonomía privada como son:

Libertad de conclusión: que se exterioriza como elemento esencial de la autonomía privada en libertad de contratar y libertad de conclusión contractual, esta última consiste en la obligación que se le impone a las partes de no finalizar un contrato sin la voluntad de las partes, no obstante esta imposición no es absoluta pues se restringe por el deber de ayuda dado por la ley, para ello se concede una libertad de configuración interna: que lo entiende Barcia como la libertad de convenir el contenido de contrato.

Para concluir (Barcia, 2008) manifiesta que la autonomía privada se puede desarrollar en las diferentes etapas contractuales tanto en la formación, en sus efectos, interpretación y extinción del mismo. “sólo a través del consentimiento las partes pueden obligarse”. (Barcia, 2008, p.174)

La autonomía privada en el campo del divorcio se presenta ante una posible indemnización de perjuicios del cónyuge que deshace el contrato bajo el

presupuesto de la libertad sancionatoria señalada por Leyva (2010-2011), que se deberá establecer en el caso de la disolución unilateral como causal taxativa, para el caso en particular, en Colombia se ha venido tratando el tema de reparación de perjuicios en el vínculo matrimonial, tema que se extrapolara al divorcio para una posible indemnización si se quiere implementar de manera unilateral.

(Rueda, 2011) advierte que “el sistema de alimentos establecidos y debidos por el cónyuge culpable, que ha ocasionado la terminación del vínculo, tiene un tinte sancionatorio” (p.108)

De implementarse el divorcio unilateral, la parte que decide dar por terminado el contrato matrimonial estará bajo la sanción ya establecida en el Código Civil de dar alimentos al cónyuge inocente. No obstante si el contrato de matrimonio se incumple por que no se cumplen con las obligaciones establecidas por parte del cónyuge que no demando el divorcio no se deberá dicha sanción, éste incumplimiento se probaría únicamente en términos de conceder la sanción.

Colombia establece alimentos para el cónyuge inocente para el caso del divorcio, sin embargo para la nulidad del matrimonio civil y el divorcio directamente establece el pago de los perjuicios, a favor del otro en el artículo 389 del Código General del proceso. Por lo tanto los perjuicios sean indirectamente como alimentos o directamente como perjuicios se encuentran en el ordenamiento colombiano.

Con respecto al punto anterior (Romero, 2012) manifiesta que el derecho de familia se integra con las demás normas del ordenamiento, así pues, no es una rama que se debe considerar separada y mucho menos aislada de las obligaciones contractuales y de los derechos fundamentales de cada cónyuge en la relación.

Se cuestiona (Sierra, 2012) acerca del constitucionalismo y la autonomía privada por ello vale la pena preguntarse ¿Es la constitución de 1991 límite de la autonomía privada o por el contrario es esta la que permite proclamar una autonomía privada amparada por el poder del Estado?

Para responder el interrogante se debe determinar cuál es la posición del Estado colombiano frente a la autonomía privada en los contratos civiles, para esto la sentencia C-993-06 expone que:

(...) los artículos 13 y 16, que consagran la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, respectivamente, los que sirven de sustento para afirmar que se ha de reconocer a las personas la posibilidad de que obren según su voluntad, siempre y cuando no atenten contra el orden jurídico y los derechos de los demás. Adicionalmente, se encuentra una serie de normas constitucionales garantes de ciertos derechos, cuyo ejercicio supone la autonomía de la voluntad; tal es el caso del derecho a la personalidad jurídica (art. 14), el derecho a asociarse (art. 38), a celebrar el contrato de matrimonio (art. 42)

Bajo la constitución de 1991 en realidad no se está limitando dicha autonomía privada, si no que la fundamenta y la contiene en el contrato de matrimonio como el artículo 16 del derecho al libre desarrollo de la personalidad, artículo 22 del derecho a la paz y que de ninguna manera se pueden ver distantes al artículo 42 pues es éste quien limita y al mismo tiempo la protege al manifestar que

“(…) Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes”. ibíd.

7.1 Contrato y Autonomía Privada Hoy

En pleno siglo XXI el mundo se encuentra frente a cambios significativos en materia contractual en donde prima o se tiende hacia la moralización de las relaciones en los contratos, tanto así que se abandona la idea del cumplimiento estricto del contrato cuando una parte en este caso la más débil se ve afectada.

De esta manera (Benítez., 2013) manifiesta. “Conviene observar (...) que el cumplimiento del contrato no importa tan solo la fidelidad escrupulosa al compromiso asumido, sino que requiere el respeto de la confianza establecida entre gente honrada y de bien, además de la observación exacta de todos los deberes de la justicia y equidad natural (p.27).

