

Un estudio de Derecho Comparado del divorcio unilateral en Argentina y España, con una
mirada al derecho colombiano

Paula Andrea Vargas González

Estefanía Quintero

Universidad EAFIT
Escuela de Derecho
Medellín
2022

Un estudio de Derecho Comparado del divorcio unilateral en Argentina y España, con una
mirada al derecho colombiano

Paula Andrea Vargas González

Estefanía Quintero

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de abogado

Asesora: Ana Silvia Gallo Vélez

Universidad EAFIT
Escuela de Derecho
Medellín
2022

CONTENIDO

RESUMEN.....	4
ABSTRACT.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
1. DIVORCIO: CONCEPTOS GENERALES DESDE UNA MIRADA DEL DERECHO COLOMBIANO.	18
1.1. Tipos de Divorcio	20
1.1.1. <i>Divorcio por Causales</i>	20
1.1.1.1. Causales de Divorcio Sanción.....	22
1.1.1.2. Causales de Divorcio Remedio.	25
1.1.2. <i>Divorcio por Mutuo Acuerdo</i>	31
1.1.3. <i>Divorcio Unilateral</i>	34
2. COLOMBIA Y EL DIVORCIO UNILATERAL	35
2.1. Breve historia del divorcio en Colombia	35
2.2. Demandas de Inconstitucionalidad tendientes a obtener el Divorcio Unilateral en Colombia: argumentos y decisiones	40
2.2.1. <i>Sentencia C-394-17 del 21 de junio de 2017</i>	41
2.2.2. <i>Sentencia C-134-19 del 27 de marzo de 2019</i>	53
2.2.3. <i>Sentencia C-135-19 del 27 de marzo de 2019</i>	59
2.2.4. <i>Sentencia C-589-19 del 05 de diciembre de 2019</i>	65
2.3. Posición de la Corte Constitucional sobre el Divorcio Unilateral	73
2.4. Proyectos de Leyes C408 de 2020 y P.L C050 de 2021 que proponen incorporar el divorcio incausado en Colombia y sus fundamentos	75
2.4.1. <i>Pliegos propuestos en los Proyectos de Ley C408 de 2020 y C050 de 2021</i>	75
2.4.2. <i>Fundamentación de las propuestas</i>	83
2.4.3. <i>Posición de la Cámara de Representantes</i>	87
3. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO EN ESPAÑA Y ARGENTINA.	89
3.1. España	89
3.1.1. <i>Antecedentes y Fundamentos del Divorcio Contencioso Unilateral</i>	89
3.1.2. <i>Normatividad del Divorcio Unilateral</i>	95
3.1.3. <i>Doctrina y Jurisprudencia del Divorcio Unilateral</i>	102
3.1.4. <i>Efectos personales, procesales y económicos del divorcio unilateral</i>	124
3.2. Argentina	128
3.2.1. <i>Antecedentes y Fundamentos del Divorcio In-Causado</i>	128
3.2.2. <i>Normatividad del Divorcio Unilateral</i>	133
3.2.3. <i>Doctrina y Jurisprudencia del Divorcio Unilateral</i>	139
3.2.4. <i>Efectos personales, económicos y procesales del divorcio unilateral</i>	150
4. REFLEXIONES	153
BIBLIOGRAFIA.....	155

RESUMEN

Tomando como punto de partida: por un lado, las demandas presentadas por distintos ciudadanos en las que se ha pretendido la regulación del divorcio libre, divorcio sin causa o divorcio unilateral en Colombia, con fundamento en distintos argumentos, cuyas peticiones han sido siempre resueltas por la Corte Constitucional en forma negativa, tal y como ocurrió en las sentencias C-394 de 2017, C-134 de 2019, C-135 de 2019 y C- 589 de 2019 y; por otro lado, los proyectos de leyes presentados en el Congreso de la República, donde se ha buscado incorporar “el divorcio libre” en nuestra legislación, así: el primer proyecto recogido en la ley C408 de 2020 del Congreso de la República que fracasó; y el segundo, el proyecto de ley C050 de 2021 que fue aprobado recientemente en segundo debate de la Cámara de Representantes que actualmente se encuentra en trámite en el Senado. En este trabajo se propone realizar un estudio de derecho comparado entre Argentina y España, con el fin de examinar los antecedentes, la implementación y los efectos jurídicos, positivos y negativos, del divorcio in causado en sus legislaciones con una mirada al derecho colombiano.

Palabras Claves: matrimonio, divorcio, divorcio unilateral, divorcio incausado, disolución del matrimonio, separación de cuerpos, obligaciones y deberes de los cónyuges, familia, igualdad, derecho al libre desarrollo de la personalidad, cónyuges, convenio regulador.

ABSTRACT

Taking as a starting point to begging, for one side some lawsuits that many citizens have been requesting the unilateral divorce due to different arguments, even though this have been solved by the Constitutional Colombian Court always in a negative way on its judgments C-394 of 2017, C-134 of 2019, C-135 of 2019 and C-589 of 2019. On the other hand, the last laws projects that The Colombian Republic Congress has been processed to admit the “free divorce” in Colombia, the first of them was rejected and the other one, it has been on debate. This thesis proposes to make a comparative law study between Argentina and Spain with the aim of exploring the precedents, the implementation, and the negative and positive legal effects that unilateral divorce has caused in their legislation.

Keywords: marriage, divorce, free divorce, unilateral divorce, no-fault divorce, dissolution of marriage, separation, discontinue living, spouse responsibilities and duties, family, equality, the right to free development of personality, spouse, agreement.

INTRODUCCIÓN

La Corte Constitucional colombiana, al examinar varias demandas de inconstitucionalidad que solicitaban modificar o suprimir las causales de divorcio contempladas en la Ley 25 de 1992 que modificó la Ley 1ª de 1976 –demandas que pretendían implementar en nuestro ordenamiento jurídico el divorcio sin causales o divorcio unilateral–, ha venido resolviendo siempre de manera negativa con múltiples argumentos que enunciaremos a continuación:

En la Sentencia C- 394-17 del 21 de junio de 2017, se encuentra que la parte activa solicitaba que se declarasen inconstitucionales las expresiones “solo” y “por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan” del artículo 156 del Código Civil colombiano. Los argumentos de la petición se centraron en considerar que dichas expresiones atentaban contra el derecho a la igualdad consagrado en la Carta Política (1991, art. 13) y contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Constitución, 1991, art. 16) de los cónyuges.

Como respuesta, la Corte se inhibió de pronunciarse acerca de si las expresiones mencionadas atentaban contra el derecho a la igualdad, al considerar que la demanda no se encontraba bien planteada. Para el Alto Tribunal, en la sentencia referida, el estudio del principio de igualdad no se podía llevar a cabo por las razones que se expondrán en el desarrollo de la presente investigación.

Ahora bien, con relación al derecho al libre desarrollo de la personalidad la Corte consideró que, a pesar de encontrar unos argumentos claros y bien fundamentados, al examinarlos advirtió que su interpretación necesitaba mayor claridad. La conclusión a la que llegó la Corte en esta

sentencia la llevó a declarar ambas expresiones exequibles, basada en tres pilares que se describirán en su momento.

En ese mismo sentido, el 27 de marzo de 2019 se expidió la Sentencia C-134-19. La parte demandante solicitaba que se declarase inexecutable parcialmente el artículo 154 del Código Civil, donde se consagraban las causales de divorcio, aduciendo que atentaban contra al derecho a la igualdad (C.P. 1991, art. 13) y al derecho al libre desarrollo de la personalidad (C.P. 1991. Art. 16) de los cónyuges, dado que al comparar las causales de divorcio civiles con las de la religión católica, estas últimas sí permitían disolver el matrimonio de manera unilateral. Adicionalmente, instó a la Corte para que declarase una omisión por parte del legislador al no consagrar el divorcio unilateral, pues la ausencia de esta figura según la actora, atentaba contra los artículos 13 y 16 de la Constitución Política de Colombia. Ante lo mencionado, la Corte se declaró nuevamente inhibida de resolver por ineptitud sustancial de la demanda.

Igualmente, el 27 de marzo de 2019 se emitió la Sentencia C-135-19, donde el solicitante había instado a la Corte Constitucional para que se declarasen inexecutable los artículos 154 y 156 del Código Civil y por tanto los artículos 6 y 10 de la Ley 25 de 1992, argumentando que las causales de divorcio señaladas (Código Civil, Art 154) atentaban contra el derecho de igualdad (Constitución, 1991. art. 13), contrastando la efectividad de las causales subjetivas con el divorcio por mutuo acuerdo; además señaló que se violaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Constitución, 1991. art 16), al condicionar la solicitud de las causales subjetivas. Finalmente, el demandante enfatizó que se agredía el derecho a la intimidad familiar (Constitución,1991. art. 15) en cuanto había exposición de su vida privada.

Frente a las consideraciones en mención, la Corte se inhibió de un pronunciamiento porque consideraba que los argumentos de la parte activa eran vagos, indeterminados, abstractos y globales (C-135-19, 2019). Respecto al artículo 156 del Código Civil, la Corte se atuvo a lo resuelto en la Sentencia C-394-17.

Asimismo, el 05 de diciembre de 2019, se emitió la Sentencia C-589-19. En ella la parte activa había solicitado que se declarase inconstitucional parcialmente el numeral 9 del artículo 6 de la Ley 25 de 1992, argumentando que se atentaba contra al derecho a la igualdad (C.P.1991. art.13) y al libre desarrollo de la personalidad (C.P.1991. art 16), a lo que la Corte se declaró inhibida para fallar por considerar que la demanda carecía de certeza, especificidad y suficiencia en su argumentación. Cabe mencionar que a lo largo del presente trabajo se expondrán, con detalle, los argumentos de la Alta Corporación en la toma de sus decisiones.

De lo dicho hasta el momento, es posible advertir que es clara la negativa de la Corte Constitucional al considerar el divorcio unilateral en Colombia como causal de disolución del vínculo matrimonial, al resaltar la constitucionalidad de las causales de divorcio actualmente vigentes en el sistema colombiano y la libre configuración que le otorga la Constitución al legislador.

A su vez, el Congreso de la Republica radicó el 10 de septiembre de 2020 el Proyecto de Ley C408 de 2020, donde se pretendía inicialmente, en su primer debate, eliminar las causales dentro de los procesos de divorcio y de cesación de efectos civiles de los matrimonios religiosos, modificando el artículo 154 del Código Civil de la siguiente manera “Artículo 1. El divorcio y la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso se decretan judicialmente a **petición de ambos o de uno solo de los cónyuges**, sin perjuicio de la competencia asignada a los notarios por

la ley.” (Cámara de Representantes-Primer Debate, P.L. C408 de 2020, 2020) [Subrayado y resaltado por fuera del Texto Original]. Además, establecía que la solicitud de divorcio debía ir acompañada de una propuesta reguladora de los efectos que se derivasen de esta solicitud.

Así entonces, se presentaron propuestas tendientes a modificar las regulaciones relativas al divorcio, como el artículo 156 del Código Civil, por el convenio regulador y sus especificaciones y el artículo 162 del mismo Código, relativo a las donaciones por causa del matrimonio, entre otras consideraciones pertinentes.

Estas propuestas fueron aprobadas en trámite de primer debate el 30 de noviembre de 2021, pero modificadas en el segundo debate migrando al ideal de adicionar como causal número diez el divorcio in-causado, manteniendo a su vez las otras causales tipo sanción y tipo remedio. Así entonces mediante propuesta presentada el 24 de marzo de 2021, se pretendió incorporar como causal de divorcio y de cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, la sola voluntad de cualquiera de los cónyuges.

No obstante, este proyecto fue archivado en segundo debate de la Cámara de Representantes y rechazado, con 78 votos en contra y 70 a favor (Cortes, 2021). La mayoría de los representantes fundamentaron su decisión en la protección y permanencia de la familia. Así lo señaló el representante Carlos Acosta al indicar que

(...) fue una gran victoria para la Familia en Colombia. Demostramos que el matrimonio no es un contrato como una compraventa, donde lo que ya no me sirve se puede desechar simplemente. Y protegemos así derechos fundamentales

de las mujeres y de los niños, para que un juez, el Derecho de Familia y las protecciones constitucionales sigan amparándolos (Cortes, 2021).

A pesar de la negativa ante el Proyecto de Ley C408 de 2020, cabe resaltar que posterior a este fracaso, el 20 de julio de 2021 se presentó otro Proyecto de Ley C050 de 2021 en la misma Cámara de Representantes, encaminado también a la incorporación del divorcio unilateral en Colombia. En él se replica, parcialmente, lo pretendido con el Proyecto C408 de 2020, que buscaba adicionar la causal unilateral como numeral diez del artículo 154 del Código Civil, sin eliminar las otras causales. Este último proyecto se aprobó en segundo debate de la Cámara el 20 de septiembre de 2022 y se encuentra en trámite en el Senado. Proyectos que serán expuestos más adelante.

Sobre lo anterior, la Corte Constitucional (2017), en las sentencias mencionadas, ya había manifestado de manera previa a los Proyectos de Ley señalados, que el representante del pueblo era el único competente para modificar, reformar y derogar las leyes; además, hizo un llamado para que los solicitantes de las demandas, comprendiesen que el legislador contaba con el principio de libre configuración frente a los temas de familia otorgado por el artículo 42 de la Carta Política, y que cualquier tema relacionado a un divorcio sin causa, le correspondía a este proponerlo y aprobarlo (Corte Constitucional, C-394-17, 2017).

El divorcio como figura jurídica establecida para disolver el vínculo matrimonial ha tenido implicaciones importantes en el conglomerado normativo del Estado colombiano, representado en la evolución de algunas normas constitucionales, que se han desarrollado con los años.

Haciendo un recorrido histórico, podemos tomar como punto de partida el año de 1810, donde el matrimonio era netamente católico e indisoluble. Posteriormente, en 1823, época de la Revolución Francesa, se menciona por primera vez la posibilidad de adoptar el divorcio vincular (Ruiz, 2020).

En ese entonces, se conocían dos tipos de divorcio: el divorcio vincular, que implicaba la disolución del vínculo matrimonial y, el divorcio no vincular, que suspendía la vida en común de los casados, más no terminaba el vínculo matrimonial; siendo entonces el primer tipo de divorcio, el que se pretendía adoptar en Colombia en 1823. No obstante, no fue hasta 1853 con la ley del 1ro de abril de este mismo año, que se logró la separación de la iglesia y el Estado en Colombia y se proclamó la Constitución de la Nueva Granada, la cual consagraba por primera vez la libertad de cultos, abriendo paso a la Ley 20 de 1853 (Ruiz, 2020).

Esta Ley 20 de 1853 conocida, asimismo, como la Ley Obando, consagró por primera vez el divorcio por mutuo acuerdo y el divorcio legal decidido, que implicaba el divorcio en caso de materializarse un delito. Posteriormente fue derogada en 1856, por la Ley del 8 de abril, donde se estableció que el matrimonio solo podía disolverse por la muerte de uno de los cónyuges.

Continuando, en 1873 ante una Colombia federal, se adoptó en todo el territorio colombiano la Ley 84 de 1873, donde se consagró el matrimonio civil facultativo y se concedió plenos efectos civiles al matrimonio católico, cada uno con su competencia y jurisdicción independientes; además, en términos civiles, replicó lo señalado en el Código de Santander, donde se consagró por primera vez el divorcio unilateral con unas limitantes, que veremos más adelante (Ruiz, 2020).

Sin embargo, en 1886 cuando Colombia volvió a consagrar la religión católica como religión nacional, se adoptó el Código Civil de la Unión (Ley 57 de 1887) para toda la república, señalando allí que los bautizados solo podían contraer nupcias mediante el rito católico, el cual tenía efectos civiles para ellos mismos; de lo contrario, estos podían ser excomulgados o en caso de querer celebrar el matrimonio únicamente de forma civil, debían renunciar a su religión. Bajo este régimen, el matrimonio volvió a ser indisoluble en todo ámbito (Torrado, 2020).

Tal panorama se modificó parcialmente con el nuevo Concordato que se suscribió con la Santa Sede en 1973 y la Ley 20 de 1974, la cual señaló que el rito por el cual se iba a celebrar el matrimonio era facultativo para los colombianos; es decir, podían elegir entre el rito católico o el civil (Torrado, 2020), no obstante, seguía siendo indisoluble (Ruiz, 2020).

Poco tiempo después, en 1976, se aprobó la Ley 1ª, que consagró nuevamente que el matrimonio se disolvía en caso de muerte de alguno de los cónyuges o por el divorcio, siempre que incurriese en alguna de las nueve causales que traía la norma; sin embargo, este divorcio era exclusivamente para los matrimonios civiles. Este régimen cambió con la entrada en vigor de la Constitución de 1991, que estableció, en su artículo 42, que los efectos civiles de todo matrimonio cesarían por divorcio, incluyendo el matrimonio católico y los religiosos no católicos que suscribieren el tratado de derecho público interno con el Estado colombiano. En desarrollo de lo anterior, se expidió la Ley 25 de 1992, actual ley de divorcio en Colombia.

Es de mencionar que la Constitución Política de 1991, contempla una serie de principios que tienen estrecha relación con el derecho de familia, y que merecen perfilarse. Veamos:

- **Artículo 1:** señala que Colombia es un Estado social de derecho y que, por ende, debe velar por la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas.
- **Artículo 5:** establece que el Estado reconoce la familia como institución básica de la sociedad.
- **Artículo 13:** advierte la obligación del Estado de velar y promover que todas las personas sean tratadas de manera igual ante la ley “sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”
- **Artículo 15:** reconoce que toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar, además señala la obligación por parte del Estado para protegerla y hacerla valer.
- **Artículo 16:** establece el libre desarrollo de la personalidad inherente en cada sujeto.
- **Artículo 42:** consagra un catálogo de normas en la familia, donde refuerza que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que por ende el Estado y la sociedad deben protegerla de manera íntegra, con igualdad de derechos y deberes de la pareja. Asimismo, advierte que se debe respetar la honra, la dignidad e intimidad de la familia; indica que las relaciones familiares deben regirse por el respeto, la armonía y la unidad; señala que la separación o disolución del vínculo se regirá por la ley civil, entre otros aspectos.