En relación con lo anterior, Benítez anuncia su teoría de solidaridad, solidaridad que debe haber entre los contratantes y en nombre de aquella autonomía debe primar en mayor medida la justicia.

En consecuencia a través del tiempo se han diseñado o establecido cambios significativos en materia de contratos, cambios que involucran la percepción del contrato como norma, en éste aspecto (Roppo, 2005) muestra que los contratos mercantiles están tendiendo a la normatización de relaciones que no se encuentran reguladas por las leyes existentes, y por lo tanto estas regulaciones particulares tienden a ser creadoras de normatividad entre el Estado y el mercado, y es en este momento en donde para Roppo entra a jugar al mercado las propuestas de las “law firms” ¹ de las compañías multi y transnacionales.

A propósito Roppo señala que está tendencia de creación de contratos y normas por parte de particulares llega a cuestionarse la inviolabilidad del *pacta sunt servanda*, por lo tanto se discute alrededor de la *conveniencia económica*, y así mismo del contrato se pueden derivar no necesariamente la obligación del estricto cumplimiento si no que, se opta por la elección del cumplimiento o el incumplimiento y resarcimiento (Roppo, 2005)

A causa de esta fuerte tendencia en materia de contratación se debe situar en que, las relaciones privadas se evocan a través de libertades de conveniencia y solidaridad contractual, en donde se persigue el mejor final posible para las partes,

¹ Brazos jurídicos de las compañías transnacionales que crean “cuerpos de reglas producidos por las mismas empresas (...), es decir reglas forjadas, técnicamente en las cláusulas de los contratos redactados por los abogados que asisten a dichas empresas” p. 17

se aboga por la necesidad de las partes y el respeto que debe traspasar más allá de la relación contractual. Pues muchas veces las formalidades permitan violaciones a lo que se conocería como una justicia natural que sobrepasa los límites de lo preestablecido.

8. Divorcio por Voluntad Unilateral: Derecho Comparado

Teniendo en cuenta lo formulado hasta aquí, se articularán a esta propuesta países como Nicaragua, España, Suecia y México que ya han establecido el divorcio por voluntad unilateral en su legislación.

8.1 Nicaragua

A partir de 1988 se establece en Nicaragua un régimen especial en relación al divorcio por voluntad unilateral, consecuentemente en materia de divorcio en Nicaragua se contempla la voluntad de ambos cónyuges para el propósito y la voluntad de uno de los cónyuges.

“La aprobación de la Ley Numero 38 marca un hito en el abandono de prejuicios sobre la disolución del vínculo matrimonial. Complementa lo establecido en el artículo 72, de la Constitución Política basada en el principio de la voluntariedad del hombre y la mujer para poner fin a su relación de pareja.” (Abboud, 2009, p.473)

Se establece un trámite relativamente corto en donde el juez resolverá lo atinente a los bienes, alimentos, guarda y custodia de los hijos luego, el juez no hará alusión a la disolución del vínculo, así mismo si existiese apelación y casación no podrá versar sobre el tema de la disolución del vínculo matrimonial.

En cualquier caso para proteger a los hijos menores o discapacitados si los hubiera, se establece la intervención del Procurador Civil, y el Ministerio de la Familia adolescencia y niñez.

Cabe anotar, que de la misma manera que en Colombia, en Nicaragua la familia también cuenta con protección constitucional Art. 70. "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta y del Estado".

En contraste con lo anterior, la protección del Estado nicaragüense a la familia está pese a la disolución del matrimonio por voluntad unilateral incorporada el Código de Familia en el artículo 137, debido a que se acoge en el entendido antes mencionado en el que el hombre y la mujer son libres de poner fin a su relación de pareja. Así mismo han separado la protección de la familia de la intromisión del Estado en el matrimonio, deduciendo que no se necesita limitar el matrimonio para proteger la familia.

8.2 España

Desde la ley 15 de 2005 en España han desaparecido las causales de divorcio como las conocemos por ejemplo en Colombia, resumiéndose únicamente a dos: por voluntad unilateral y por mutuo acuerdo.

El procedimiento de disolución matrimonial unilateralmente se lleva a cabo por alguno de los cónyuges incluso si hay oposición del otro, pero se requiere que el matrimonio haya durado más de tres meses en tanto que antes de este plazo se negará la solicitud, sin embargo el numeral segundo del artículo 81 del Código Civil Español advierte que "no será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio."

Previendo una posible reconciliación el artículo 84 del Código Civil español señala que:

“La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.

Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique”

La exposición de motivos de la ley 15 de 2005 la cual modifica las causales de divorcio dejando únicamente la disolución unilateral y mutuo acuerdo, interpreta que el derecho al libre desarrollo de la personalidad permite acogerse a la necesidad de separación sin tener que acudir a alguna de las causales de divorcio.