Ahora bien, partiendo de estas bases constitucionales y jurisprudenciales, que son una radiografía general sobre el panorama actual del divorcio en Colombia, la inquietud del presente estudio surgió de observar la normatividad que regula el divorcio unilateral en la sociedad occidental europea y latinoamericana.

Solo por mencionar algunos países de habla hispana que han instaurado este tipo de divorcio en sus legislaciones, además de Argentina y España, encontramos a México, Uruguay, y Nicaragua.

Así, en el año 2008, México adoptó el divorcio unilateral por la vía judicial, mediante la reforma que realizó la asamblea legislativa del distrito federal al Código Civil, mediante el decreto “por el que se reforma y deroga el código civil para el distrito federal y se reforma, deroga y adiciona el código procedimientos civiles para el distrito federal” y publicándolo a través del Diario Oficial de la Federación del 03 de octubre de 2008, donde señaló en su artículo 266, la posibilidad de que un cónyuge voluntariamente pudiese solicitar ante un juez civil o de familia el divorcio sin dar motivo alguno (UNAM, s.f.).

En el año 2013, mediante la Ley N.º 19.075 que modificó el artículo 187 numeral 3 del Código Civil, Uruguay implementó el divorcio voluntario o por la sola voluntad de cualquiera de los cónyuges, al permitir que un solo cónyuge pudiese solicitar el divorcio (9 de mayo de 2013 – D.O No.28710).

En el año 2014, el 24 de junio se aprobó en Nicaragua el Código de Familia de la República, donde se señaló en su artículo 137 que el matrimonio se disolvía por “c) la voluntad de uno de los cónyuges” y más adelante en artículo 174 señaló que la solicitud debería expresar claramente que deseaba disolver el vínculo matrimonial, sin ser necesario dar alguna razón para ello (PL C050-21, 2021).

Veamos, sucintamente, la normatividad que recoge el divorcio sin causa en los países sobre los cuales se centrará esta investigación.

En primer lugar, en el año 2005, España adoptó el divorcio unilateral, mediante la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil de 1889 y la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, al modificar el artículo 86 del Real Decreto, donde estableció que el divorcio se decretaría a petición de ambos o uno de los cónyuges, suprimiendo las causales de divorcio que este artículo antes contenía, manteniendo el divorcio por mutuo acuerdo, y adicionando el divorcio unilateral contencioso (Bravo de Mansilla, 2008).

Por su parte, Argentina, en el año 2015, con la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial, en el artículo 437 se contempló el divorcio unilateral y, consecuentemente, derogó las causales de divorcio y por tanto el divorcio contencioso.

Retomando el tema de estudio en Colombia, es menester traer a colación el reconocimiento de la familia como núcleo fundamental de la sociedad que le brinda la Carta Política de 1991 en su artículo 42, lo cual ha tenido implicaciones importantes en el orden normativo colombiano, pues al darle tal connotación se ha permitido y procurado una especial protección por parte de la sociedad y por parte del Estado, bajo el amparo de principios tales como: el cuidado integral a la familia, igualdad e intimidad familiar y el libre desarrollo de la personalidad (Corte Constitucional, 2016).

La familia es la institución fundamental de la sociedad. Por ello, durante años se ha cuestionado no solo la naturaleza de su conformación, sino también las causas que pueden llevar a su disolución. Al respecto la Corte Constitucional ha mencionado en la Sentencia C-394-17 que:

(...) se ha indicado respecto del divorcio como forma de disolver el matrimonio, en tanto los cónyuges cuentan con cierta autonomía para definir si continúan en la relación afectiva, por cuanto **su permanencia está supeditada al consentimiento y a la finalidad de dar estabilidad al grupo familiar**. Por consiguiente, en principio están habilitados para libremente poner fin al vínculo matrimonial que decidieron contraer previamente, o para permanecer en él si así lo determinan (Corte Constitucional, 2017) [Resaltado y Subrayado por fuera del Texto Original].

Sin embargo, esa autonomía es limitada por el propio legislador y por la propia Corte, cuando advierte, en la sentencia C-394-17:

La Corte concluye que el segmento demandado no resulta violatorio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, debido a que, una vez los contrayentes aceptan el contrato de matrimonio, al que concurren de forma voluntaria, aceptan también las cláusulas de las que se derivan restricciones para su autonomía, y ello incluye las relativas a los mecanismos que existen para disolverlo. En tal sentido, la Sala considera que, si los cónyuges no desean continuar con el vínculo matrimonial, cuentan con posibilidades jurídicas para disolverlo como el mutuo acuerdo, o la posibilidad que ambos cónyuges tienen de acudir a la separación de cuerpos para luego de transcurridos dos años, proceder a solicitar el divorcio, restricción que no es desproporcionada si se tiene en cuenta que la finalidad es proteger a la familia y tratar de recomponer el vínculo matrimonial (Corte Constitucional, 2017).

Es por ello por lo que, finalmente, tal autonomía del cónyuge que ya no desea mantener más ese vínculo queda supeditada y limitada, o bien al consentimiento del otro consorte o al transcurso del tiempo de dos años de separación de cuerpos de hecho, que, si bien dicha separación es considerada causal objetiva de divorcio, representa ciertos riesgos para aquel que tenga la iniciativa y la ejecute. De ello se hablará en el desarrollo de este trabajo.

Cabe resaltar que la identificación del divorcio por parte de la Corte Constitucional como una figura que permite dar estabilidad al grupo familiar, genera unas conexiones importantes en el ordenamiento jurídico colombiano, fundamentadas en los mismos principios constitucionales, que ya se mencionaron, con relación a la familia como núcleo esencial de la sociedad y en ciertas consideraciones que, en la misma sentencia citada anteriormente, la Corte enumera

(i) por asignación del Constituyente el legislador puede regular las formas de terminación del contrato de matrimonio, respetando en todo caso la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la inalienabilidad de los derechos de la persona reconocidos a la pareja; (ii) lo anterior excluye toda posibilidad de que el Estado perpetúe el vínculo matrimonial mediante la coacción o la imposición jurídica de una convivencia que no es querida por los cónyuges o que es contraria a su interés individual o conjunto; (iii) de tal forma que, el imperativo constitucional en lo que refiere a la protección y promoción de la institución familiar, no refiere a la duración del matrimonio como una de sus formas de constitución, sino es lograr la estabilidad y armonía del grupo familiar. Ello supone entonces, una relación entre los deberes y los derechos que surgen de la relación matrimonial, en tanto se

pretende brindar armonía entre los cónyuges y un alto nivel de confianza para proteger la familia como célula básica de la sociedad. El Estado tiene intereses en promover la convivencia y la estabilidad familiar (Corte Constitucional, 2017).

Habiendo ya fijado en esta introducción, las bases sobre las cuales se desarrollará el presente trabajo, en los párrafos que siguen se estudiará: en un primer momento, los tipos de divorcio y su clasificación desde una mirada del derecho colombiano. En un segundo momento, lo que ha ocurrido en Colombia frente a las diferentes propuestas y peticiones de implementar el divorcio unilateral en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, se profundizará en las sentencias referidas, que han dejado explícita la posición que ha asumido la Corte Constitucional en este tema y, sobre esta misma línea, se examinarán dos proyectos de ley presentados por el Congreso de la República.

Posteriormente, se hará un estudio comparado en los ordenamientos jurídicos de España y Argentina frente a esta modalidad de terminación del matrimonio en ambos países. Finalmente, haremos un cierre reflexivo, desde una mirada del derecho colombiano.

1. DIVORCIO: CONCEPTOS GENERALES DESDE UNA MIRADA DEL DERECHO COLOMBIANA

Desde el punto de vista etimológico el exmagistrado Álvaro Gómez Duque (2002) indicaba que la palabra divorcio viene del latín “divortium” y “diverte”, lo que significa “irse cada cual por su lado para nunca jamás volverse a ver” (p. 55). Según la Real Academia Española, el divorcio es la figura jurídica por la cual se disuelve el vínculo matrimonial. (s.f.)

Colombia es un país mayormente católico, por ello, el estudio de la disolución del vínculo matrimonial no se debe referir exclusivamente al rito civil. Para una mejor armonización es necesario profundizar en la diferencia que se presenta entre el divorcio del matrimonio civil y la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso.

El divorcio es el medio por el cual se puede recuperar el estado civil de soltero en un matrimonio civil (Gómez, 2002); esta es la figura que disuelve de manera efectiva el lazo conyugal. Sobre ello, la Carta Política estableció en el inciso octavo, artículo 42, que la ley civil sería la encargada de señalar todo lo pertinente sobre la disolución de cualquier matrimonio.

Ahora bien, en el caso de los matrimonios del rito religioso que consideran el matrimonio indisoluble, no rige la figura del divorcio propiamente, sino la cesación de los efectos civiles de dicho matrimonio. De esta manera se respetan sus creencias y regulaciones.

Así lo explica la Corte Constitucional en la Sentencia C-456-93, cuando habla del artículo 42 de la Constitución

(...) el artículo citado señala tres aspectos novedosos con respecto al régimen anterior: 1o) La ley civil regula los efectos civiles de todo matrimonio, los cuales cesan con el divorcio; 2o) Ante la ley civil el matrimonio en general es disoluble, aunque en el dogma interno de la respectiva religión se considere que el vínculo es indisoluble; 3o) El Estado civil de las personas no será determinado por las autoridades religiosas, sino exclusivamente por la ley (Corte Constitucional, 1993).

Esto nos lleva a entender que los efectos civiles de todo matrimonio pueden cesar conforme la ley civil; sin embargo, los efectos y su cesación o no, en cuanto al sacramento, serán regulados por cada religión.

Históricamente hablando, el divorcio en Colombia ha tenido varias connotaciones y se ha entendido en varios sentidos: en un sentido amplio, en uno limitado y en otro restringido. (Gómez 2002) En sentido amplio, es el que en la actualidad se conoce como divorcio sin causa o divorcio unilateral, que inicialmente era potestad única del hombre, pero con la evolución social y jurídica, se le ha adjudicado en diferentes países por igual a la mujer (Gómez, 2002). El sentido limitado hace referencia al divorcio por mutuo acuerdo. Y el sentido restringido, es aquel divorcio que funciona en sistemas causalistas, en otras palabras, con motivos o causales taxativas (Torrado, 2020).

En el sistema causalista, a su vez, existe una clasificación perfilada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y profundizada por la doctrina. Estas causales se clasifican en subjetivas o divorcio sanción, y causales objetivas o divorcio remedio (Corte Constitucional, 2019). Todo ello, lo veremos a continuación con mayor claridad.

1.1. Tipos de Divorcio

1.1.1. Divorcio por Causales

El divorcio por causales, como su nombre lo señala, son los divorcios que deben tener un motivo para que, efectivamente, pueda ser alegado; con ello se busca disolver el lazo conyugal. Sin embargo, esos motivos no son los que las partes deseen, sino que son unas causales que el legislador o el órgano encargado de elaborar las normas, estipule.

En palabras del abogado y doctor en derecho Helí Abel Torrado

Esta teoría parte de la base de que no puede haber divorcio sin motivo expresamente consagrado en la ley, pues se trata de causales taxativamente señaladas en ella, sin que pueda acudir a la innovación de faltas que no figuren en el ordenamiento legal como típicos motivos para ejercitar esa acción (Torrado, 2020, p. 418).

Es por ello que en el sistema causalista, es procedente la declaratoria del divorcio solo cuando su solicitud está fundamentada en una causa específica, establecida en la ley. Esa causa suele tener una connotación grave que atente contra el matrimonio (Torrado, 2020).

El divorcio en Colombia está regido por un sistema causalista. Las causales se encuentran recogidas en el artículo 154 del Código Civil y se han clasificado en dos tipos, conforme la jurisprudencia colombiana.

Esta clasificación, según la Corte Constitucional, en principio se divide en dos: en primer lugar, se habla de unas causales subjetivas o divorcio sanción; en segundo lugar, se hace referencia a unas causales objetivas o divorcio remedio.

Inicialmente, las causales subjetivas son aquellas que el legislador colombiano ha establecido para cuando se presente una situación en la que uno de los cónyuges incumpla alguno de los deberes del matrimonio señalados por el legislador, incurriendo con ello en culpabilidad; de tal manera, aquello amerita que se disuelva el lazo conyugal a título de censura en contra de ese cónyuge que faltó en su deber, como lo menciona la Sentencia C-394-17 (Corte Constitucional,

2017). Por otro lado, las causales remedio son aquellas situaciones infortunadas que el legislador considera que generan una ruptura de lazos afectivos, dándole la posibilidad a los cónyuges de desenlazar su vida mediante el divorcio (Gómez. 2002). Veámoslas a continuación.

1.1.1.1.Causales de Divorcio Sanción

Como ya se ha mencionado, el divorcio sanción sucede cuando su solicitud se fundamenta en la materialización de una conducta censurable por parte de alguno de los cónyuges; es decir, cuando hay un incumplimiento de los deberes conyugales, como lo menciona la Sentencia C-135-19 (Corte Constitucional, 2019), que pueden derivar en malos tratos, conductas pervertidas o malos vicios, o cuando incumple gravemente con su obligación como compañero de vida o padre, según lo que haya establecido el legislador en la ley. En palabras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, en la Sentencia del 15 de diciembre de 1998:

(...) frente a algunos hechos que se constituyen en causales de divorcio, y que corresponden a aquellas clase que la doctrina denomina “divorcio sanción”, se parte del supuesto de la culpabilidad de uno de los cónyuges, por cuanto se asume que ha incurrido intencionalmente o por culpa grave en ellos, por lo que el juez estará facultado para indagar sobre esa responsabilidad, a fin de determinar quién es el culpable de este, para efectos de aplicar las sanciones que correspondan (...). (Torrado, 1998).

Es importante tener claridad que frente a este tipo de divorcio el cónyuge inocente es el único que puede solicitar el divorcio sanción; en Colombia el artículo 156 del Código Civil así lo indica. Además, esta norma establece un tiempo de caducidad de un año que, en un principio,

hacía referencia a la oportunidad legal para interponer la demanda de divorcio, pero la Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-985-10 que el término de caducidad que traía la norma indicaba la posibilidad de reclamar las sanciones ligadas a este tipo de divorcio, como son: la revocación de donaciones con ocasión del matrimonio (Código Civil, Art. 162), prestación alimentaria (Código Civil, Art 411, núm. 4), pérdida de porción conyugal (Código Civil, Art 1231) y pérdida del beneficio de competencia obligatoria (Código Civil, Art 1685, núm. 2), más no era el tiempo límite para entablar la acción de divorcio (Sentencia C985-10, 2010). Ese tiempo se cuenta de forma diferente en cada una de las causales.

De este tipo de causales en Colombia contamos con seis, en el artículo 154 del Código Civil, en los numerales 1ª, 2ª 3ª, 4ª, 5ª y 7ª, según la Sentencia C-394-17 de la (Corte Constitucional, 2017). Observemos:

Del numeral 1º se predica “las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges” fundamentada en ese deber de fidelidad que se deben los cónyuges entre sí. El término de caducidad que tiene el cónyuge inocente para solicitar las consecuencias o sanciones ligadas al divorcio, en contra del otro cónyuge es un año contado desde que tuvo conocimiento de la última relación sexual.

Sobre el numeral 2º se establece “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”. De los deberes conyugales, podemos observar el deber de cohabitación, el débito conyugal, la ayuda y el socorro, la fidelidad, señalados en los artículos 113 y 176 del Código Civil. Frente a los deberes del padre, encontramos, el cuidado personal de los hijos (Código Civil. art. 253), visitas (Código

Civil. art. 256), la obligación alimentaria (Código Civil. Art. 257), entre otros. Su término de caducidad es un año contado a partir del último momento en que cesa el incumplimiento de ese deber.

El numeral 3° señala que “los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra” son hechos que permiten entablar la acción de divorcio por parte del cónyuge que los sufre; no es necesario que los tres supuestos ocurran al mismo tiempo, ni que sean por un periodo extensivo, según la Sentencia del 7 de mayo de 1979. (Corte Suprema de Justicia, 1979). El término de caducidad se cuenta desde el momento en que sucedió por última vez alguno de esos hechos.

En el 4° numeral encontramos “la embriaguez habitual de uno de los cónyuges”. El término para obtener las sanciones se cuenta desde el último momento en que se embriagó (Torrado, 2020. p.484).

El 5° numeral predica como causal para obtener el divorcio “el uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica”. Cabe señalar que la expresión: “uso” de estas sustancias, se entiende en la doctrina como consumo (Torrado, 2020. p.464). La caducidad para pedir las sanciones se cuenta desde la última vez que consumió de manera habitual (Torrado, 2020. p.484).

Finalmente, en el último numeral dentro de este tipo de causales, encontramos la 7°, que establece “toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo”. Por pervertir la doctrina ha entendido que es viciar la conducta del otro con malos ejemplos, costumbres o

comportamiento (Torrado, 2020. p.465); ahora bien, aquella persona a la que se corrompe no se limita exclusivamente al cónyuge, pues la norma señala también a los descendiente o personas que estén bajo su cuidado o su mismo techo. Por otro lado, su caducidad se cuenta desde el momento en que tuvo conocimiento de esa conducta corruptiva o pervertida (Torrado, 2020. p.484).

1.1.1.2.Causales de Divorcio Remedio

En esta clase de divorcio, como se dejó entrever previamente, no se presenta culpabilidad alguna por parte de los cónyuges; en palabras del exmagistrado Álvaro Gómez Duque “no hay culpabilidad de ninguno de los cónyuges, sino que, por circunstancias desgraciadas de la vida, el otro cónyuge está facultado para pedir el divorcio” (Gómez, 2002, p. 57)

La Sentencia C-985-10 de la Corte Constitucional se encargó de definir las causales remedio como aquellas en las que se “genera una ruptura de los lazos afectivos que motivan el matrimonio, lo que conduce al divorcio ‘como mejor remedio para las situaciones vividas’” (Corte Constitucional, 2010).