La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad. (Cortes Generales de España)

En este entendido propone respetar la libertad de cada ciudadano, va más allá de las restricciones que el Estado pueda manifestar en la esfera emocional del individuo, en donde se comprende que de la libertad individual nace el matrimonio y de la misma manera debe nacer el divorcio.

8.3 Suecia

Suecia es un país que se ha alejado de la codificación francesa, sin embargo predomina el derecho escrito. Pero de cualquier modo Suecia se ve ligada en principio a la religión católica en donde el matrimonio era un sacramento que debía

perdurar en el tiempo y por esta razón era prohibido el divorcio, paralelamente a la concepción cristiana surge el protestantismo el cual cuestiona la tradición católica y se pregunta a acerca del divorcio, para 1572 Suecia acoge algunos postulados de la ley alemana en donde la piedra angular para el divorcio se encontraba en el matrimonio como contrato, contemplando así como causales el abandono y el adulterio, en 1686 se introducen la causal de la incompatibilidad en donde se procuraba la reconciliación de la pareja, en 1700 se añade los abusos de sustancias, los delitos graves y la enfermedad grave o la lepra incurable y la locura. (Bennheden, 2010)

En 1915 se da un intento para eliminar las causales de divorcio que merecían algún tipo de culpa por parte de alguno de los cónyuges, aunque se contemplaba un plazo de un año de separación en el cual por parte de las autoridades se promovía la reconciliación, pero si la pareja permanecía distante por un periodo de tres años se concedía de forma permanente el divorcio.

A partir de 1974 el divorcio en el Código de Matrimonio Sueco se contempla de la siguiente manera en su capítulo quinto: por ambos cónyuges y por uno de ellos sin causa alguna, es decir en cualquier momento se puede presentar la demanda de divorcio, siempre que se acompañe de un periodo de 6 meses denominado periodo de reflexión, no obstante el periodo de reflexión no es obligatorio cuando se ha dejado de convivir por un periodo de dos años, cuando uno de los cónyuges se vio forzado a celebrar el matrimonio, si alguno de los cónyuges contrajo matrimonio antes de los 18 años sin autorización legal, cuando hay existencia de vínculos en línea recta por consanguinidad o colateral (hermanos) entre los mismos cónyuges, o si se está aún vinculado a un matrimonio anterior o unión de hecho.

No es obligatorio el pago de pensión alimentaria al terminar el vínculo matrimonial, siempre que el cónyuge no tenga dificultades para subsistir, no obstante esta manutención es transitoria.

8.4 México

México se sitúa dentro de la tradición jurídico Romana en lo atiniente al derecho civil, se acude a México únicamente por que a pesar de que existen dos categorías de divorcio, el divorcio voluntario y el contencioso, la jurisprudencia 28/15 expuso como nuevo precepto el divorcio unilateral.

Se debe tener en cuenta que algunos códigos en México contemplan causales de divorcio, pues México cuenta con 33 Códigos Civiles, A pesar de ello el Tribunal Constitucional 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”.

Declaró que el Estado no debe intervenir en la elección individual de los planes de vida restringiendo de manera injustificada el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Adicionalmente el Estado debe procurar la persecución de los derecho fundamentales y de ninguna manera restringirlos

8.5 Jurisprudencia: Indemnización por la Ruptura Unilateral del Contrato de Matrimonio

8.5.1 Perú

Si bien Perú es un país que aún no contempla como causal taxativa el divorcio unilateral ha realizado avances significativos alrededor de la indemnización por la ruptura del vínculo matrimonial, indemnización que se encuentra ligada para el propósito de este proyecto como posible consecuencia de la implementación del divorcio unilateral.

Sentencia de casación número 3999-2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Republica.

El demandante contrajo matrimonio con la demandada en 1996, en 2001 nace un hijo en común el cual sufre de trastorno generalizado del desarrollo y se encuentra al cuidado de la madre, en 2005 el demandante se retiró del hogar conyugal para iniciar vida en común con su nueva pareja, en el 2006 se suscribe escritura pública de sustitución de régimen patrimonial y gananciales por la separación de patrimonios y como consecuencia de ello a la demandada se le adjudicó el inmueble conyugal y a favor del demandante un camioneta.

La demandada solicita una indemnización por la ruptura del vínculo matrimonial , al mismo tiempo solicita una pensión, dado que se encuentra a cargo del menor el cual presente problemas médicos por lo que ha debido suspender su trabajo como abogada, en Casación se determina a través de la jurisprudencia que el juez en casos de divorcio en donde hay separación de hecho debe velar por la estabilidad del cónyuge que resulte perjudicado, por lo tanto se debe establecer una indemnización por daños a la persona que incluye el daño moral y éste daño se fundamenta no en la responsabilidad contractual o extracontractual sino en la solidaridad familiar y en la equidad.