Así también lo señaló la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá

(...) el divorcio remedio busca solucionar el conflicto familiar, permitiendo la ruptura del vínculo cuando haya cierto grado de certeza en torno a que el mismo ha fracasado porque se ha hecho imposible la vida común de los cónyuges (Torrado, 2020).

Esta es la primera diferencia con el divorcio sanción, pues en este no se busca censurar el cónyuge, sino permitirle rehacer su vida en armonía.

Por otro lado, ante estas situaciones que imposibilitan la vida en común y son difíciles de enfrentar e inevitables, la ley faculta a cualquiera de los cónyuges para solicitar el divorcio. De tal manera, se entiende que estas causales objetivas están fundamentadas en razones totalmente imparciales y no hay motivo para indagar por la intención o culpabilidad del cónyuge (Torrado, 2020). Es por ello por lo que no hay, por tanto, ningún término de caducidad.

Esta es la otra diferencia, respecto al divorcio sanción, pues su fundamento no se deriva de la culpabilidad de un cónyuge dentro de la relación matrimonial, sino en la ruptura de los lazos afectivos del matrimonio, facilitando así, la disolución del lazo conyugal de una unión que no le es posible mantener la convivencia. Así lo menciona la Corte Constitucional en la Sentencia C-1495-00 “(...) si no es posible coaccionar la convivencia, aunque no se discute que quienes contraen matrimonio adquieren la obligación de convivir, tampoco es dable mantener el vínculo cuando las circunstancias denotan un claro resquebrajamiento y ambos, o uno de los cónyuges, así lo pide (...)”. (2010)

En Colombia, de conformidad con los lineamientos de la Corte Constitucional hay tres causales de divorcio remedio consagradas en el artículo 154 del Código Civil, recogidas en los numerales 6º, 8º y 9º.

La Causal número 6º se configura cuando se presente una enfermedad o discapacidad grave e incurable en alguno de los cónyuges, sea física o psíquica, que ponga en peligro la salud moral o física el otro cónyuge e imposibilite así, la vida en común.

Esta causal fue demandada por considerar que iba en contravía al deber de solidaridad consagrado en el artículo 1 y 95 de la carta política. Sobre esto, se pronunció la Corte en la Sentencia C-246 de 2002, señalando que esta causal no era contraria a tal deber fundamental, pues su alcance no era absoluto, dado que al ponderar la vida propia del cónyuge sano y la del cónyuge enfermo, no podían exigirle al otro que pusiera su vida en riesgo por la dignidad y autonomía del otro cónyuge, agregando que no se podía forzar al cónyuge sano a permanecer en ese vínculo matrimonial.

La Corte, en la sentencia referida enfatiza que el deber de ayuda y socorro mutuo (Código Civil, Art. 176) no se extingue con la disolución del vínculo matrimonial, por el contrario, este permanece ahí, pero queda reducida, a una esfera netamente económica. Es necesario aclarar, que como bien ya se mencionó, esta causal es objetiva, y por tanto no hay ningún cónyuge culpable, por lo que no se puede hacer uso del numeral 4º del artículo 411 del Código Civil. En palabras de la Corte, la Sentencia C-246-02, dice:

(...) Como se anotó, la legislación civil no prevé específicamente esta posibilidad habida cuenta de que cuando se invoca esta causal no hay propiamente un cónyuge culpable y otro inocente. No obstante, en las normas vigentes sobre alimentos se encuentran criterios pertinentes que pueden ser aplicados por analogía por el juez competente en cada caso. (...) caso en el cual el alimentante no tendrá que seguir pagando alimentos que han dejado de ser necesarios para la subsistencia digna y autónoma del hasta entonces alimentado. (Corte Constitucional, 2002).

En razón a estos argumentos, señaló que podía hacer uso de esta causal para obtener el divorcio, sin que, por ello, se deba dejar el cónyuge enfermo sin protección alguna, pues se le

puede otorgar una obligación alimentaria. Sin embargo, agregó que tal obligación no es a título de sanción, pues se busca darle un remedio al cónyuge aliviado disolviendo el lazo conyugal, y al cónyuge enfermo, que queda protegido con esa obligación económica a favor.

La Causal número 8° es tal vez uno de los supuestos más mencionados por la Corte Constitucional al momento de analizar los argumentos de las sentencias relativas al divorcio unilateral que veremos más adelante. Por el momento, vale la pena hacer una breve referencia a ella.

Esta causal se puede invocar por cualquiera de los cónyuges cuando se haya presentado la separación de cuerpos de hecho entre ellos, o cuando esta haya sido decretada judicialmente y haya perdurado por más de dos años, sin reconciliación alguna durante la interrupción de la convivencia.

En el estudio de la objetividad y autonomía de esta causal, encontramos que los analistas de la ley colombiana han enfatizado que de ello se predica el sentido de que haya sido tipificado en la Ley 25 de 1992 “pues si tuviese ribetes subjetivos (...) hubiera sido suficiente mantener la misma causal segunda” (Torrado, 2020, p. 474). Además, señalan que esta causal se cumple con el único hecho de demostrar la separación de cuerpos por el periodo dos años; he ahí la diferencia con la causal número 2, pues, de ella se predica un sujeto culpable y otro inocente, análisis que no es necesario en esta causal.

En la Sentencia C-1495-2000, la Corte Constitucional le dio la connotación de causal objetiva, al resolver una demanda de inconstitucionalidad, donde el sujeto activo argumentaba que

no era constitucional que el cónyuge que incumplió con su deber de convivencia pudiese alegar su “propia culpa” para obtener el divorcio.

Sobre ello, el Tribunal mencionó que el Estado no podía forzar a la pareja a mantener la convivencia, además señaló que tampoco se puede inmiscuir a tal punto en la esfera privada de los cónyuges y que solo era necesario observar el resquebrajamiento del vínculo. Al respecto, la Corte resaltó que el carácter objetivo se fundamentaba en la protección a la intimidad de la familia y el individuo (Constitución Política, 1991, Art. 15).

En la Sentencia C-1495-00, encontramos lo siguiente.

(...) la expresión en estudio en cuanto permite a uno de los cónyuges invocar la interrupción de la vida conyugal, por más de dos años, para obtener una sentencia de divorcio, no contraría sino que desarrolla debidamente la Constitución Política, porque los cónyuges que no logran convivir demuestran por este solo hecho el resquebrajamiento del vínculo matrimonial y, si además eligen una causal objetiva para acceder al divorcio, están negando al Estado, estando en el derecho de hacerlo, una intervención innecesaria en su intimidad (Corte Constitucional, 2000).

No obstante lo anterior, es preciso mencionar que, para la Corte, a pesar de que esta es una causal objetiva, nada imposibilitará al cónyuge que no invoca la causal a solicitar al juez que evalúe la responsabilidad del otro cónyuge. En palabras del alto Tribunal, la Sentencia C-1495-00, estipula lo siguiente:

(...) el hecho de que uno de los cónyuges, en ejercicio de su derecho a la intimidad, invoque una causal objetiva para acceder al divorcio, no lo faculta para disponer de

los efectos patrimoniales de la disolución, de tal manera que, cuando el demandado lo solicita, el juez debe evaluar la responsabilidad de las partes en el resquebrajamiento de la vida en común, con miras a establecer las consecuencias patrimoniales (Corte Constitucional, C-1495-00, 2000).

En este orden de ideas, la causal cumple su condición de remedio, pues permite que el cónyuge que se desea divorciar obtenga la disolución de su lazo conyugal cuando se verifique la separación de cuerpos por más de dos años; sin embargo, adquiere un matiz de sanción cuando se presente demanda de reconvencción en la que se solicite analizar la culpabilidad del cónyuge que abandonó el hogar o el mismo juez proceda a ello sin solicitud de reconvencción, tal y como ocurrió en la Sentencia ST442-2019. Así lo señaló la Corte en la Sentencia C-1495-00:

De tal manera que, si la causa de divorcio tiene consecuencias patrimoniales, vinculadas con la culpabilidad de las partes, así el demandante opte por invocar una causal objetiva para acceder a la disolución del vínculo, el consorte demandado está en su derecho al exigir que se evalúe la responsabilidad del demandante en la interrupción de la vida en común. Empero, al parecer de la Corte este derecho no lo desconoce la norma en comento, puesto que no por el hecho de establecer una causal objetiva el juez debe hacer caso omiso de la culpabilidad alegada por el demandado, cuando otras disposiciones lo obligan a establecer los efectos patrimoniales de la disolución acorde con la culpabilidad de las partes (...) (Corte Constitucional, 2000).

Finalmente, la causal número 9º establece que el divorcio se obtendrá por “el consentimiento de ambos cónyuges, manifestado ante un juez competente y reconoció por este mediante sentencia”.

Esta causal es reconocida por la Corte Constitucional como una causal objetiva en múltiples sentencias, una de ellas es la Sentencia C-589-19, donde el Alto Tribunal señaló:

(...) El numeral noveno, en el que se encuentra el texto demandado, estipula una causal de carácter objetivo. Se trata del divorcio por mutuo consentimiento, que se configura cuando ambos cónyuges están de acuerdo. Esta causal tiene la particularidad de ser la única que conduce al divorcio sin intervención de un juez, pues ella se tramita ante notario, siempre que los cónyuges estén de acuerdo en este trámite (Corte Constitucional, 2019).

Veámoslo con mayor profundidad.

1.1.2. *Divorcio por Mutuo Acuerdo*

El divorcio por mutuo acuerdo es una causal de disolución del vínculo matrimonial. Se presenta cuando ambos cónyuges de manera unánime tienen la voluntad de divorciarse. Se introdujo en Colombia con la Ley 25 de 1992 artículo 6.

Esta causal de divorcio se mantuvo como un proceso contencioso regulado en el artículo 9 de la Ley 25 de 1992, el cual consagraba que el juez debía realizar una audiencia para escuchar a los cónyuges y hacer las veces de mediador para evitar la disolución del matrimonio. Posteriormente, con la Ley 446 de 1998, el proceso judicial de divorcio por mutuo acuerdo se estableció mediante el trámite de jurisdicción voluntaria y se eliminó la obligación que tenía el

juez de convocar audiencia a las partes con el fin de evitar la disolución, quedando el artículo 9 de la Ley 25 de 1992 expresamente derogado. (Olave, s.f.).

Con la nueva legislación, cuando la pareja decide ir ante juez a obtener el divorcio por mutuo acuerdo, deben acudir al proceso de jurisdicción voluntaria, el cual únicamente implica la concurrencia de voluntades encaminadas a obtener el divorcio por razones que, al menos, para los cónyuges, sean suficientes para dar por terminado el matrimonio de la misma manera: voluntaria y libremente, tal y como se conformó; esta causal es un reflejo del principio de dogmática jurídica según el cual “en derecho las cosas se deshacen como se hacen”.

El trasfondo de la norma es que, si la pareja de común acuerdo tomó la decisión de casarse, del mismo modo deben poder divorciarse. Es innecesaria la intervención del juez cuando no hay acusaciones ni reclamaciones, ni mucho menos indemnizaciones de un cónyuge a favor de otro, ya que no estamos en un panorama de culpabilidad. En este caso en concreto se visualiza armonía entre dos cónyuges que han llegado a un acuerdo (Medina, 2014).

Cabe señalar que en caso de que esas parejas tengan hijos en común, menores de edad, deben presentar un acuerdo donde se regulen los temas pertinentes al cuidado del menor, la patria potestad de los hijos no emancipados, cuota alimentaria del menor, un documento donde se acredite su estado civil y la relación de parentesco con sus hijos (Código General del Proceso, Art. 389).

Dadas estas condiciones se entiende que el divorcio por mutuo acuerdo es una causal objetiva donde no existen culpables, sino una situación que no hace viable la convivencia en

pareja; es por esto por lo que semejante decisión de dar por terminada la vida de casados, es un remedio para un mejor bienestar en la vida.

Tal decisión de divorciarse va en plena sintonía con el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (Constitución, 1991, art. 16) donde cada individuo puede actuar autónomamente dentro del ámbito de la responsabilidad y conciencia, según sea el caso que se presente y las circunstancias de su vida.

El divorcio por mutuo acuerdo se puede llevar a cabo mediante sentencia judicial o por escritura pública, elevada ante notario, si los cónyuges así lo prefieren, según lo indica el artículo 34 de la Ley 962 del 2005.

En este orden de ideas, podrá convenirse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges, por intermedio de abogado, mediante escritura pública, la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio religioso y el divorcio del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia asignada a los jueces por la ley.

El divorcio y la cesación de los efectos civiles ante notario producirán los mismos efectos que el decretado judicialmente.

PARÁGRAFO. El Defensor de Familia intervendrá únicamente cuando existan hijos menores; para este efecto se le notificará el acuerdo al que han llegado los cónyuges con el objeto de que rinda su concepto en lo que tiene que ver con la protección de los hijos menores de edad.

De tal manera, la Ley 962 de 2005 confirió competencia a los notarios para autorizar trámites de divorcio por escritura pública, solo cuando se invoque como causal el mutuo acuerdo. Por otro lado, el proceso ante juez de esta clase de divorcio se encuentra regulado en el numeral 15 del artículo 21 del Código General del Proceso, que otorga competencia a los jueces de familia en única instancia para conocer “del divorcio de común acuerdo, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios”; el resultado de este proceso es la sentencia que declara el divorcio por la causal 9 del artículo 154 del Código Civil (Olave, 2014).

1.1.3. *Divorcio Unilateral*

En este sistema no es necesario acreditar la ocurrencia de algún hecho, razón, circunstancia o motivo para obtener el divorcio, y, por tanto, tampoco hay causales para ello. Esta figura jurídica también se conoce como divorcio sin causa. Quienes lo han acogido, señalan que para disolver el vínculo no es “menester expresar nada diferente a la mera voluntad del divorcio, sin estar obligados a precisar hechos que, por lo general corresponden a la vida íntima de la familia” (Torrado, 2020, p. 415).

En palabras del profesor español Carlos Lasarte Álvarez:

(...) y aquí nace el problema ¿qué hacer cuando uno de los componentes de la pareja no desea seguir viviendo en común y, libre y voluntariamente, ha decidido poner fin a la convivencia matrimonial? Pues, a estas alturas de la civilización, la verdad es que lo mejor es certificar la defunción del matrimonio, sin ambages, y permitir que, con la mayor celeridad posible, los cónyuges procuren rehacer su vida (...) pues

naturalmente si se les reconoció madurez suficiente para comprometerse ¿cómo se les va a negar la capacidad y serenidad suficiente para poner fin a la situación matrimonial? (Lasarte, 2005, pp.11-12).

Es por lo anterior, que ante este divorcio tampoco funciona algún tipo de “culpabilidad” o estudio detallado de la intimidad de la vida conyugal, pues, por el contrario, lo que busca en mayor medida es proteger esta esfera privada, pero sí disuelve el lazo conyugal siempre que alguno de los contrayentes lo desee y lo tramite; no obstante, nada obstaculiza para que se haga el reconocimiento de algunos derechos, como la obligación alimentaria y la revocación de donaciones hechas en razón al matrimonio.

Colombia, como ya se ha indicado, tiene un sistema causalista; sin embargo, el régimen en mención ha venido inquietando no solo al Congreso de la República de Colombia, sino también a la Corte Constitucional, en respuesta a demandas presentadas por los ciudadanos, lo cual ahondaremos en los párrafos que siguen.

2. COLOMBIA Y EL DIVORCIO UNILATERAL

A continuación, se darán unas breves pinceladas de la historia de la regulación jurídica del divorcio en Colombia. Como se verá más adelante, su adopción y evolución no ha sido pacífica, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Veamos.

2.1. Breve Historia del Divorcio en Colombia

Inicialmente, en 1810, Colombia acogió un régimen de indisolubilidad para el matrimonio debido a la influencia de la legislación española en casi todo el territorio, salvo en donde se encontraban ubicadas las comunidades indígenas. Todo lo relacionado con la familia en este periodo, se regía por el Derecho Canónico. Por ello, el matrimonio se debía celebrar por este rito de manera obligatoria, el cual generaba un vínculo de carácter indisoluble. Esto se mantuvo en 1819 con la Gran Colombia y en 1831 con la Nueva Granada (Ruiz, 2020)

En 1832, bajo la influencia de la Revolución Francesa, se intentó por primera vez establecer el divorcio vincular, es decir, el divorcio disolvente del matrimonio; sin embargo, ello no prosperó. En el periodo comprendido entre los años 1832 a 1857 se presentaron cinco proyectos de ley, de los cuales surgieron dos leyes: una el 1° de abril de 1853 con José Mario Obando, que estableció la separación entre el Estado y la iglesia católica; posteriormente, el 20 de mayo del mismo año, por la cual se profirió la Constitución de la Nueva Granada, la cual estableció la libertad de culto en su artículo 5, numeral 5, para finalmente desembocar en la “Ley Obando” del 20 de junio de 1853 (Ruiz, 2020).

Dicha ley del 20 de junio de 1853 consagró que el matrimonio se disolvía por la muerte de alguno de los cónyuges o por el divorcio legalmente decidido. Esta fue la ley que por primera vez trajo la figura del divorcio, que solo se podía solicitar cuando fuese por mutuo acuerdo o por la materialización de un delito de parte de alguno de los cónyuges. Además, el rito civil pasó a ser el medio obligatorio por el cual se celebraba el matrimonio (Ruiz, 2020).

No obstante, este divorcio vincular solo existió hasta el mes de abril de 1856, pues la ley 20 de 1853 fue derogada por la ley del 8 de abril de 1856, quedando únicamente la disolución del lazo conyugal por la muerte de alguno de los cónyuges

y permaneciendo en el tiempo la obligatoriedad del matrimonio civil (Gómez, 2002, p.55).