Se establece que la parte perjudicada con la ruptura es la demandada y se procede a adjudicar un monto indemnizatorio.

Para la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común (la antijurídica, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución), particularmente no es necesario establecer factor de atribución alguno como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto—ni la conducta antijurídica como requisitos de procedencia de esta indemnización. Por el contrario, resulta necesario que concorra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y en su caso, con el divorcio en sí.

Perú contempla la indemnización por ruptura del vínculo matrimonial sin embargo lo hace por fuera de la responsabilidad contractual o extracontractual acudiendo únicamente a la figura de la solidaridad familiar, a pesar de ser un país que no contempla el divorcio unilateral taxativamente.

8.5.2 España

Sentencia 1040/08 Tribunal Supremo, Sala primera de lo Civil.

Los hechos de la demanda se fundamentan en la ruptura por parte del demandado unilateralmente de la relación, por lo cual la demandante exige el pago de una indemnización debido a un desequilibrio económico y un perjuicio injusto en razón a la dedicación personal, espiritual y económica al hogar. Sin embargo no hubo contrato matrimonial si no una unión de hecho por un periodo de 17 años, por lo que se desestima las pretensiones de la demandante en Primera Instancia, a causa de ello se interpone recurso de apelación y la Sala confirma la sentencia, los fundamentos para negar las pretensiones de la actora en Casación acuden a la jurisprudencia y se precisa que las uniones de hecho no son equiparables con el matrimonio por lo que la analogía no es aplicable y se proclama que una persona en unión de hecho no desea adquirir las consecuencias del contrato de matrimonio como las relativas al régimen económico.

El derecho de indemnización corresponde únicamente a las uniones de hecho cuando hay un enriquecimiento injusto que en la presente demanda no se pudo probar, en la medida que la demandante y el demandado continuaron trabajando cada uno por su cuenta, por lo tanto la actora pudo desarrollar sus expectativas de vida de forma normal.

La indemnización por la ruptura unilateral es aplicable, pero únicamente al contrato de matrimonio por las características de dicho vínculo jurídico, sin embargo es factible aplicar el enriquecimiento sin justa causa a las uniones de hecho, entendido éste enriquecimiento no solo como un aumento de patrimonio, sino también como

el desprendimiento de valores patrimoniales como la “pérdida de expectativas y el abandono de la actividad que proveía un beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro”.

9. Proporcionalidad entre el Libre Desarrollo de la Personalidad y el Derecho a la Familia

Para este punto de la investigación podría quedar claro que al limitar el divorcio a las causales del artículo 154 del Código Civil se restringe el derecho al libre desarrollo de la personalidad del cónyuge que desea divorciarse, en oposición a ello se encuentra el derecho a la familia protegido por la Constitución colombiana que está permitiendo bajo los argumentos expuestos la restricción de dicho derecho.

En último término se expondrá la proporcionalidad en relación a dos derechos fundamentales de la Constitución Política como lo son el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art 16) y el derecho a la familia (art 42), para determinar posiblemente que debe primar en el divorcio civil en Colombia.

Se inicia desde la idea de que los derechos aunque fundamentales coexisten entre muchos y al mismo tiempo no pueden ser absolutos entre ellos, para su real aplicación existe el principio de proporcionalidad que conlleve el análisis de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, adaptando así la necesidad y la idoneidad a los hechos que rodean y determinan dichos escenarios de aplicación del derecho en cuestión, en tanto que la proporcionalidad dependerá de las posibilidades jurídicas.

Para determinar dicha proporcionalidad Robert Alexy los divide en 3 pasos, el primero de ellos es reconocer de qué manera se ve afectado dicho principio, en segundo lugar se debe mostrar la importancia de realizar el otro principio que se encuentra enfrentado al principio que se analizó en el primer paso y el último paso es justificar la restricción de uno de los principios llevando a la realización del otro (Alexy, 2008).

De esta manera se puede establecer los posibles grados de intervención del Estado frente a la ponderación de algunos principios, llegando a ser la intervención leve, media o grave.

Al hablar de ponderación se debe aplicar la racionalidad, la que se encuentra sustentada respetando el ordenamiento jurídico, (Bernal, 2008) no obstante, los presupuestos por los cuales se rige por ejemplo la Constitución colombiana son esenciales a la hora de enfatizar en una ponderación de principios, ya que según la finalidad de está será en mayor o menor medida prevalente algún principio sobre otro.