En 1858, Colombia estaba conformada como Estado federal y cada Estado regulaba lo pertinente al ámbito civil a su manera. Así, por ejemplo, en el Estado de Santander, continuó rigiendo la Ley 20 de 1853 hasta 1857, (Ruiz, 2020), pues se creó el Código Civil de Santander, que consagró por primera vez el Divorcio Unilateral en Colombia, con las siguientes limitantes: primero, la edad de los cónyuges, pues la mujer no podía ser menor de 21 años y el marido no podía tener menos de 25 años, en caso de que fuese así, no podían solicitar el divorcio; y segundo, señalaba un plazo mínimo de dos años de duración del matrimonio para poder solicitar el mismo. Además, establecía una sanción únicamente contra el cónyuge masculino, en el caso de que el marido tuviese culpa, este debía entregar una pensión para la cónyuge, o en caso de que fuese visto públicamente con otra mujer, hubiese embriaguez habitual o trato cruel, la mujer tenía derecho a la mitad de sus propiedades (Jaramillo, 2013).

En 1873, ante una Colombia federal, se adoptó en todo el territorio la Ley 84, la cual replicaba el Código Civil de Cundinamarca, que establecía el matrimonio civil como facultativo y concedió efectos civiles al matrimonio católico (Ruiz, 2020).

Esto solo duro hasta 1886, dado que mediante la Ley 57 de 1887 se consagró el Código de la República o el Código Civil de la Unión para todo el territorio colombiano, el cual volvió a consagrar la religión católica como la religión nacional y retomó la indisolubilidad del matrimonio, tanto civil como religioso, además estableció que todo lo relativo a la nulidad católica sería tramitada por el mismo Tribunal Eclesiástico (Ruiz, 2020).

Así lo explican en la obra *12 mitos sobre el Divorcio*

(...) la religión católica era la religión oficial de la nación y se exigía a los poderes públicos el compromiso de protegerla y hacerla respetar. En desarrollo de estos preceptos, los matrimonios de los bautizados sólo producían efectos civiles en tanto se celebraban de conformidad con sus ritos. Por tanto, ningún católico podía contraer matrimonio civil pues se exponía a ser excomulgado; y si alguna persona bautizada deseaba hacerlo, debía apostatar o renunciar a la religión católica (...) (Mendoza y Torrado, 1996).

En 1936 se da una reforma constitucional, la cual buscaba una garantía para la libertad de cultos, libertad de consciencia y se retira la supremacía, nuevamente, a la iglesia católica dentro de la nación. Por ello, en 1942 se reforma el concordato, mediante el “Convenio Echandía”, que señalaba que el católico podía libremente decidir si casarse por el rito civil o por el católico; no obstante, este nunca fue ratificado por lo que nunca entró a regir (Ruiz, 2020).

De ahí en adelante, se presenta una lucha entre radicales, moderados y conservadores dentro del Congreso, que se vio reflejada en los años posteriores. En 1964 se presentó la Ley 223 de 1964, donde se proponía el divorcio, pero esta no prosperó. Posteriormente, en 1973 se celebró un nuevo concordato con la Santa Sede, que fue ratificado en 1974 mediante la Ley 20, abriendo las puertas para que los católicos tuvieran la facultad para decidir entre el rito católico o el civil al contraer nupcias, pero mantenía su característica de indisolubilidad. En ese mismo año, 1974, mediante la Ley 18 y la Ley 57, se insistió dos veces más para la incorporación de la figura del divorcio en el ordenamiento jurídico colombiano, pero ambas fueron fallidas (Ruiz, 2020).

En 1975 el senador Gregorio Becerra “argumenta que la indisolubilidad atenta contra el principio de libertad de escoger su estado civil y libertad religiosa” (Ruiz, 2020, pp. 128-129) y propone la Ley 58 de 1975, proyecto de ley que incorporaba al sistema colombiano el divorcio del matrimonio civil y la separación de cuerpos, no obstante, esta fue muy criticada y tampoco prosperó.

Sin embargo, en 1976, con la Ley 1º, se reguló nuevamente el divorcio en Colombia, pero exclusivamente para los que hubieren celebrado nupcias por el rito civil, señalando 9 causales para ello, y a su vez se consagró la separación de cuerpos, tanto para matrimonios civiles como católicos; para estos últimos, se tramitaba ante el Tribunal Eclesiástico. A pesar de ello, eran muy escasos los colombianos que se casaban por la ley civil, lo que implicó que muy pocos se divorciaran en aquel periodo; ello condujo a un mayor número de separaciones de cuerpos y dio lugar al incremento de uniones de hecho con lazos matrimoniales vigentes (Ruiz, 2020).

La Constitución de 1991, en su artículo 42, contempló la cesación de los efectos civiles de toda clase de matrimonio, incluso los religiosos. Asimismo, se determinó que todo lo relativo al matrimonio, sus requisitos y disolubilidad, se regiría por las leyes civiles. Consecuencia de ello, el 17 de diciembre de 1992 se aprobó la Ley 25 de 1992, actual ley de divorcio en Colombia. (Mendoza y Torrado, 1996)

En el libro *12 mitos sobre el divorcio*, lo señalan de la siguiente forma:

(...) Así, el divorcio ha dado la posibilidad a muchas parejas que se habían casado anteriormente por la Iglesia y cuyas uniones fracasaron, de legalizar una nueva unión en Colombia. Mientras que, bajo el régimen anterior, y mediante la separación de

cuerpos judicialmente decretada, o, de hecho, fue creciendo el número de personas que, aunque separadas, no habían podido resolver judicialmente su estado civil, pues los matrimonios católicos que habían contraído años atrás seguían vigentes (...) (Mendoza y Torrado, 1996, p.11).

De lo escrito, se puede observar que Colombia pasó por muchos titubeos antes de entrar a regular, en forma permanente, el divorcio causalista, que aún se encuentra vigente en la Ley 25 de 1992.

Y de este breve recorrido histórico, es posible concluir que en el territorio colombiano no se ha acogido el divorcio sin causales. En el acápite siguiente se examinará, con detalle, la posición de la Corte Constitucional colombiana y del Congreso de la República frente a la posibilidad de implementarlo en nuestro ordenamiento jurídico.

2.2. Demandas de Inconstitucionalidad tendientes a obtener El Divorcio Unilateral en Colombia: argumentos y decisiones

Como ya se ha hecho mención, la Corte Constitucional colombiana ha venido resolviendo algunas sentencias fundamentadas en diferentes argumentos que las partes activas han esgrimido para que se declare la inconstitucionalidad de las causales enunciadas en el artículo 154 del Código Civil o la inexequibilidad parcial del artículo 156 del mismo código.

Estas sentencias son: C-394 de 2017, C-134 de 2019, C-135 de 2019 y C- 589 de 2019, las cuales ahondaremos a continuación

2.2.1. *Sentencia C-394-17 del 21 de junio de 2017*

La magistrada ponente de la presente sentencia fue la abogada y politóloga Diana Fajardo Rivera, y en sala plena de la Corte Constitucional se dio respuesta a la demanda de inconstitucionalidad, contra el artículo 156 del Código Civil que presentó la demandante Juliana María Moreno.

En ella se solicitaba a la Corte que declarase inexecutable parcialmente la expresión “por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan” del artículo 156 del Código Civil. Este artículo es el que ostenta la legitimación y oportunidad para presentar la demanda de divorcio (Código Civil, art. 156).

En su análisis, la parte actora señaló que esta expresión iba en contravía al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia y al derecho al libre desarrollo de la personalidad, que recoge el artículo 16 de la misma Carta Política.

Las razones fundantes que dio la parte actora sobre la vulneración al derecho a la igualdad se dividieron en dos: por un lado, su argumento se centraba en señalar que en aras de fomentar y proteger la estabilidad familiar no se podía coaccionar a los cónyuges para mantener un vínculo que no deseaban, y por el otro, señalaba que no había una justificación clara y válida para diferenciar a los cónyuges con un criterio de culpabilidad.

La demandante resaltó que utilizar un criterio de culpabilidad era sospechoso y generaba “un trato discriminatorio asociado a la Culpabilidad” (C- 394-17) obligando al cónyuge culpable a mantener un vínculo que no deseaba. Sobre ello, la demandante enfatizó que los cónyuges deben

ser tratados como iguales y se debe proteger el derecho de ambos para solicitar el divorcio, y así reconocer de forma material y no únicamente formal el derecho a la igualdad. Además, comentó que el reconocimiento material de ese derecho no implicaba la desaparición de la culpabilidad frente a las prestaciones patrimoniales, pues una cosa no tenía que ver con la otra.

Sobre lo anterior, la Corte se decanta por comenzar analizando este primer cargo y su aptitud sustantiva, donde encontró que este, a pesar de ser mencionado dentro del escrito, no fue desarrollado dentro de los argumentos de la demanda. Además, resaltó que el derecho a la igualdad era un mandato complejo que tenía dentro de sí, mandatos independientes, como lo era la igualdad formal, y el principio de igualdad material, que debían analizarse para realizar una argumentación correcta, caso que fue ausente.

Posteriormente, enfatizó que no encontraba certeza, especificad, ni suficiencia en su desarrollo argumentativo, pues para ello, debió haber determinado sobre qué criterios estaba ponderando como iguales a los cónyuges “culpables” e “inocentes”. Además, refirió que, tampoco hizo un estudio desde el marco general del matrimonio, pues no solo se debió haber tenido en cuenta el divorcio, sino todo lo relacionado a este, como el concepto del matrimonio como contrato jurídico bilateral, ya que de ello se deriva, por ejemplo, el trato diferenciador entre el cónyuge que incumplió con sus obligaciones maritales y el cónyuge al que le incumplieron.

Para la Corte, en esta sentencia, no se realizó un análisis adecuado en cuanto a si ese trato entre cónyuges estaba o no ameritado, pues señaló como sospechoso unos criterios fundados en la culpabilidad, agregando que estos mismos criterios sospechosos los traía la Constitución, en la Sentencia C-394-17, de la siguiente manera “(...) dentro de los que señala la constitución, tales

como razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, sin encontrarse allí la condición de culpabilidad” (Corte Constitucional, 2017).

Bajo este análisis, la Corte concluyó que este cargo era inepto dentro de la demanda y se inhibió de responderlo.

Los argumentos de la demandante que sustentan la vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad se apoyan en dos ejes centrales: uno de ellos, en la determinación del estado civil del cónyuge, afectando de esa manera su autonomía para decidir sobre su vida. Así lo expresó la demandante:

(...) Si el objeto del divorcio es disolver el matrimonio y permitir a los cónyuges rehacer sus vidas, no se justifica el prohibir al cónyuge culpable acceder al divorcio, pues ello implicaría impedirle escoger y determinar su existencia, realizar su vida, escoger su estado civil, lo cual evidencia que esta disposición es contraria al derecho en mención (Corte Constitucional, C-394-17, 2017).

El otro eje, un test de proporcionalidad, que era relevante para su estudio, tocando así la finalidad, la necesidad y la proporcionalidad del tema en cuestión.

Sobre la finalidad del divorcio, la demandante sostuvo que consistía en disolver el vínculo conyugal y permitir que ellos pudieran rehacer su vida, escoger su estado civil y se desarrollasen libremente, sobre tal finalidad descrita, la Corte no presentó comentario alguno. Frente a lo anterior, la demandante consideró que la expresión en “comento” por la demandante era

inadecuada, debido a que la culpabilidad no era término suficiente para ir en contravía a la finalidad mencionada sin justificación alguna.

Agrega, además, que no era necesario limitar la acción jurídica del divorcio para un único cónyuge, en caso de culpabilidad, al considerar que la característica sancionatoria de las causales subjetivas se suplía a la perfección con las prestaciones económicas en contra del cónyuge culpable, agregando que era desproporcional e innecesario, quitarle su derecho a solicitar el divorcio.

Por ello, señaló que en ningún momento la medida era proporcional y realizó un análisis en sentido estricto, pues se estaba limitando de manera desproporcional el derecho al libre desarrollo de la personalidad al impedir que los cónyuges se autodeterminaran y obligándolos a permanecer en un vínculo que no deseaban, “contrariando su voluntad”.

Sobre este segundo cargo, el Alto Tribunal encontró que sí había claridad, certeza, especificidad y suficiencia dentro de la argumentación erigida en la demanda, al considerar que la parte activa había explicado de forma adecuada la finalidad del divorcio; es decir, que el cónyuge pudiera rehacer su vida. Incluso, para la Corte, la demandante había señalado en debida forma porqué la limitante de la expresión “por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan” restringía al otro cónyuge de forma injustificada, despertando pequeñas dudas sobre su proporcionalidad, pues pareciera que sacrificaba el derecho del cónyuge culpable. No obstante, previo su estudio, la Sala realizó una integración normativa sobre la palabra “solo” dentro del párrafo demandado en el artículo mencionado, señalando que todo lo resaltado en el siguiente artículo que se transcribe, sería lo pertinente a su estudio.

Artículo 156. **El divorcio sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan** y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causas 1ª y 7ª, o desde cuando se sucedieron, tratándose de las causas 2ª, 3ª, 4ª y 5ª. En todo caso, las causas 1ª y 7ª solo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia, según la Sentencia C-394-17 de la (Corte Constitucional, 2017).

En este orden de ideas, la sala abordó su estudio, inicialmente, retomando el concepto de matrimonio civil como contrato solemne, y señaló que este era de carácter bilateral, puro y simple, lo que implicaba que al momento de su celebración surgían derechos y obligaciones recíprocas. Además, estableció que con ello surgían unos efectos personales, por esos derechos y obligaciones, y otros efectos patrimoniales que se desarrollaban con el surgimiento de la sociedad conyugal. No obstante, la Corte recapituló advirtiendo que, a pesar de ostentar la calidad de contrato, este no podía perder de vista, ni sobrepasar la familia (Constitución Política, art. 42), la dignidad humana (Constitución Política, art.1), los derechos inalienables al sujeto (Constitución Política, art.5) y el libre desarrollo de la personalidad (Constitución Política, art. 16).

Frente a este último derecho enunciado en el párrafo anterior, la Corte señaló que su núcleo esencial se vislumbraba en: la libertad general de acción que va ligada a la dignidad humana, su autodeterminación entendida como la posibilidad de desarrollarse con naturaleza y dignidad, y el derecho *status* activo que implicaba que esas actividades no estaban prohibidas.

Esta corporación en la sentencia T-542-92 definió el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la siguiente manera:

(...) es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional (...) (Corte Constitucional, 1992).

Y señaló que su vulneración sucede cuando no se le permite al sujeto, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir esos intereses. No obstante, resaltó que este derecho no era absoluto, por lo que se podía restringir, pero su restricción siempre debía tener un sustento constitucional, debía ser proporcional y no podía anular la autodeterminación de la persona.

Frente este último tópico, el Tribunal realizó un estudio de proporcionalidad intermedio, que lo utiliza para estudiar si la limitación de un derecho fundamental era constitucional, concluyendo que era proporcional y legítimo, ya que promovía la estabilidad familiar y aseguraba que los cónyuges cumplieren con sus deberes derivados del contrato.

Asimismo, agregó que no estaba prohibido, pues al no ser un derecho absoluto se podía limitar y, en este caso, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Constitución, art. 16) se limitaba en aras de proteger la familia (Constitución, art. 42). A su vez, consideró que ese era un medio conducente para incentivar al cónyuge a brindar ayuda, socorro, fidelidad y cumplir con los demás deberes conyugales derivados del contrato y, en ese mismo hilo conductor, señaló que el medio era idóneo para su finalidad, pues encontraba admisible que se le quitase al cónyuge culpable la legitimidad en la causa frente a las causales subjetivas, pues contaba con otros medios para invocar el divorcio, como son el mutuo acuerdo y la separación de cuerpos una vez transcurridos 2 años. Veámoslo en sus palabras, en la Sentencia C-394-17.

(...) Sala consideró que, si los cónyuges no desean continuar con el vínculo matrimonial, cuentan con posibilidades jurídicas para disolverlo como el mutuo acuerdo, o la posibilidad que ambos cónyuges tienen de acudir a la separación de cuerpos para luego de transcurridos dos años, proceder a solicitar el divorcio, restricción que no es desproporcionada si se tiene en cuenta que la finalidad es proteger a la familia y tratar de recomponer el vínculo matrimonial (Corte Constitucional, 2017).

En consonancia con lo anterior, la Corte agregó que, además, los cónyuges conocían las restricciones con las que contraían el matrimonio y que, por tanto, al aceptar este, estaban aceptando por ende estas restricciones.

Finalmente señaló que las limitantes que el legislador imponía al momento de disolver el vínculo matrimonial no perdían de vista la protección a la familia (Constitución Política, art. 42), la dignidad humana (Constitución Política, art.1), los derechos inalienables al sujeto (Constitución Política, art.5) y el libre desarrollo de la personalidad (Constitución Política, art. 16). Y que esta actuación por ende era constitucional, pues el mismo artículo 42 de la Constitución Política señalaba una amplia configuración para el legislador, sobre todo lo pertinente al matrimonio, como su unión, ejecución y disolución.

Así entonces, la Corte, en su Sentencia C-394-17, declaró exequible el artículo de la siguiente manera:

(...) Centrándose con exclusividad en el análisis de mérito del segundo cargo que plantea la demanda, la Corte declarará exequible la expresión “por el cónyuge que

no haya dado lugar a los hechos que lo motivan”, así como la frase “sólo” integrada para conformar la proposición jurídica completa, contenida en el artículo 156 del Código Civil, porque no desconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad del cónyuge que incumple sus deberes, habida cuenta que resulta ser una restricción admisible desde la óptica constitucional y, por tanto, razonable y proporcionada a la finalidad que persigue de proteger la familia constituida mediante el vínculo jurídico del matrimonio (Corte Constitucional, 2017).

Para ir cerrando el análisis de esta sentencia, es importante hacer referencia al salvamento de voto del magistrado Alberto Rojas Ríos, por su estrecha relación con el objeto de estudio, cuyos argumentos los fundamenta en los siguientes 8 pilares.