La teoría de la ponderación de Alexy tiene matices detractores como los planteamientos formulados por Morenso en cuanto a la dificultad de asignar pesos a cada uno de los principios, la posibilidad de determinar que principios son más importante que otro, en tanto que dependerá del contexto social en que se viva el conflicto, así mismo los grados de leve, moderado y grave que se califica a la intromisión del estado, debido a que ésta puede estar sujeta a diversos postulados en torno de cada principio.(Morenso,2008)

A pesar de ello se puede fijar hasta qué momento el Estado Colombiano ejerce una intervención sobre el libre desarrollo de la personalidad con la finalidad de proteger la familia, examinando diferentes sentencias en torno a estos dos derechos fundamentales.

En este instante es claro pensar que el Estado en Colombia se caracteriza por tener argumentos en favor de la protección a la familia, argumentos que difieren entre el concepto de familia y matrimonio, pero que sin embargo en reiteradas oportunidades no se realiza dicha distinción como se expuso en líneas anteriores.

Mientras el legislador concede el divorcio únicamente por las causales establecidas en el Código Civil en pro de la conservación de la familia, se debe demostrar que dicha limitación al derecho al libre desarrollo de la personalidad no encuentra la

consecución de dicho fin, en términos de Laura Clericó se está planteando “el examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción”

“Cuando el medio establecido que afecta derechos fundamentales no puede fomentar el fin (no i-) legítimo, entonces la medida (estatal) es desproporcionada en sentido amplio.” (Clerico, 2008, p.130)

En primer lugar, siguiendo la propuesta de Clericó en relación al examen de proporcionalidad entre el exceso por acción, se establece que la finalidad por la cual el derecho al libre desarrollo de la personalidad es restringido por el Estado es la protección de la familia como institución básica de la sociedad artículo 5 Constitución Política, en cuanto a la prohibición del divorcio unilateral en la no contemplación de está dentro de las causales del artículo 154 del Código Civil.

Asimismo en Sentencia C-660-00 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.

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.

Paralelamente en Sentencia C-746-11 se hizo un análisis de razonabilidad y proporcionalidad en relación al libre desarrollo de la personalidad que se ve limitado por la causal 8 del artículo 154 del Código Civil, porque hay una obligación impuesta de separación corporal superior a dos años para decretar el divorcio, argumentado en relación a la proporcionalidad que “la regla establecida en la causal acusada es un mecanismo que, a más de ser idóneo para el logro de fines constitucionalmente

válidos, es determinante para estructuración de una decisión responsable de restablecimiento o disolución del vínculo conyugal”, igualmente se manifiesta que podría verse la familia y el matrimonio desprotegidos si la causal es implementada

Habría que decir también que, atendiendo a la limitación que impone el Estado en relación al divorcio unilateral se debe observar que si bien el Estado justifica ese límite en el derecho a la familia, al mismo tiempo existe la causal 8 del artículo 154 del Código Civil, que de alguna manera permite el desprendimiento del matrimonio, lo que implica que el cónyuge tiene la libertad de separarse de hecho, luego se podría advertir que se tiene una causal contraria a los fines del Estado que en este caso es la protección a la familia, no obstante al hablar de divorcio unilateral ya no es permitido, con el argumento de que en esos dos años puedan nuevamente unirse los cónyuges, como una fórmula de arreglo, entonces es válida la pregunta en cuanto a si el Estado se está inmiscuyendo en una esfera legal o meramente emocional del matrimonio, pues intenta una reconciliación de los cónyuges, una reflexión que permita nuevamente la unión.

La prolongación por más de dos años de la separación de cuerpos para erigirse en causal de divorcio apunta a la defensa del matrimonio de las crisis coyunturales que naturalmente lo rodean, disponiendo que la separación de cuerpos sea una oportunidad de reflexión de la decisión definitiva de disolución del vínculo. Sentencia C-746-11

Argumento que permite entender que más allá de ser una imposición legal del Estado, es una intromisión en la esfera personal de cada individuo que conforma el matrimonio.

Después de determinar que el fin del Estado colombiano es la protección a la familia, se debe discutir en torno a posibles alternativas que no lesionen de forma grave el derecho al libre desarrollo de la personalidad, teniendo en cuenta que el fin que se propuso el Estado no se está cumpliendo aunque se restrinja este segundo derecho,

adicional a ello es el Estado quien reconoce que no necesariamente el matrimonio permanente fomenta la familia, sentencia C-660-00

Según los principios, reglas y orientaciones de la Carta Política, es la estabilidad del grupo familiar, más no la duración del matrimonio, la que permite la realización humana de sus integrantes y por ende la que persigue el orden superior. De ahí que el propio artículo 42 de la Constitución Política prevea que los efectos civiles de todo matrimonio cesen “por divorcio, con arreglo a la ley civil.

Bajo la misma línea la sentencia C-821-05 precisa que para proteger el derecho a la familia no es necesario mirar la duración de un vínculo matrimonial, si no la armonía familiar en donde en el seno de la familia se puede garantizar la realización humana de cada individuo que la conforma.

Esto quiere decir que la restricción al libre desarrollo de la personalidad no se justifica, en la medida que hay un exceso por parte del Estado en plantear una solución poco efectiva, obligando a uno de los cónyuges a soportar la carga de un proceso de divorcio *victimizador*, adicionalmente exige permanecer dos años separados para alegar el divorcio en el caso de la causal 8; pero si hay una carga excesiva en el cónyuge, pues se le impone un estado civil y se le restringe el derecho a casarse por un periodo de dos años, porque impide que en ese término se case alguno de los cónyuges, dado que permanecerá vigente el vínculo anterior, hasta tanto no se decrete el divorcio pasado dos años. Restricción que también contraria el artículo 16 de la Declaración de los Derechos Humanos:

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

No se encuentre una alternativa menos lesiva que sobreponer el derecho al libre desarrollo de la personalidad sobre la familia, sin embargo necesariamente no implicaría el desconocimiento al derecho a la familia ya que permitiendo el libre desarrollo de la personalidad se fomenta de manera más sana el derecho a la familia en un ambiente de seguridad y amor.

Por otra parte se debe considerar el derecho que está siendo vulnerado, el libre desarrollo de la personalidad.

En sentencia C-336-08 se consagra que:

El derecho al libre desarrollo de la personalidad “comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social.

Para determinar qué restricción puede ser permitida en el libre desarrollo de personalidad la sentencia T-565-13 distingue dos tipos de acciones a través de la jurisprudencia por parte del subordinado, la primera de ellas consiste en los comportamientos que se deprenen del individuo y únicamente involucran la propia persona, por lo tanto no se involucran derecho de terceros, para este caso se ha dicho que no es posible ninguna limitación a éste derecho.

La segunda medida objeto de estudio, consiste en los comportamientos del individuo que involucran directamente afectación de derecho de terceros, para esta situación se permite la restricción al derecho pero antecedida de un juicio de proporcionalidad y razonabilidad.

Considerando lo anterior la Corte parte del segundo supuesto en cuanto manifiesta que el divorcio unilateral como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad podría llegar a vulnerar el derecho a la familia de terceros, como lo es el cónyuge y los hijos, sin embargo se pudo determinar que éste derecho no es vulnerado por el divorcio unilateral en el entendido que matrimonio y familia tienen

significados diferentes como se logró evidenciar en sentencia de la Corte y que no necesariamente el matrimonio es un institución protectora de la familia.

Luego de acordar que éste derecho no se puede ver vulnerado queda por revisar que posibles derechos fundamentales pueden ser vulnerados a la hora de un divorcio por voluntad unilateral; al revisar la Constitución no se puede determinar cuál derecho se ve restringido, no obstante si se limita el derecho al libre desarrollo de la personalidad del cónyuge que desea divorciarse y realizar su *modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia*, como lo puede ser por ejemplo casarse nuevamente.

Cabe señalar entonces que el libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges dentro del matrimonio y más específicamente dentro del divorcio no causa ningún perjuicio social, por lo tanto advierte la sentencia C-336-08 que:

Se configura una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia.

De modo que, la medida impuesta por el Estado consistente en limitar el divorcio a las causales del artículo 154 del Código Civil impidiendo así la disolución del vínculo matrimonial por voluntad unilateral no es idónea, dado que el fin perseguido por la Constitución de protección a la familia no se consigue con la limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad; en relación a la necesidad de la medida se encuentra que otras alternativas de tipo menos lesivo para el derecho al libre desarrollo de la personalidad pueden construir dicha finalidad, pues como se observó anteriormente al permitir el desarrollo del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada cónyuge dentro del núcleo familiar puede en mayor medida acceder a la estabilidad familiar en circunstancias en donde la permanecía del vínculo no es la mejor alternativa.

En relación a la proporcionalidad en sentido estricto se debería comprobar si realmente el divorcio por voluntad unilateral ocasiona un daño cierto (Villaverde, 2008) a la protección jurídica dada a la familia, por lo que para este momento queda expuesto a través de sentencias de la Corte Constitucional que éste daño cierto no está probado y contrario a ello los argumentos expuestos dirimen la controversia hacia la protección al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Conclusiones

Colombia se encuentra en inminente cambio, sin embargo de manera legislativa sigue predeterminada con leyes que se formularon bajo una visión tradicional de familia, por ello al hacer la distinción entre matrimonio y familia se logró evidenciar que son dos conceptos que si bien se relacionan son distantes en su significado, distinción que pudo demostrar que para proteger la familia como pilar de la Constitución en Colombia no se debe restringir la libertad individual, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad en el contrato de matrimonio para ejercer el divorcio de manera autónoma.