El primero de ellos se desarrolló en el marco legal del matrimonio que la sala mencionó innumerables veces en esta Sentencia. Frente a ello, el magistrado hizo un llamado de atención, al indicar que el concepto de contrato como matrimonio era un concepto muy anticuado, que iba conforme a los tiempos en el que el Código Civil entró en vigor, rigiéndose a este Código, bajo pilares como la indisolubilidad, la culpa y el cumplimiento.

No obstante, señaló que este principio, en ese marco legal del matrimonio y en el Código Civil respecto a los temas de la familia, desatendían la nueva realidad, advirtiendo que el matrimonio no se podía ver como un contrato de carácter prestacional y culposo, pues más allá de ser un contrato, era un vínculo humano susceptible al cambio y, por ende, la norma debía evolucionar con él.

El segundo argumento se desarrolló haciendo énfasis a la tendencia progresiva mundial en cuanto a eliminar las causales de divorcio. El magistrado aclaró que la razón de la migración mundial de un sistema causalista a un sistema sin causales derivaba del reconocimiento al libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación de cada sujeto, pues ello manifestaba la dignidad humana, no solo del individuo, sino de la pareja y la familia.

Para este magistrado, el derecho comparado permitía identificar lo anterior, y determinar los fundamentos que se podían tener en cuenta de otros ordenamientos jurídicos para la eliminación de las restricciones al momento de invocar el divorcio.

El tercer eje central que expuso el magistrado se vierte en la interpretación de las causales subjetivas, resaltando la diferencia entre las causales objetivas y las subjetivas. Afirma que el derecho a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad eran criterios que no permitían coaccionar al cónyuge a mantener el vínculo, agregando que esto ya había sido reconocido en diferentes sentencias.

Como ejemplo, el magistrado cita las Sentencias C-093 de 2001, C-673 de 2001, C-720 de 2007 y C-862 de 2008, destacando la coherencia de su línea argumentativa al determinar que el concepto de matrimonio se debía alejar del concepto general del contrato solemne, siempre que se vislumbrara una invasión a la intimidad familiar. Además, señaló que, en esa misma línea constitucional, era claro que la Sala ya había tomado un camino, en el cual se consideraba que las causales de divorcio no podían ser desbordantes y limitar la conciencia del individuo que podía variar con el tiempo.

Asimismo, destacó los argumentos de las Sentencias C-1495 de 2000 y C-821 de 2005, donde se advierte que el carácter que tiene el matrimonio como contrato no podía, en ningún momento, forzar a los individuos a que permanecieran unidos. También, resaltó la Sentencia C-985 de 2010, donde el Alto Tribunal, según el magistrado, era claro al afirmar que el divorcio nunca podía ser entendido como una sanción, sino como una decisión de restablecer su vida afectiva y familiar.

En palabras de la propia Corte Constitucional en su sentencia C-985-10:

En concordancia con estas consideraciones, también es necesario entender que el divorcio no es una sanción que el cónyuge inocente impone al cónyuge que incurre en las causales subjetivas previstas en el artículo 154 del Código Civil, sino una decisión dirigida a restablecer su vida afectiva y familiar (Corte Constitucional, Sentencia C-985 de 2010).

En esta base argumentativa, el magistrado concluyó que se debería permitir que los cónyuges demandaran unilateralmente, pues las causales no estaban realmente fundamentadas en la culpabilidad contractual, sino en principios y derechos fundamentales, y no permitirles ello, sería muy gravoso.

Debido a lo anterior, su cuarto eje, consistió en señalar que las causales subjetivas eran unas sanciones y por ende no reestablecían la familia, criticando que la Sala, en su análisis previo, debió hacer un estudio de razonabilidad estricto.

El quinto eje consistió en el indebido estudio de proporcionalidad que la sala desarrolló sobre la limitación que generaba el divorcio. Ante esto, el magistrado expuso que la Corte debió

hacer uso de la proporcionalidad estricta y no de la intermedia, como lo hizo, puesto que la diferencia de trato se estaba fundamentando en la culpabilidad de uno de los cónyuges, que además, muy a su pesar, la Corte no comprendía que los cónyuges fuesen comparables, puesto que ellos mismos eran quienes habían creado el vínculo matrimonial.

Frente a tales consideraciones, el magistrado realizó el test de proporcionalidad en sentido estricto, exponiendo que, primero, la idea de divorcio por causales era idónea, dado que hacía dificultosa su disolución, y también necesaria, puesto que en el periodo en el que entró a regir el matrimonio, no había más herramientas para apoyar un concepto de indisolubilidad. No obstante, enfatizó que no era proporcional, pues para ello, debían ser más las ventajas que las desventajas, y la única ventaja era la unión familiar, advirtiendo que, por otro lado, como desventajas estaba la imposibilidad de construir su plan de vida, la vulneración de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, las consecuencias nefastas para la paz y convivencia familiar, la discriminación y trato desigual entre los cónyuges debido al concepto de culpabilidad, la exhibición de la esfera íntima de la pareja, entre otros. Así lo concluyó el magistrado en esta misma sentencia,

(...) las normas objeto de control, al pretender proteger la finalidad constitucional de la estabilidad familiar a través de la unidad conyugal, afectan en mayor dimensión otros derechos fundamentales como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad e implica una carga desproporcionada sobre la autodeterminación que reduce drásticamente el ámbito de realización de los derechos de uno de los cónyuges (Corte Constitucional, 2017).

Para finalizar este eje, el magistrado señaló dos puntos más. El primero, que la Corte deliberadamente había evitado analizar el derecho a la igualdad en la presente providencia; así lo

expresó: “Este juicio de igualdad que era imprescindible fue evadido por la Corte por supuesta ineptitud sustantiva de la demanda, siendo que la accionante argumentó todas las condiciones jurisprudenciales para su realización.” (Corte Constitucional, 2017)

Y en el segundo, resaltó que no era cierto que las causales objetivas surtieran la posibilidad para todos los cónyuges de disolver el lazo conyugal, puesto que el numeral 9 del artículo 154 del Código Civil, requería un concurso de voluntades, y el numeral 8 requería el pasar de los años, lo que implicaba que durante ese periodo los cónyuges seguían casados contra su voluntad.

El magistrado realizó el sexto eje conforme al estudio de la dignidad humana, señalando que en este ámbito del divorcio, la dignidad consistía en la autonomía del sujeto para decidir si celebraban, preservaban o daban por terminado el vínculo matrimonial, lo cual no lo exoneraba en el divorcio fundamentándose en la culpabilidad e inocencia; y es por ello que vuelve y llama la atención a la Corte en cuanto que se debía alejar de la idea tradicional de contrato, porque de lo contrario, se estará atentando contra este derecho.

El séptimo eje se desarrolló en el estudio de las prestaciones derivadas de la culpabilidad, a lo que el magistrado argumentó que, debido a ellas, el divorcio no podía cumplir con su finalidad de restablecer la vida afectiva a los cónyuges, pues las causales subjetivas le daban la connotación de sanción y ello, finalmente, apreció el magistrado, atentaba contra el núcleo familiar.

El último punto central de argumentación se centró en señalar que las normas del Código General del Proceso no estaban regulando un divorcio fundamentado en la culpabilidad, sino, por el contrario, regulaban un divorcio sin causales, pues el artículo 388 había suprimido el concepto

de “causa probada del divorcio” que consagraba el Código de Procedimiento Civil y el artículo 389, que trataba los requisitos de la sentencia de divorcio, no había señalado la necesidad de especificar causal alguna.

Finalmente, el magistrado, hizo un llamado a avanzar hacia un nuevo concepto de divorcio sin causa, de la siguiente manera

Sobre este aspecto, es de resaltar que el establecimiento del divorcio unilateral no implica el debilitamiento del matrimonio y de la familia, como núcleo de la sociedad; por el contrario, reivindica el compromiso y voluntad permanente como única condición suficiente para la existencia del vínculo (Corte Constitucional, 2017).

2.2.2. Sentencia C-134-19 del 27 de marzo de 2019

El magistrado ponente de la presente sentencia fue el abogado Alejandro Linares Cantillo, y en Sala Plena de la Corte Constitucional se dio respuesta a la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 154 del Código Civil, que presentó la demandante Olga Cecilia Lopera Bonilla.

En esta Sentencia se encuentra el resultado frente a las pretensiones de una demanda en la que se solicitaba declarar la inexequibilidad parcial del artículo 154 del Código Civil, modificado por

la Ley 1° de 1976 y posteriormente por el artículo 6 de la Ley 25 de 1992, debido a que no preveía la posibilidad de divorciarse de manera unilateral.

La Ley 20 de 1974 "por la cual se aprueba el `Concordato y el Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede', suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973, reconoce que la Iglesia católica tiene la potestad de regular el matrimonio canónico y decidir sobre la nulidad de este, decisiones que tendrían plenos efectos civiles en Colombia. En su contenido, señaló que los cónyuges podían invocar unilateralmente la nulidad del matrimonio ante el Tribunal Eclesiástico, sin necesidad de especificar ninguna causal específica para ello.

Este hecho, para la actora, marcaba una desigualdad entre quiénes contraen matrimonio por el rito católico y quiénes lo hacían de manera civil. La demandante no concebía que se castigase a los contrayentes del matrimonio civil sin la posibilidad de divorciarse unilateralmente en un país donde constitucionalmente se encontraba consagrado el derecho a la libertad de cultos (Constitución, 1991, art. 19) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Constitución, 1991, art. 16). Frente a ello, señaló que el matrimonio por rito religioso como civil se regían bajo las normas civiles, y cuando se perfeccionaba el contrato jurídico este generaba los mismos efectos para ambos, salvo en el momento de su terminación, donde los cónyuges que se unieron por el rito civil únicamente podían recurrir a la separación de cuerpos por el tiempo que establecía la norma (Código Civil, art. 154 núm. 8).

En su desarrollo se hizo referencia a las Sentencias C-660 de 2000, C-821 de 2005 y C-985 de 2010, donde las demandas de inconstitucionalidad iban ligadas a la imposibilidad de invocar una causal de divorcio que les permitiera la disolución del vínculo. La demandante las usó para

justificar su pretensión y, trató de resaltar el daño que causaba impedir el divorcio a los hijos, cuando la vida en común se hacía indeseable.

Con respecto al petitum, varios intervinientes realizaron aclaraciones pertinentes sobre el tema: por un lado, el Ministerio de Justicia y del Derecho manifestó que el cargo no estaba llamado a prosperar porque el divorcio en el derecho civil y la nulidad en el matrimonio católico no eran figuras similares; el primero cuestiona la validez y existencia del matrimonio, mientras que el divorcio las asume desde que se invocan, entonces únicamente este se fundamenta en circunstancias sobrevinientes que justifican la disolución del matrimonio.

Siguiendo la misma línea, consideró que al no consagrarse en la ley la posibilidad de divorciarse unilateralmente, se protegían los intereses de los hijos, de los cónyuges y de terceros que pudieren verse afectados con el divorcio, dando a entender que bastaba con las causales de divorcio vigentes.

Sobre ello, la Universidad Libre de Bogotá también se manifestó señalándole a la Corte que debía declararse inhibida por falta de claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia de la demanda. Además, respecto del cargo por violación del artículo 13 de la Constitución Política, señaló que había igualdad toda vez que los consortes del matrimonio religioso como civiles podían invocar las causales de divorcio consagrado en el artículo 154 del Código Civil, razón por la cual era erróneo afirmar que existiese un trato desigual respecto de los contrayentes. Sin embargo, más adelante se contradice al decir que no debían recibir el mismo trato porque se encontraban en situaciones de hecho diferentes. Atendiendo a la omisión legislativa expuesta por la demandante,

advierte que no estaba lo suficientemente fundamentada y que, además, el legislador la había omitido de manera justificada y objetiva, con el fin de garantizar la estabilidad familiar.

La Academia Colombiana de Jurisprudencia recalcó que la religión católica, a diferencia de las demás que operan únicamente bajo el procedimiento civil, se reservaba el derecho a decretar la nulidad del matrimonio (Código Civil, art. 152).

Por último, la misma Academia Colombiana dijo que lo sostenido por la demandante sobre la no necesidad de invocar una causal, no era posible en concordancia con los cánones 1083 a 1107 del Código de Derecho Canónico, pues cuando la Iglesia católica autorizaba alegar la propia culpa, esa nulidad que se pretendía tenía como consecuencia retroactiva declarar la inexistencia del matrimonio, mientras que en el matrimonio civil, la nulidad operaba cuando habían vicios en su celebración y era irretroactiva.

El Instituto Colombiano de Derecho procesal expresó que el artículo 154 del Código Civil era inconstitucional porque atentaba contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y el derecho a formar una familia. En su criterio, el divorcio no debería ser contencioso, invocar en un juicio la causal que dispersa la familia expone la intimidad de sus miembros; de tal manera, no concibe el divorcio como una sanción al cónyuge demandado, sino como una decisión personal que permite rehacer la vida afectiva, siendo este interviniente en pro del divorcio sin causa.

El abogado Helí Abel Torrado Torrado, consideró que la norma impugnada era inexecutable. Por ello trajo a colación la Sentencia C-985 de 2010, la cual precisaba que las causales afectaban

el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en cuanto limitaban a las personas a tomar decisiones que determinasen el curso de su vida. Además, manifestó que el artículo 154 era inconstitucional, pero que existían otras normas que se relacionan y que eran de vital importancia para regular el matrimonio. Finalmente exhorta a la Corte diciendo: “aunque el hecho del divorcio pone fin al vínculo existente entre los esposos, no extingue por completo las obligaciones definidas por la ley”. (Corte Constitucional, C-985-10, 2010)

Según la Corte, la demanda no cumplió con los requisitos de especificidad y suficiencia, dado que se limitaba a decir que las causales de divorcio no eran inconstitucionales, sino que había una omisión legislativa relativa al no haber una norma que permitiese el divorcio sin causa, advirtiendo que había quedado corta para argumentar el por qué era necesario incluirla dentro de nuestro conglomerado normativo. Así lo explicó el Alto Tribunal en la Sentencia C-135, 2019, citado en la Sentencia C-134, 2019:

(...) que la integración compleja del régimen del matrimonio y las particularidades que diferencian a cada una de las causales de divorcio (objetivas y subjetivas), son aspectos que exigen una argumentación específica cuando el demandante pretenda demostrar la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. No cumplir con este requisito, no solo impide que se realice una evaluación de fondo sobre la constitucionalidad de la norma acusada, sino que genera la ineptitud del cargo planteado (Corte Constitucional, 2019).

Por otro lado, consideró que no era viable hacer un juicio de igualdad, ya que el matrimonio católico y el civil eran instituciones distintas, además, implicaba el estudio de las normas que acogían cada religión reconocida por el Estado. Por ello, en nuestro concepto, la Sala había

comprendido que el rasgo de inconstitucionalidad estaba ligado a la ausencia de dicha norma que permitiese el divorcio unilateral, pero era claro que el deber constitucional de protección a la familia era lo que justificaba el establecimiento de las causales de divorcio.

Teniendo en cuenta que la Corte en su jurisprudencia ha dicho que el control de constitucionalidad procede sobre las acciones u omisiones del legislador, en esta sentencia, la insuficiencia argumentativa no permitió que la Corte encontrara un deber específico del legislador en expedir una causal de divorcio unilateral, ni comprender de qué manera la no reglamentación vulneraba el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (Constitución, 1991. art. 16), es decir, que la demandante no tuvo en cuenta el grado de exigencia que semejante petición implicaba.

Las leyes civiles otorgan cierto grado de autonomía a la iglesia, entre estos, da la potestad al Tribunal Eclesiástico para decidir cuándo uno de los cónyuges pretende terminar el matrimonio con fundamento en razones no reglamentadas, caso en el cual, el Tribunal puede considerar procedente las razones y declarar la nulidad del matrimonio (Ley 25, 1992, art.3). Sin embargo, si el Tribunal inicia el proceso de nulidad, inmediatamente notifica al otro cónyuge para ser escuchado en audiencia, y, en tal caso, la adhesión del demandado no impide la ejecución de la sentencia (Lopera,2016). Si el Tribunal declara la nulidad del matrimonio conforme a las reglas de los cánones, dicha decisión tiene plenos efectos civiles. El artículo 147 del Código civil expresa textualmente:

Las providencias de nulidad matrimonial proferidas por las autoridades de la respectiva religión, una vez ejecutoriadas, deberán comunicarse al juez de familia o promiscuo de familia

del domicilio de los cónyuges, quien decretará su ejecución en cuanto a los efectos civiles y ordenará la inscripción en el Registro Civil.

La nulidad del vínculo del matrimonio religioso surtirá efectos civiles a partir de la firmeza de la providencia del juez competente que ordene su ejecución.

Con base en los argumentos expuestos, la Corte se declaró inhibida para propiciar un juicio de constitucionalidad por ineptitud sustantiva de la demanda. (Código Civil, 1873)

2.2.3. Sentencia C-135-19 del 27 de marzo de 2019

El magistrado ponente de la presente sentencia fue el abogado Alejandro Linares Cantillo, y en Sala plena de la Corte Constitucional se dio respuesta a la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 154 y 156 del Código Civil que presentó el demandante Álvaro Janner Gélvez Cáceres.

En esta sentencia, la parte activa solicitó que se declarasen inexecutable los artículos 154 y 156 del Código Civil en cuanto vulneraban los artículos 1, 2, 5, 13, 15, 16 y 42 de la Constitución Política; no obstante, en la Sentencia solo se observaron los argumentos que versaban sobre el derecho a la igualdad, artículo 13 de la Constitución, el derecho a la intimidad familiar, artículo 15 de la Constitución, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, artículo 16 de la Constitución y el derecho sobre la familia, artículo 42 de la Constitución.

El demandante concentró su argumentación en dos ejes centrales por derecho, uno atribuible al artículo 154 y otro al artículo 156 del Código Civil.

Inicialmente, con los argumentos que versan frente al artículo 156 del Código Civil, se señaló que este consagraba la legitimación y la oportunidad legal para presentar la demanda. El artículo reza

Artículo 156. LEGITIMACIÓN Y OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. Modificado por la Ley 25 de 1992, artículo 10. El divorcio solo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales 1a. y 7a., o desde cuando se sucedieron, tratándose de las causas 2a, 3a, 4a, y 5a (Código Civil, 1873).