El matrimonio lleva implícito los mismos requisitos de cualquier contrato, así mismo la ley predispone las obligaciones y deberes que se deben llevar a cabo en la realización de éste, por lo que la base del negocio jurídico del contrato de matrimonio son las finalidades y obligaciones predispuestas en el Código Civil, a lo que cabe concluir que si estas finalidades no se llevan a cabo la base del negocio jurídico se rompe, por lo tanto, da cabida a una indemnización por parte del cónyuge incumplido, lo que conlleva a concluir que las finalidades, deberes y obligaciones del matrimonio al no cumplirse, únicamente deben probarse para una posible indemnización y no para conceder el divorcio.

Al estudiar el matrimonio como contrato, el incumplimiento por una de las partes al finalizar el vínculo jurídico de manera unilateral, deberá dar lugar al pago de una indemnización por parte del cónyuge que da por terminado el contrato y de esta manera no atar al cónyuge que desee la desvinculación.

Particularmente a través de los argumentos de la Corte Constitucional se evidenció que el derecho al libre desarrollo de la personalidad debe prevalecer 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.

Finalmente, ante éste escenario no es congruente con los propósitos del Estado que en Colombia no haya causal taxativa de divorcio unilateral, en el entendido que éste puede desarrollar en mejor medida la protección de la familia. Así mismo promover el fin del conflicto al que se deben someter los contratantes a lo largo de un proceso de divorcio.

Referencias Bibliográficas

- Abboud, N. L. (2009) El divorcio en el derecho nicaragüense. En A. Acedo y L. Perez. El divorcio en el derecho iberoamericano (pp.461-479). Bogotá. México D.F. Madrid. Buenos aires: Temis.Ubijus. Reus. Zabalia.
- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. En M Carbonell, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito.
- Alvarado, B. R. (2011). Cláusulas de arbitraje en el divorcio: ¿Deberían ser obligatorias? (Spanish). Revista De Derecho Puertorriqueño, 50(2), 287-305.
- Barcia Lehmann R (2008). La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile. En Temas de contratos. Ed 6. Santiago de Chile.p.p 159-185.
- Benítez Caors, Juan J. Solidaridad contractual: noción posmoderna del contrato. España: Editorial Reus, 2013.
- Bernal, C. (2008). La racionalidad de la ponderación. En M Carbonell, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito.
- Bennheden, D. (2010). Skilsmässa, ekonomi och demografi. [Divorcio, economía y demografía].Suecia. Recuperado de <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1585749&fileId=1647215>
- Castillo J A. Derecho de familia. (2004) Leyer. Bogotá.

- Clerico L (2008). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En M Carbonell, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito.
- Colombia (2013) Código Civil, Bogotá, Leyer.
- European Justice (2015). Divorcio Suecia. Recuperado de https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-se-es.do?member=1
- El derecho y la justicia en Suecia (s.f) Características Generales del Derecho Sueco. Recuperado de http://iusnews.50webs.com/doctrina/derecho_sueco.htm.
- Gonzalo, F. (2005). Matrimonio y familia, (2da ed). Madrid: Don Ramon de la Cruz
- Herrera S. El individualismo liberal. (Noviembre/diciembre 1995). Realidad revista de ciencias sociales y humanidades. (48), p.p 1047-1071.
- Hineiro, F. (2006). El Código Civil de Bello en Colombia. Revista de derecho privado, 10, 5-27
- Jiménez W (2004). Sobre principios y reglas, los problemas Del razonamiento jurídico frente al “nuevo derecho” en el sistema jurídico colombiano (tesis de maestría). Universidad Nacional, Bogotá, Colombia.
- Larenz, K. (2002). Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Granada: Comares, S.L.
- Leyva S J, (2010-2011) Autonomía privada y contrato, revista oficial del poder judicial, 267-290.

- Llano, M E., y Sánchez Z.M (2005) El mundo del acto y del negocio jurídico. Derecho y cambio social, 026.
- Marín Vélez G A, El arrendamiento de vientre en Colombia. Colombia: Editorial Universidad de Medellín, 2005.
- Mirta Giacaglia, Hegemonía. Concepto clave para pensar la política, núm. 10, 2002, pp. 151-159.
- Morenso, J. (2008) Alexy y la aritmética de la ponderación. En M Carbonell, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito.
- Navas, S. (2006) Matrimonio homosexual y adopción perspectiva nacional e internacional, (1ra Ed) Madrid: Reus, S.A.
- Nicaragua, Asamblea Nacional de la República, (1988, 29 abril), “Ley No. 38 de 28 de Abril de 1988”, por medio de la cual se dicta la ley para la Disolución del Matrimonio por Voluntad de una de las Partes, Publicado en La Gaceta No. 80 de 29 de Abril de 1988.
- Ortiz, M. (2013). Manual de obligaciones. Temis. Bogotá.
- Parra B J. (2008). Derecho de familia. Bogotá: Temis.
- Prieto, V. (2008). Los efectos civiles de los matrimonios religiosos en el sistema matrimonial colombiano. Dikaion, 22(17), 265-296. Bogotá, Universidad de La Sabana
- Rocha, O.C. (2010). Manual de introducción al derecho. Bogotá: Universidad del Rosario.

- Rodríguez A., De la Cruz M. (2012). Reflexiones sobre la familia y el matrimonio desde la sociología y el derecho como fenómeno no solo social sino también como ciencias., Contribuciones a las Ciencias Sociales.
- Romero, C. A. M. (2012). Incumplimiento de deberes conyugales y derecho a indemnización. Madrid, ES: Editorial Reus.
- Roppo V. (2005). El contrato del dos mil, *Ensayos de la revista de derecho privado*, 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Rueda, M., (2011). La reparación de perjuicios en el vínculo matrimonial. Bogotá, Universidad de los Andes.
- Sierra A G (2012) La autonomía privada en el estado social de derecho — concepto y evolución vista desde el sistema jurídico colombiano y venezolano. *Abvocatus*, edición especial número 18: 75-103.
- Soto Gamboa, M, (2005) Nociones básicas de derecho, San José C.R, EUNED.
- Suecia (1987) Código del matrimonio. Recuperado de <https://lagen.nu/1987:230> el 06-08-16
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de La Nación Jurisprudencia 28/15 Recuperado de <http://200.38.163.178/>
- Urbina E, Acosta J, Duran R y Palomares J, Derecho de los contratos en Colombia tendencias globalizantes, Bogotá, editorial Ibáñez p 67.
- Villaverde I. (2008) La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad. En M Carbonell, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito

Jurisprudencia

- Colombia. Corte Constitucional (1993, octubre) “Sentencia 486, M. P, Cifuentes Muñoz, E (Bogotá).
- Colombia. Corte Constitucional (1994, MAYO) “Sentencia 224, M. P, Arango Mejía J, (Bogotá).
- Colombia. Corte Constitucional (2000, Junio) “Sentencia 660, M. P, Tafur Galvis A, (Bogotá).
- Colombia. Corte Constitucional (2002, abril) “Sentencia 246, M. P, Cepeda Espinosa M, (Bogotá).
- Colombia, Corte Constitucional (2003, junio), “Sentencia 468” M. P, Escobar Gil, R, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (2005, agosto), “Sentencia 821” M. P, Escobar Gil, R, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (2006, noviembre), “Sentencia 993” M. P, Araujo Rentería J, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (2008, abril), “Sentencia 336” M. P, Vargas Hernández C, Bogotá.
- Colombia Corte constitucional (2010, diciembre) “Sentencia 985, M. P Pretelt Chaljub, J. (Bogotá).

- Colombia. Corte Constitucional (2011, Julio) “Sentencia 577, M. P, Mendoza Martelo G, (Bogotá).
- Colombia, Corte Constitucional (2011, octubre)”Sentencia 746, M. P, Gonzales Cuervo, M., (Bogotá).
- Colombia. Corte Constitucional (2013, agosto) “Sentencia 565, M. P, Vargas Silva, L. (Bogotá).
- Colombia. Corte Constitucional (2013, septiembre) “Sentencia 606, M. P, Rojas Ríos, A. (Bogotá).
- Colombia. Corte Constitucional (2013, diciembre) “Sentencia 934, M. P, Pinilla Pinilla, N., (Bogotá).
- Colombia, Corte Constitucional (2014, diciembre),”Sentencia 967” M. P, Ortiz Delgado, G. S., Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (2015, mayo), “Sentencia 257, M. P, Ortiz Delgado, G. S., Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (2016, abril), “Sentencia 215, M. P, Calle Correa, M., Bogotá.
- España, Tribunal Supremo (2008, octubre), “Sentencia 1040, M. P, Auger Liñan C., Villa de Madrid”.
- México, Suprema Corte de Justicia (2015, abril) “Sentencia 28”.
- Perú, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2013) “Sentencia 3999, M. P, Ticona P., Lima ”.