El demandante señaló que esta norma vulneraba el derecho a la igualdad (Constitución, 1991 art. 13) debido a que no permitía que el cónyuge culpable solicitara el divorcio de las causales subjetivas consagradas en el artículo 154 del mismo código, pues realizaba un trato discriminatorio con el otro cónyuge; además enfatizó que solo el cónyuge ofendido podía solicitar el divorcio subjetivo, atentando contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Constitución, 1991, art. 16), pues no permitía que las personas eligieran de manera libre su estado civil. Finalmente, señaló que vulneraba a la familia (Constitución, 1991, art. 42), dado que la legitimación para solicitar el divorcio comprendía enfrentamientos entre familiares y terceros.

En respuesta a ello, la Corte, por un lado, hizo un análisis breve sobre los argumentos que el actor proponía y determinó que todo lo enunciado referente a los artículos 13 y 16 de la Constitución, ya habían sido resueltos en la Sentencia C-394-17. Pues, encontró identidad en el objeto y en el cargo esgrimido y por ello se atuvo a lo resuelto en la Sentencia mencionada. Por

otro lado, señaló que el derecho de la familia había sido enunciado, más no había sido desarrollado en el presente caso.

Dando continuidad con el tema, los siguientes argumentos expuestos por la parte activa fueron los relativos al artículo 154 del Código Civil, que contiene las causales por las que se puede solicitar el divorcio.

El solicitante, señaló que el artículo 154 del Código Civil también atentaba contra el derecho a la igualdad (Constitución, 1991, art. 13), pues encontraba una diferencia entre los cónyuges que se divorciaban por mutuo acuerdo y los que se divorciaban mediante una causal subjetiva, dado que los primeros podían disolver el vínculo de forma efectiva, mientras que los segundos por no tener el consentimiento del otro cónyuge, no.

Sobre ello la Corte resolvió que de esta argumentación no se podía proferir certeza, ni suficiencia, ni especificidad. No había certeza, pues no fue claro para la Sala cómo era comparable el divorcio por mutuo acuerdo con el divorcio contencioso o sin mutuo acuerdo. Además, señaló que fue ausente el marco general del que se rige el matrimonio, es decir, de todas las normas pertinentes al contrato bilateral y del cual se predicaba una necesidad para estudiar en debida forma la vulneración de este derecho.

Pero la Alta Corporación tampoco encontró suficiencia ni especificidad, puesto que, por un lado, no hubo análisis del actor de cómo era posible contrastar las dos situaciones que se solicitaban para un trato igualitario, ni era posible inferir de la norma una oposición del contenido

acusada. De igual manera, señaló que el mutuo acuerdo y el divorcio contencioso tenían un elemento fundamental que los distinguía, que era el consentimiento.

Asimismo, el actor indicó que se atentaba contra la intimidad familiar (Constitución, art.16) puesto que las causales subjetivas debían ser probadas y eso implicaba que se expusiera la vida privada de los cónyuges. En palabras del Instituto Colombiano de Derecho Procesal “(...) la exposición de la vida íntima en un escenario judicial para obtener el divorcio, atenta contra la dignidad humana y la intimidad de los miembros de la familia” (Corte Constitucional, C-135-19, 2019) y agregó “el juicio de divorcio por causales subjetivas desvela los peores sentimientos de los seres humanos” (Corte Constitucional, C-135-19, 2019).

La Sala, ante los motivos expuestos previamente, señaló que había claridad acerca de cómo las causales de divorcio podían vulnerar el derecho a la intimidad, además, resaltó que se cumplía con su carga argumentativa de certeza en cuanto recaía sobre una proposición jurídica que se desprendía del artículo 154 del Código Civil. No obstante, enfatizó que en su argumentación faltaba suficiencia y especificidad, toda vez que no despertaba mínima duda de su constitucionalidad, pues se “omitió presentar las razones que permitieran a la Corte establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable” (Corte Constitucional, 2019).

Frente a la ausencia de especificidad, señaló que el actor solo hizo referencia al hecho de que las causales en mención tuviesen que ser probadas dentro de un juicio, pero al desarrollar su fundamentación, no mencionó ni estudió cómo estas causales funcionaban de manera individual en el marco contractual, ni los efectos que derivasen de su comprobación. Por ello terminó

inhibiéndose de resolver el presente cargo contra el derecho a la intimidad (Constitución, 1991, art. 15).

Respecto a la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el actor expuso que esto sucedía porque había unas causales para solicitar el divorcio que estaban condicionadas a que fueran probadas, interfiriendo con la autodeterminación de los cónyuges, pues, consideraba que “para declarar la disolución del vínculo matrimonial basta con que cualquiera de los cónyuges lo soliciten, sin necesidad de expresar motivo alguno” (Corte Constitucional, C-135-19, 2019).

Asimismo, señaló de forma aislada, la categoría que ostentaba el matrimonio como contrato solemne y referenció que de esta, no se podía proferir que “las cosas se desasen como se hacen” pues no se podía desconocer los derechos inalienables a la persona (Constitución, art. 5, 1991), de lo contrario, se vulneraría el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues “obligar [a la persona] a estar jurídicamente vinculada con quien no quiere o no desea estar vinculado, por ende, son innecesarias las formalidades denominadas causales de divorcio” (Corte Constitucional, C-135-19, 2019).

El Alto Tribunal, ante la argumentación que se expuso, resaltó que se cumplía con el criterio de claridad, dado que permitía inferir cómo este artículo afectaba presuntamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Constitución, 1991, art. 16), señalando, además, que había certeza en su argumentación en cuanto permitía inferir en la norma lo enunciado.

Sin embargo, estableció que, a pesar de lo anterior, no encontraba pertinencia en la argumentación, toda vez que se basaba en la necesidad del divorcio unilateral en el ordenamiento

jurídico colombiano, derivado en argumentos “de conveniencia y no de naturaleza constitucional, por lo que no era posible declarar que el demandante había construido un cargo pertinente” (Corte Constitucional, 2019).

La Sala tampoco observó que cumplierse con su carga argumentativa respecto a la especificidad y suficiencia, por cuanto no hubo un análisis conectado con las causales legales y el modelo del matrimonio, como lo es el contrato. Señaló que además no se había realizado un estudio individual de cada causal frente al marco legal que se mencionó, por lo que tampoco despertó duda alguna sobre su constitucionalidad.

Por otro lado, sobre la familia (Constitución, 1991, art. 42) el solicitante señaló que el divorcio con causales generaba enfrentamientos y, que, si estas no estuviesen, ellos se podrían evitar entre personas y familias, y agregó que:

(...) En ese orden, (...) el “divorcio sin causales” es una medida necesaria para: (i) garantizar que la persona elija libremente su estado civil y, en efecto, materialice los planes de vida que estime convenientes; (ii) evitar los enfrentamientos entre personas y familias; y (iii) prevenir la comisión de conductas delictivas en contra de los cónyuges y de los hijos (acceso carnal, acto sexual, violencia intrafamiliar, entre otros). (Corte Constitucional, 2019).

Ante ello, la Corte consideró que el actor no tuvo desarrollo argumentativo alguno en el que se pudiera materializar un estudio sobre la familia.

Por todos los motivos expuestos, la Sala se inhibió de tratar el segundo cargo enunciado por ineptitud en la demanda.

2.2.4. *Sentencia C-589-19 del 05 de diciembre de 2019*

El magistrado ponente de la presente sentencia fue el abogado Antonio José Lizarazo Ocampo, y en Sala Plena de la Corte Constitucional se dio respuesta a la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 9 del artículo 6 de la Ley 25 de 1992, que presentó la demandante Andrea del Pilar Rojas.

La demanda atacó la exequibilidad de la expresión “de ambos cónyuges”, contenida en la causal de divorcio por mutuo consentimiento ante juez competente, descrita en el numeral 9 del artículo 154 del Código Civil, con fundamento en la afectación a los derechos fundamentales a la igualdad (Constitución, 1991, art. 13) y al libre desarrollo de la personalidad (Constitución, 1991, art. 16).

Inicialmente señaló que el derecho de igualdad protegía el derecho de todo sujeto a tomar decisiones y determinar el curso de su vida, agregando que dentro de esas decisiones se encontraba la vida marital de los cónyuges y que cuando esta empezaba a sufrir resquebrajamiento, estos deberían poder tener la libertad de tomar las decisiones pertinentes.

Por otro lado, la parte actora resaltó que la expresión “ambos cónyuges” limitaba la voluntad de quien quería divorciarse sin el consentimiento del otro, señalando que tal restricción carecía de toda razonabilidad y desproporcionalidad, pues todas las personas deberían tener la autonomía de tomar sus propias decisiones y más en un ámbito tan importante como su estado civil. Finalmente,

enfaticó que no permitirles tomar estas decisiones, generaba una coacción para el cónyuge de continuar en un vínculo que no deseaba, lo cual resultaba perjudicial para la paz y la convivencia familiar, refiriéndose en los términos del salvamento de voto del magistrado Alberto Rojas, en la decisión de la Sentencia C-394 de 2017.

A continuación, las opiniones de quienes solicitaron la adopción de una decisión inhibitoria

La organización Colombia Diversa en su escrito solicitó que la Corte se declarase inhibida o, subsidiariamente exhortara al Congreso de la República para que legislara todo lo concerniente a la aplicación de un eventual divorcio unilateral.

Dio apertura a su concepto indicando cifras y estudios sobre la distribución de las labores del cuidado en Colombia, los cuales, en su análisis, concluían que las mujeres estaban en desventaja económica para negociar con su pareja, y mencionó que era un descuido de la demandante no haber planteado esta realidad. Explicó el régimen de divorcio y su desarrollo legislativo, haciendo alusión sobre varios aspectos que se relacionan y que, a su parecer, eran mínimos necesarios que según la jurisprudencia debieron ser incluidos en los cargos para permitir su análisis.

Asimismo, señaló que el cargo por violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad era de carácter global, advirtiendo que la demanda no había mencionado por qué el contenido de la norma impugnada carecía de justificación y razonabilidad. Adicionalmente, indicó que la demanda no tuvo en cuenta normas que eran necesarias para el análisis de constitucionalidad.

El Ministerio de Justicia y del Derecho planteó que la demanda carecía de certeza, suficiencia y pertinencia. Afirmó que la demandante no justificó debidamente sus argumentos, de manera que no expuso las razones por las cuales el legislador tenía el deber específico de reglamentar un divorcio unilateral, agregando que no había logrado generar una percepción distinta a esta Entidad, y su posición se mantuvo en defensa de la constitucionalidad de la norma. Para el Ministerio de Justicia y del Derecho la inexistencia del divorcio unilateral alimentaba la confianza legítima de los consortes que se casaban para cimentar un proyecto en común.

Uno de los conceptos se vertió exclusivamente en solicitar la declaratoria de exequibilidad.

La Universidad Sergio Arboleda solicitó la declaratoria de exequibilidad, pues el mutuo disenso era congruente con el principio según el cual “las cosas se deshacen como se hacen”; advirtió que la ausencia de una causal de divorcio sin causales no implicaba la inconstitucionalidad de la expresión demandada, pues había otras tantas causales no contempladas como “la falta de amor”.

Veamos ahora los conceptos que solicitaron la declaratoria de inexequibilidad.

Inicialmente, encontramos la coordinadora Académica de la Especialización en Derecho Civil y de Familia de la Universidad del Norte, que propuso realizar un test de proporcionalidad evaluando tres criterios: El primero, la idoneidad al observar si la petición contribuía a la especial protección de la familia que se conforma dentro de un ámbito de libertad, que permite a las personas escoger su compañero de vida y edificar proyectos, añadiendo que por ello las normas debían respetar esa libertad para el momento en que fuera necesario un divorcio.

El segundo criterio fue el de necesidad, considerando que el consenso para divorciarse no era necesario; a su parecer no protegía a la familia, sino que distorsionaba la armonía, pues obligar a un cónyuge a permanecer en el matrimonio generaba malestar en los miembros de la familia, dando a entender que querer divorciarse era parte de la vida de un individuo. Agrega que tampoco protegía a los hijos, pues después del divorcio seguían siendo exigibles los derechos y obligaciones parentales, y para tal hecho existía un régimen independiente al matrimonio.

El tercer criterio es la proporcionalidad en sentido estricto. Para la interviniente la expresión demandada obligaba a los cónyuges a permanecer en el matrimonio cuando no existiese consenso, lo que violaba el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, y también ponía en riesgo al hijo que se realizaba en un hogar que se había convertido en disfuncional cuando alguno de sus padres tuviera la iniciativa de divorciarse y fuere obligado a permanecer en el.

El Instituto Colombiano de Derecho Procesal recordó que la causal de divorcio por mutuo acuerdo había sido introducida a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 1ª de 1976. De la inconstitucionalidad indicó que todas las causales de divorcio tenían esta connotación, en cuanto atentaban contra el derecho a la intimidad, a conformar una familia y al libre desarrollo de la personalidad. Anunció que el divorcio in causado estaba en tendencia porque prevenía malestares entre los miembros de la familia y evitaba el sufrimiento de un divorcio contencioso, que en últimas lo que declaraba era una condena de alimentos, que, sin necesidad de este, se podía regular por pensiones compensatorias o solidarias. Concluyó su intervención diciendo que la norma debería ser declarada inexecutable o subsidiariamente executable.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, conceptuó que en vista de que las causales de divorcio tenían reserva legal, el legislador tenía una amplia potestad para regular el divorcio unilateral, siempre que respetara la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la inalienabilidad de los derechos de los cónyuges, pues obligar a las personas a estar casadas desprotegía el derecho a la libertad y podía causar inestabilidad emocional a los cónyuges e hijos.

Abordó la diferencia entre familia y matrimonio, argumentando que el divorcio no conllevaba a la terminación de la unidad familiar, sino a su transformación en un modelo de familia distinto. Seguidamente, expresó que el divorcio debía proteger a los niños, niñas y adolescentes y es por esto que solicitó la inexequibilidad diferida a 3 años, con el fin de que el Congreso de la Republica tuviese un tiempo prudente para pensar en una regulación garante de los derechos de los menores de edad.

El concepto de la Academia Colombiana de Jurisprudencia se caracterizó por dos interpretaciones de la Corte Constitucional:

- i. La norma no vulneraba la Constitución porque el legislador tenía el poder de configuración legislativa. Según la Sentencia C-394 de 2017, el mutuo consentimiento como causal de divorcio no vulneraba el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues quienes se casaban también consentían en las formas de divorcio, además, esta causal de divorcio obedecía al principio “en derecho las cosas se deshacen como se hacen”. Las sentencias C-746 de 2011 y C-134 de 2019 imprimieron que las causales de divorcio protegían el matrimonio de problemas de

pareja superables. No obstante, dijo que la eliminación de la causal de divorcio por mutuo consentimiento conllevaría a la eliminación de las demás causales.

ii. En contraposición, la segunda interpretación sostenía que la causal de divorcio por mutuo acuerdo vulneraba el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la vigencia de esta norma desprotegía los miembros de la familia al exponerlos al estrado judicial, escenario que atentaba contra la dignidad y privacidad de la familia, mientras que el divorcio sin causales era más económico, en el sentido que evitaba atravesar tales circunstancias desafortunadas.

En vista de que el interviniente solicitó la inexecutable de la norma, este se acogió a la segunda interpretación jurisprudencial y defendió la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

La Defensoría del pueblo enunció que la norma impugnada había entrado en vigor desde hacía más de 140 años, en un tiempo muy diferente al actual, en que se respeta primordialmente la libertad del individuo. La causal de mutuo consentimiento obligaba a mantener el vínculo si no se llegaba a un consenso donde el *animus* de ambas partes fuera divorciarse, sin importar que una de ellas insistiese en él, y que, por lo tanto, semejante limitación vulneraba el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Adicionalmente, sostuvo que la casual no protegía a la familia, ya que podía causar daños emocionales en los individuos. Incluso, al igual que lo manifestó el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, advierte que la norma desprotegía otro tipo de familia, al centrarse únicamente en la unidad conformada dentro de un matrimonio. Para finalizar, trajo a colación la tendencia latinoamericana a reconocer el divorcio unilateral.

La abogada de familia, Catalina del Pilar Cardozo Arango, solicitó la declaratoria de nulidad. Para justificarla, citó varias normas internacionales con el fin de mostrar que las personas eran libres de decidir para casarse o divorciarse, y obviamente para formar una nueva familia; derecho que se encontraba limitado por las normas de orden público que regulaban el divorcio.

Según su opinión, el régimen de divorcio-sanción tenía consecuencias negativas como alimentos y revocación de donaciones, y no consagraba más causales comunes por las que una persona quisiera divorciarse con plena razón; la abogada sugirió una nueva regulación del divorcio orientado hacia el remedio y que velara por la dignidad, la libertad y la igualdad de las personas.

Considerando todo lo mencionado, la Corte comenzó el estudio de la demanda, encontrando que esta fue procedente con base al principio de *pro actione*, pues en su contenido generó incertidumbre respecto de la constitucionalidad de la norma, aunque no cumplió con los mínimos de procedibilidad, de suficiencia y especificidad, razón por la cual se declaró inhibida.

El Alto Tribunal, en las Sentencias C-1052 de 2001 y C-856 de 2005, precisó que había *suficiencia* cuando la demanda despertara duda sobre la exequibilidad de la norma demandada; y *especificidad* cuando demostrara cómo la norma era contraria a los preceptos constitucionales. Partiendo de ello, la Corte observó que no eran suficientes las normas aducidas por la demandante para realizar el debido estudio de constitucionalidad, pues el divorcio era una amplia institución y, por tanto, la demanda no debió ignorar elementos pertinentes aplicables a la norma impugnada para su confrontación con la Constitución Política.

Para la Corte, la demandante no demostró por qué se configuraba la presunta inconstitucionalidad planteada a pesar de que el matrimonio era un contrato de carácter civil cuya disolución se regía por un régimen de causales, ni cuáles serían los efectos de la eventual inexequibilidad en el régimen de alimentos, ni respecto de otras consecuencias que el legislador atribuyó a la disolución del matrimonio, ni tampoco si se afectaban o no las reglas de competencia para decretar la disolución. Esto es, no precisó si pretendía que se tratara de una causal objetiva o con culpa, decretada judicialmente o viable a través de notaría, o los efectos en los alimentos, entre otros aspectos esenciales de la controversia (Corte Constitucional, C-589-19, 2019).

Asimismo, la Corte explicó que el divorcio, en principio, se decretaba por sentencia judicial y, según el artículo 160 del Código Civil, tenía como efectos disolver el vínculo del matrimonio civil, cesar los efectos civiles del matrimonio religioso y disolver la sociedad conyugal. Sin embargo, mantenía vigentes los derechos y deberes de los cónyuges respecto de los hijos comunes “y, según el caso, los derechos y deberes alimentarios de los cónyuges entre sí” (art. 160 Código Civil). (Corte Constitucional, 2019).

La Corte ahondó en jurisprudencia propia en la que, si bien a su criterio los cónyuges se unían por mutuo consentimiento, asumían las formas de disolución que las normas civiles consagraban. Siguiendo la idea, advirtió que de conformidad con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, no se podía obligar a una persona a mantener el vínculo matrimonial, para tal efecto había causales que permitían la ruptura y que no eran desproporcionadas cuando se trataba de proteger la familia, remitiendo de nuevo al divorcio por mutuo acuerdo y a la separación de cuerpos.

Finalmente, la Corte resuelve inhibirse de fallar por ineptitud sustancial de la demanda.

2.3. Posición de la Corte Constitucional sobre el Divorcio Unilateral

La Corte Constitucional ha mantenido una negativa constante en su línea argumentativa frente a la posibilidad de implementar el divorcio sin causa en Colombia. Muestra de ello son las sentencias expuestas previamente, en las cuales se vislumbra un razonamiento que tiene fundamento en tres pilares:

El primero, consiste en la constitucionalidad de las causales subjetivas en el conglomerado normativo colombiano, donde señala que dichas causales tenían sentido en cuanto protegían a la familia, incentivaban la estabilidad familiar y el cumplimiento de los deberes conyugales; además no considera que se estuviese atentando contra los derechos de los contrayentes, dado que estos conocían las limitaciones con las que estaban obteniendo nupcias, y en caso dado, podían optar por el mutuo acuerdo o por la causal objetiva de separación de cuerpos.

Posteriormente, resaltó que a los cónyuges “culpables” e “inocentes” no era viable tratarlos como iguales, en cuanto uno cumplía sus deberes conyugales y el otro no.

No obstante, es importante señalar que, previo al análisis enunciado, la Corte ya había realizado una construcción relativa a este tema donde había señalado que una forma de respetar los derechos constitucionales de los cónyuges era no obligarlos a mantener un vínculo conyugal. Así lo señaló en las sentencias: T-090-96, C-660-00 y C-985-10. Además, en estos mismos fallos enfatizó que

el fin del divorcio no podía ser una sanción, sino que, por el contrario, debía permitir que estos rehicieran su vida, buscando la eliminación de la diferenciación frente a la culpabilidad.

En oposición a esta línea argumentativa, el magistrado Alberto Rojas Ríos hace referencia cuando se lamentó de que la Sala se hubiera alejado de la construcción progresista que venía realizando. Y agregó que había evadido el estudio del cargo a la igualdad, pues no había argumentos de carga para sostener que la culpabilidad era un término de diferenciación constitucional en cuanto el artículo 13 de la Constitución.

El segundo punto base que desarrolló la Corte consistió en la ausencia de estudio de todos los solicitantes, al no unificar el concepto de contrato matrimonial en el divorcio. No obstante, en las sentencias mencionadas se observa una argumentación absolutamente civilista en el tema, dejando a un lado los matices constitucionales que el mismo Tribunal había llamado a ser tenidos en cuenta, puesto que tal contrato matrimonial debía tener de por medio los derechos fundamentales de la dignidad humana, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad e igualdad de trato.

El tercer punto es la amplia configuración que el artículo 42 de la Constitución Política le otorgó al legislador colombiano, puesto que él es el encargado de disponer las herramientas necesarias para que los cónyuges puedan disolver el vínculo matrimonial sin necesidad de acudir a tormentosos procesos.

Frente a todo lo expuesto, se puede intuir que la Corte Constitucional ha estado buscando hacer la institución del matrimonio y la del divorcio un poco más flexibles para que pudieran irse

ajustando a los cambios de la sociedad. Sin embargo, una vez se le solicitó que abriese las puertas para el ingreso del divorcio sin causa en el ordenamiento jurídico, la Alta Corporación volvió a una argumentación mucho más estricta, con miras posiblemente a respetar la amplia configuración que la Carta Política le concedió al legislador en estos temas.

2.4. Proyectos de Leyes C408 de 2020 y P.L C050 de 2021 que proponen incorporar el Divorcio Incausado en Colombia y sus fundamentos

En los últimos años, la Cámara de Representantes ha presentado y tramitado dos proyectos de Ley que han pretendido la incorporación del divorcio sin causas o unilateral en el ordenamiento jurídico colombiano: el Proyecto de Ley C408 de 2020 y el Proyecto de Ley C050 de 2021. Veámoslos:

2.4.1. Pliegos propuestos en los Proyectos de Ley C408 de 2020 y C050 de 2021

El 10 de septiembre de 2020, la Cámara de Representantes presentó el Proyecto de Ley C408 de 2020, pero fue archivado el 15 de abril de 2021 en plenaria de la Cámara de Representantes (Cámara de Representantes (s.f.)), con 78 votos en contra y 70 a favor (Cortes, 2021).

Posteriormente, el 20 de julio de 2021, fue radicado el Proyecto de Ley C050 de 2021, el cual contenía consideraciones similares al texto propuesto en el Proyecto C408 de 2020; sin embargo, a este pliego se le realizaron unas modificaciones durante el primer y segundo debate. Finalmente, este fue aprobado el 20 de septiembre de 2022 en plenaria de la Cámara de Representantes y, en la actualidad, se encuentra en trámite en el Senado. Por ello, se debe estar atentos a futuros señalamientos por parte del Senado.

En este orden de ideas, a continuación, se expondrán el pliego propuesto en segundo debate del proyecto archivado y el texto aprobado del Proyecto C050, en un cuadro sinóptico, para una mejor comprensión y con algunos comentarios personales.

Pliego propuesto en segundo debate del Proyecto de Ley C408 de 2020 (Archivado)	Texto definitivo del Proyecto de Ley C050 de 2021 en Cámara (Aprobado)	Anotaciones
En el título, se señaló que por medio de este se “permite el divorcio y la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso por la sola voluntad de cualquiera de los cónyuges y se dictan otras disposiciones” (Segundo Debate P.L. C408-20, 2020)	En el título, señala que mediante este proyecto “se permite el divorcio y la cesación de efectos civiles del matrimonio civil y religioso por la sola voluntad de cualquiera de los cónyuges y se dictan otras disposiciones”. (Gaceta del Congreso, P.L. C050-21, 2022)	Se agrega la palabra “civil” resaltada en el segundo recuadro.
Objeto central “incorporar a la legislación civil una causal que permita el divorcio y la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, sin culpabilidad , por la sola manifestación de voluntad de cualquiera de los cónyuges.” (Segundo Debate P.L. C408-20, 2020, art. 1)	Su objeto central es “incorporar a la legislación civil una causal que permita el divorcio y la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso y civil , por la sola manifestación de la voluntad de cualquiera de los cónyuges.” (Gaceta del Congreso P.L. C050-21, 2022, art. 1).	El objeto del Proyecto C050, al igual que el título, señala que su objetivo es el divorcio y la cesación de efectos civiles de los matrimonios religiosos y civiles, tal como se observa en el título, en el recuadro previo. Por otro lado, el proyecto C050,

		elimina el concepto “sin culpabilidad” resaltado en el primer recuadro, que se leía en el texto del primer proyecto archivado.
<p>En el artículo 2 se procuró la implementación del divorcio sin causa como numeral 10.</p> <p>Adiciónese un numeral nuevo al artículo 154 del Código Civil, como numeral 10, el cual quedará así:</p> <p>ARTICULO 154. CAUSALES DE DIVORCIO. Son causales de divorcio:</p> <p>(...)</p> <p>10. La sola voluntad de cualquiera de los cónyuges a través de una propuesta de divorcio. (Proyecto de Ley C408 de 2020, art. 2)</p>	<p>El artículo 2 propuso adicionar el divorcio sin causal en un numeral 10 dentro de las causales de divorcio contenidas en el artículo 154 del Código Civil, estableciendo como causal de divorcio: “La sola voluntad de cualquiera de los cónyuges” (Gaceta del Congreso P.L. C050-21, 2022, art. 2).</p>	<p>Este artículo suprime el concepto de que la voluntad del cónyuge deba ser a través de una propuesta de divorcio, tal como se resalta en el primer recuadro.</p>
<p>En el artículo 3 señaló que se modificaría el artículo 156 del Código Civil.</p> <p>Estableciendo que en el caso del numeral 10^a, el divorcio podría ser alegado por cualquiera de los</p>	<p>El artículo 3 resalta que se modificará la legitimación y oportunidad para presentar la demanda (Código Civil, art 156)</p> <p>Propone que el numeral 10 del artículo 154 del Código fuera una</p>	<p>La legitimación y oportunidad para presentar demanda de divorcio conforme el numeral 10 que se pretende adicionar, es</p>

<p>cónyuges y en cualquier momento, pero, para los otros numerales mantuvo la legitimidad exclusivamente al cónyuge inocente, además señaló que la propuesta de demanda de divorcio sin causa debía estar acompañada por una propuesta “de las medidas que hayan de regular los efectos derivados del mismo.” (Proyecto de Ley C408 de 2020, art. 3)</p> <p>Esta propuesta deberá contener por lo menos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Las obligaciones alimentarias entre ellos, si es el caso. - La liquidación de la sociedad conyugal. - La eventual compensación 	<p>excepción sobre la legitimidad exclusiva del cónyuge inocente para solicitar el divorcio, y que por tanto cualquiera de los cónyuges podría presentar demanda de divorcio en cualquier momento, acompañándolo con una propuesta sobre los efectos de la misma solicitud.</p> <p>Además, agrega a este artículo del Código que “El demandado sólo podrá oponerse al contenido de la propuesta de divorcio, proponiendo una distinta.” (Gaceta del Congreso P.L. C050-21 2022, art. 3) (Resaltado por fuera del texto original)</p> <p>Finalmente señala que la propuesta de divorcio deberá contener por lo menos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Las obligaciones alimentarias entre ellos, si es el caso. - La liquidación de la sociedad conyugal - Si hubiere hijos, la propuesta también 	<p>igual en ambos proyectos de ley, en los cuales señalan que se debe acompañar con propuesta reguladora.</p> <p>Por otro lado, el proyecto de Ley C050 de 2021, agrega en este artículo del Código Civil, que se puede oponer a la propuesta de divorcio proponiendo una causal distinta, tal como se resalta en el segundo recuadro. Esta anotación estaba incorporada en el artículo 4 del proyecto anterior.</p>
--	---	--

<p>económica entre ellos, si es el caso.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Si hubiere hijos, la propuesta también comprenderá la forma como contribuirán los padres a su crianza, educación y establecimiento, precisando la cuantía de la obligación alimentaria. - Custodia y cuidado personal de los menores y régimen de visitas y su periodicidad <p>El juez podrá exigirle al cónyuge solicitante la constitución de garantías reales o personales para el cumplimiento de lo contenido en su propuesta de divorcio. (Proyecto de Ley 408 de 2020, art. 3)</p>	<p>comprenderá la forma como contribuirán los padres a su crianza, educación y establecimiento, precisando la cuantía de la obligación alimentaria.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Custodia y cuidado personal de los menores y régimen de visitas y su periodicidad. (Gaceta del Congreso P.L. C050-21, 2022, art. 3) 	<p>Además, el proyecto de ley de 2021 eliminó del contenido de la propuesta de divorcio el concepto de compensación económica resaltado en el primer recuadro, y, asimismo, suprimió la posibilidad de que el juez solicitara garantías reales o personales. Ver resaltado.</p>
<p>En el artículo 4 se buscaba modificar los efectos del divorcio (Código Civil, art.160) en caso de que fuese sin causa</p>	<p>En su artículo 4to propuso la forma cómo se regularían los efectos del divorcio sin causa</p>	<p>El proyecto C050 replicó parcialmente el artículo propuesto en el proyecto archivado,</p>

<p>(...) Cuando el divorcio (...) fuere solicitado bajo la causal 10ª, el demandado sólo podrá oponerse al contenido de la propuesta de divorcio, proponiendo una distinta.</p> <p>(...) el juez evaluará el contenido de ambas propuestas para verificar que se garanticen los derechos de las partes involucradas, de los hijos e hijas, procurando la obtención de un acuerdo.</p> <p>A falta de acuerdo, (...) el juez determinará las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la sentencia de divorcio (...) (Proyecto de Ley 408 de 2020, art. 4)</p>	<p>(...) Modifíquese el artículo 160 del Código Civil, el cual quedará así: (...) Cuando el divorcio (...) fuere solicitado bajo la causal 10ª el demandado solo podrá oponerse al contenido de la propuesta de divorcio, proponiendo una distinta, o bien demandar en reconvencción cuando la parte actora haya incurrido en alguna de las causales 1,2,3,4,5 y 7 contempladas en el artículo 158 del Código Civil.</p> <p>En todo caso, el juez evaluará el contenido de ambas propuestas para verificar que se garanticen los derechos de las partes involucradas y de los hijos e hijas, procurando un obtener un acuerdo.</p> <p>Este último se acogerá a las medidas procesales y</p>	<p>agregando que el demandado además de oponerse al contenido podía demandar en reconvencción por las causales, creemos que, de divorcio, pues se lee que es el artículo 158 del Código, pero sustraemos que es un error involuntario de redacción numérica. Obsérvese lo resaltado en el segundo recuadro.</p> <p>Por otro lado, mantiene el concepto de que el juez deberá evaluar las propuestas en conjunto y la necesidad de que se procure un acuerdo entre las partes. Ver resaltados en ambos cuadros.</p> <p>Adicionalmente, el texto aprobado agregó que el juez se deberá</p>
---	--	--

	<p>probatorias de la causal alegada en reconvención.</p> <p><u>A falta de acuerdo el juez determinará las medidas (...)</u> (Gaceta del Congreso P.L. C050-21, 2022, art. 4)</p>	<p>guiar por las medidas procesales de la causal alegada en reconvención y le da la facultad para que, de oficio, pueda determinar un acuerdo en caso de ausencia del mismo, tal como se resalta en el segundo recuadro. Ver resultado.</p>
<p>El artículo 5 proponía implementar un nuevo artículo dentro del Código civil, referido 160A, donde se incorporaban unas compensaciones económicas relativas al desequilibrio patrimonial de alguno de los cónyuges como consecuencia del divorcio, esta podía ser:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Acordada por las partes o fijada por el juez a petición de parte. - Una renta temporal y determinada, o en cualquier tipo de compensación 	<p>En el artículo 5 se propone adicionar un numeral 11 al artículo 411 del Código Civil que establece las obligaciones alimentarias profiriendo una para los cónyuges que utilizarán el divorcio sin causa.</p> <p>En este texto se señala que “(...) Se deben alimentos: (...) 11). Al cónyuge al que por ocasión de divorcio tramitado bajo la causal 10ª, carezca de medios de subsistencia”. (Gaceta del Congreso P.L. C050-21, 2022, art. 5)</p>	<p>El proyecto C050 elimina toda consideración respecto a la compensación económica y, por el contrario, señala una obligación alimentaria ante la causal número 10. Véase los resultados en ambos cuadros.</p>

<p>Además, estableció los criterios para que el juez, pudiese fijar la compensación, dependiendo de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La dedicación que cada cónyuge brindó a la familia durante la vigencia del matrimonio. - La edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos. - El estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial. - La capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de la parte que solicita la compensación económica. - La colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. <p>Parágrafo. La compensación económica podrá solicitarse</p>		<p>Con relación a dichos alimentos, en el divorcio sin causa no</p>
--	--	---

<p>dentro del proceso de divorcio o hasta doce (12) meses después de ejecutoriada la sentencia de divorcio. (Proyecto de Ley 408 de 2020, art. 5)</p>		<p>se observa un plazo estipulado para que se puedan cobrar; a diferencia de lo que ocurría en el proyecto anterior, con relación a la compensación económica. Véase resaltado en el primer cuadro.</p>
--	--	---

2.4.2. *Fundamentación de las Propuestas*

Teniendo claridad de las modificaciones y adiciones normativas que se estaban proponiendo en el Proyecto C408 de 2020 y las que propone el Proyecto de Ley C050 de 2021, es importante señalar que ambas fundamentan la implementación del divorcio sin causa en Colombia en el respeto de ciertos principios constitucionales que se concretan en: la dignidad humana, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de la voluntad.

Sobre ello, la Cámara procedió a explicar cuál era el problema que se estaba buscando resolver con este proyecto. Posteriormente, hizo unas apreciaciones jurisprudenciales sobre los fines del divorcio y su necesidad de una nueva causal, para concluir con una valoración sobre el fin del Estado y su conexión con el divorcio unilateral.

Inicialmente, señaló que este proyecto de ley era fundamental, por cuanto las disposiciones legales vigentes iban en contravía de la Constitución de 1991 y de la nueva sociedad colombiana que era diversa, pluralista y moderna. Por ende, la Cámara, en su justificación para presentar el

proyecto de ley, señaló que actualmente el artículo 154 del Código Civil, y su concepción de culpa y sanción, vulneraban ciertos mandatos constitucionales, como son: la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (P.L. C408-20, 2020), además que invadían la esfera íntima de los cónyuges cuando no deseaban compartirla (P.L. C050-21, 2021). En palabras del órgano representativo

Esta situación afecta los derechos de los ciudadanos que sin tener una causal objetiva o subjetiva de divorcio quisieran acceder al fin del vínculo matrimonial, pero también para aquellos que, aun teniendo causales objetivas y subjetivas que justifican su divorcio, deciden no invocarlas por respeto a su intimidad o por cualquier otra circunstancia (P.L. C050-21, 2021).

Asimismo, predicó que por ello se debía realizar una actualización a la institución matrimonial, para que fuese acorde con la sociedad actual, pues Colombia era un Estado pluralista que reconocía diferentes modelos de vida, y que, por tanto, no se podían conservar unas causales taxativas que no contemplaran la manifestación unilateral para disolver el vínculo matrimonial, dado que este debería ser la causa suficiente para solicitar el divorcio. Argumento que se refleja de la siguiente manera

(...) Estas concepciones de culpa y sanción vulneran el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad por cuanto este derecho, que se manifiesta en la solicitud de 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 (Ley 15, 2005) (P.L. C408 de 2020).

Luego, la Cámara indicó que durante varios años se había señalado cuáles eran las obligaciones que se derivan del matrimonio y el deber del Estado y la sociedad por proteger la institución familiar; no obstante, aclaró que ya era evidente que ese deber no era suficiente para obligar a un individuo a mantener un vínculo matrimonial en contra de su voluntad. Sobre ello, resaltaron que comparten la apreciación de la demandante de la Sentencia C-394 de 2017, donde señaló “disolver el vínculo matrimonial y con ello permitir que los cónyuges restablezcan sus vidas en aras de que cada uno pueda desarrollarse libremente como persona y escoger su estado civil” (Corte Constitucional, C- 394-17,2017).

En este orden de ideas, enfatizaron que la necesidad de una nueva causal derivaba en razón de que la ausencia de una causal unilateral limitaba drásticamente, como ya se mencionó, unos mandatos constitucionales, y compartieron lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-985 de 2010, que mencionó “obligar a una persona a permanecer casada aún en contra de su voluntad restringe de manera drástica sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad a la dignidad en su faceta de autodeterminación” (Corte Constitucional, C-985-10, 2010).

Sobre ello, este órgano representativo expuso que la ley no debería poder inmiscuirse en la decisión de los cónyuges de divorciarse unilateralmente bajo criterios anticuados, como lo era el incumplimiento de un contrato o la culpabilidad, que a todas luces eso era inconstitucional dado que se estaba vulnerando la libertad de los contrayentes que debería estar presente, no solo en la celebración del matrimonio “sino en su disolución” (Corte Constitucional, C-985 de 2010, 2010).

Posteriormente, la Cámara hizo un recorrido constitucional en varias sentencias, entre ellas, las Sentencias T-090 de 1996, C-660 de 2000, T-881 de 2002, C-985 de 2010, C-394 de 2017, con el propósito de entender y hacer claridad en cuanto a cuál era el fundamento y entendimiento del derecho a la dignidad humana, la autonomía de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

Igualmente, señalaron que la decisión de celebrar, mantener o dar por terminado el matrimonio era una decisión íntima que se materializaba en el derecho al libre desarrollo de la personalidad e imponerle cualquier barrera era inconstitucional. Agrega que, también se estaba vulnerando la dignidad humana por cuanto este derecho tenía relación con la libertad personal y no se le estaba permitiendo a los cónyuges crear su propio destino. Además, señaló que dicha dignidad humana era un principio fundante dentro del ordenamiento jurídico, y por tanto no se podía dejar a un lado.

Para sintetizar lo expuesto en los párrafos anteriores, la cámara se sirvió del siguiente fragmento de la Sentencia C-660 de 2000: 5

(...) buscar proteger la dignidad humana, el principio de 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, por las mismas razones por las cuales resulta imposible coaccionarlos para que lo contraigan, aunadas con el imperativo constitucional de propender por la armonía familiar, necesariamente resquebrajada cuando un conflicto en la pareja conduce a uno de sus integrantes, o a ambos, a invocar su disolución (Corte Constitucional, C-660-00, 2000).

Finalmente concluyeron que la implementación del divorcio unilateral en Colombia no buscaba desproteger la familia, sino permitir el respeto por los mandatos enunciados a lo largo del presente motivo del proyecto. En el Segundo Debate P.L. C050-21, 2021 de la Cámara:

(...) Finalmente, con la implementación del divorcio incausado/unilateral en Colombia no busca desproteger a las familias, ni facilitar la división familiar, sino permitir el respeto por la libertad individual y la autonomía para quien decide dejar de estar en un matrimonio. La búsqueda del fortalecimiento de la familia como institución no pasa por limitar las causales del divorcio, sino por mejorar las dinámicas sociales que hoy afectan directamente a las familias colombianas (...) (Cámara de Representantes, 2021).

2.4.3. *Posición de la Cámara de Representantes*

De los argumentos expuestos en ambos proyectos de ley, se puede intuir que un número de representantes, cada vez en aumento, comparten el ideal de consagrar el divorcio sin causa en Colombia; esto, en cuanto del Proyecto de Ley C408 de 2020 al C050 de 2021, se observa un crecimiento de 39 representantes a la Cámara como autores del pliego propuesto, pues en el anterior proyecto solo se leían 3 de ellos y en el actual se lee 42 en total. Tal intuición, se ratificó, una vez fue aprobado el proyecto de Ley C050 de 2021 en plenaria de la Cámara de Representantes, el 20 de septiembre de 2022, con 110 votos a favor y 21 en contra (El Colombiano, 2022).

De lo anterior, es posible sustraer una posición progresista por parte de 110 representantes sobre el concepto del divorcio unilateral en Colombia, en cuanto consideran que debido al panorama de la sociedad actual no es posible mantener una argumentación constitucional coherente, pues ya no hay nada que fundamente el ideal de “culpabilidad” para la disolución exclusiva del matrimonio.

Debido a ello, la Cámara, en los pliegos propuestos, fue muy clara cuando señaló que su línea argumentativa iba conforme al salvamento de voto de la Sentencia C-394-17, que consideró que la clasificación de causales, objetivas y subjetivas, no satisfacían los mandatos constitucionales de libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la esfera íntima de los individuos y la dignidad humana, pues, por el contrario, vulneraban lo propuesto y deseado por la Constitución de 1991.

Así entonces, se presentó la solicitud para que se dejase de observar el divorcio como un concepto jurídico que debilitaba la familia, pues este no era el fin, sino que, por el contrario, buscaba fortalecer unas dinámicas sociales, donde los integrantes de la familia tuviesen la libertad de elegir y que, aun así, decidieran permanecer juntos.

No obstante lo anterior, es importante recordar que Colombia sigue siendo un país tradicional, y, que aún hay una parte conservadora dentro de la Cámara, representada en 21 votos, que sostiene que el divorcio incausado en Colombia es un atentado y debilitamiento contra la institución familiar y por ende contra el artículo 42 de la Constitución Política de 1991.

Como corolario de todo lo anterior, es posible afirmar que la Cámara de Representantes de Colombia, actualmente, se encuentra con una mayoría a favor del sistema sin causales. De tal manera que, la posible implementación del divorcio unilateral en Colombia, estará ahora supeditada a dos debates en el Senado de la República, para culminar con una sanción presidencial y convertirse en ley.

3. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO ENTRE ESPAÑA Y ARGENTINA

El propósito central de este capítulo consiste en realizar un estudio de derecho comparado que nos permita evidenciar, desde la experiencia internacional, cómo ha sido la implementación del divorcio unilateral en las legislaciones de España y Argentina, y cuáles han sido los efectos jurídicos que ello ha generado. Observémoslo.

3.1. España

3.1.1. Antecedentes y Fundamentos del Divorcio Contencioso Unilateral

En 1870, en España, se sostuvo la idea de la indisolubilidad del matrimonio mediante la ley provisional del matrimonio civil. Así continuó durante el periodo republicano, y con el advenimiento del régimen franquista la idea cobró un mayor valor (Abarca, 1981).

Por aquella época, varias legislaciones europeas ya habían migrado a un orden donde el matrimonio era disoluble; sin embargo, el concepto del orden público fue utilizado por los

tribunales españoles para proteger la idea arraigada de su indisolubilidad bajo el fundamento del estatuto personal (Abarca, 1981).

Para una mejor comprensión del párrafo anterior, es importante mencionar que la jurisprudencia española trató el orden público en una doble esfera: una territorial y otra personal. La territorial se presentaba cuando los actos se desarrollasen en España o cuando los sujetos protagonistas de estos actos jurídicos estuviesen domiciliados en este territorio, o, hubiesen acudido a un Tribunal español. La esfera personal se fundamentaba en la nacionalidad de los participantes en el acto, de tal manera que, si uno de ellos era español, el acto celebrado se regía exclusivamente por la norma española (Abarca, 1981).

Muestra de lo anterior son las sentencias del Tribunal Supremo, que durante este periodo negaron la aplicación del derecho extranjero sobre el divorcio, en pro de proteger el derecho español, conduciendo a la aplicación del derecho propio, sin considerar alguna remisión al derecho extranjero (Abarca, 1981).

En 1932 la Constitución española contempló, en el artículo 43, la posibilidad de divorciarse, y en el mismo texto señaló las razones por las cuales se podía solicitar esta figura jurídica. Posterior a ello, con la dictadura franquista, se derogó el divorcio. En realidad, en contados casos, ciertos españoles lograron obtener el divorcio por la aplicación de una sentencia extranjera o el cumplimiento de una sentencia eclesiástica en donde se establecía que ese matrimonio no había existido nunca, todo con fundamento en el orden público ya mencionado (Abarca, 1981).

Con la muerte de Francisco Franco en 1975, se retornó a una España democrática mediante la Constitución de 1978, y además se realizó un acuerdo nuevo con la Santa Sede el 3 de enero de 1979, donde desapareció la competencia exclusiva de la Iglesia católica sobre la anulación de los matrimonios canónicos. A través de la Constitución de 1978 se consagró en el artículo 32, apartado 2do, el derecho a disolver el matrimonio; no obstante, su regulación la supeditó al desarrollo de una ley posterior.

Es por ello que, entre el periodo de 1978 a 1981, los autos del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado español iban en direcciones opuestas (Abarca, 1981). Esto se podía observar en la Resolución del 19 de octubre de 1979, donde la Dirección General señaló que no se podía entender que se hubiese disuelto el vínculo conyugal de un español en Inglaterra, en cuanto aún no había una ley que rigiera el divorcio en España y, por tanto, aun se debían observar los artículos 9 numeral 1 y 83 numeral 5 del Código Civil Español, donde daba por sentado que el vínculo no se podía disolver y cuya vigencia seguía rigiendo.

Dado lo anterior, este Ente negó la posibilidad al español divorciado en legislación extranjera a contraer nupcias nuevamente en España. Así lo señaló “(...) sin que el divorcio dictado en el extranjero deba influir para nada en esta conclusión, ya que se trata de una forma de disolución no reconocida, hoy por hoy, en nuestro ordenamiento jurídico.” (Abarca, 1981)

Sin embargo, el Tribunal Supremo, mediante el auto del 24 de octubre de 1979, señaló que a pesar de la ausencia de una norma que regulara el divorcio en España, reconocía como cúspide del

ordenamiento jurídico la Constitución y por ende reconoció que el Estado podía permitir la disolución del vínculo matrimonial, resaltando lo siguiente:

(...) que no es necesario insistir en el profundo cambio social, jurídico y político que, por influjo y mandato de la voluntad colectiva del pueblo español, aparece reflejado en la norma básica y primera del ordenamiento jurídico patrio, es decir, en los artículos 16- atinente a la libertad religiosa y a la confesionalidad del Estado- y 32 que permite la disolución del vínculo matrimonial que priva de rango constitucional al principio de indisolubilidad del matrimonio, y por ello, por integrar la constitución la cúspide del orden jurídico, en el cual se subsume el orden público, es evidente la necesidad de afirmar que no choca con él la resolución judicial extranjera que decreta disolución del vínculo conyugal, y consecuentemente, que su ejecución es lícita en España (Tribunal Supremo, Auto 24 de octubre de 1979).

Entonces, al menos era claro para el Tribunal Supremo que la indisolubilidad como principio rector del matrimonio ya no contaba con apoyo constitucional; no obstante, esto siguió siendo fuente de discusión hasta que se proclamó la Ley 30 de 1981 (Abarca, 1981) donde se modificó por primera vez el Real Decreto del 24 de julio de 1889 para regular los temas pertinentes al divorcio en España; divorcio regido por ciertos requisitos y con el cumplimiento de las causales que la norma señalaba, empero esta ley fue rechazada por la iglesia canónica (Crusellas, 2018).

Los motivos expuestos para la proclamación de la Ley 30 de 1981 señalaron que su núcleo fundamental era “promover y proteger la dignidad de los cónyuges y sus derechos, y procurar que mediante el matrimonio se favoreciera el libre desarrollo de la personalidad de ambos” (Luelmo, 2007); es por ello por lo que la novedad de la ley radicó en la disolubilidad del

matrimonio por unas causas previstas en dicha ley, dentro de las cuales se encontraba el acuerdo entre los cónyuges.

No obstante, en la exposición de motivos de la Ley 15 de 2005 que fue posterior a la ley en mención, se lee que la elaboración de la Ley 30 que regulaba la disolución del matrimonio y sus causales, había sido causa de un complejo y tenso proceso, y por ello, en la admisión del divorcio y sus causales en la Ley 30, Juan Carlos I menciona que “aún podían advertirse rasgos del antiguo modelo de la separación sanción” (Jefatura del Estado, 2005).

En la misma exposición de motivos de la Ley de 2005, se mencionó que en la Ley 30, el divorcio se concebía como último recurso, en el cual, los cónyuges solo podían acudir a este cuando fuera evidente el periodo de separación y la imposibilidad de reconciliación que debía ser demostrado según las causales expuestas en la misma ley (Jefatura del Estado, 2005).

Asimismo, resaltó que las disposiciones que se desarrollaban en esa ley eran obsoletas y disfuncionales (Jefatura del Estado, 2005); y para terminar, expuso que la sociedad había cambiado la forma de concebir la pareja y por tanto, esto hizo que la Ley 30 perdiese su “condicionante original” (Jefatura del Estado, 2005), pues había inmutabilidad “de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas por ella vinculadas” (Jefatura del Estado, 2005).

Más adelante, por los comentarios señalados en el párrafo anterior, el 08 de julio de 2005 España procedió a modificar lo relativo al divorcio del Real Decreto del 24 de julio de 1889 que consagra el Código Civil español y la Ley 1 del 2000, que trae la Ley de Enjuiciamiento

Civil, mediante la Ley 15 de 2005. Modificación aprobada por el Congreso de los diputados, que es el órgano encargado de dictar las leyes generales y sus modificaciones, que rigen en todo el país. Mediante esta ley se suprimieron las causales de divorcio contenidas en el artículo 86 del Código Civil español de 1889 y se generaron cambios en la actividad procesal sobre divorcio para su debida implementación en la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000.

El núcleo central de esta nueva ley consistía en que se reflejase el derecho a la libertad en mayor medida en el matrimonio, pues era reconocido por la misma ley, que este era una figura jurídica mediante la cual los ciudadanos podían desarrollar su personalidad (Jefatura del Estado, 2005).

Igualmente, en la exposición de motivos se señaló que el artículo 32 de la Constitución española, buscaba articular el derecho a contraer matrimonio con los demás valores y principios constitucionales, como lo era la dignidad humana, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros; y por ello, consideraron necesario ampliar esos ámbitos constitucionales a la facultad para poder solicitar la disolución de las nupcias (Jefatura del Estado, 2005).

Dentro de los motivos de la ley, se agregó, que de esta manera también se estaba logrando evitar un doble procedimiento, puesto que previo a la disolución del vínculo matrimonial, no era necesario un proceso donde se demostrase la separación de hecho o judicial, ahorrando, mediante el nuevo modelo sin causales, un importante costo a los ciudadanos, “tanto económico como personal” (Jefatura del Estado, 2005). Lo anterior, teniendo en cuenta que

esta ley no eliminó el concepto de separación, sino que lo trató como una opción independiente al divorcio.

Por todos los motivos y fundamentos expuestos hasta este momento, es que surge en el ordenamiento jurídico español, la necesidad de expedir la ley que estudiaremos en el siguiente apartado.

3.1.2. *Normatividad del Divorcio Unilateral*

Como se mencionó, el Real Decreto del 24 de julio de 1889 que recoge, y por el cual se publica el Código Civil español y la Ley 1 del 2000 que trae la Ley de Enjuiciamiento Civil, fueron modificados en materia al divorcio y la separación mediante la Ley 15 de 2005.

La Ley 15 del 2005, en su artículo 1 numeral uno, modificó el artículo 68 de Real Decreto, en donde se leía, “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente” (Ley 30 de 1981), y quedando como remplazo lo siguiente: “los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo” (Ley 15 del 2005, art.1 núm. 1).

Asimismo, el segundo numeral del primer artículo modificó las razones por las que se podía decretar judicialmente la separación de cuerpos, como se señala en el Real Decreto, Art. 81

(1989), que tuvo relevancia en materia del divorcio, dado que este y la separación de cuerpos comparten los mismos requisitos para su solicitud, pero sus efectos son distintos, en cuanto la separación de cuerpos suspende la vida en común y el divorcio disuelve el matrimonio. En el artículo 86 del Real Decreto, trata los requisitos para solicitar el divorcio y este remitía al artículo 81, que habla sobre los requisitos de la separación.

Previo a la nueva ley, la separación de cuerpos era una de las causales consagradas previo a solicitar el divorcio, no obstante, con la Ley 15 de 2005 se mantuvo tal causal, siendo facultativa su solicitud, más no obligatoria para solicitar el divorcio.

Observemos:

En la ley anterior (Ley 30 de 1981) se podía solicitar la separación por ambos presentando, además, un convenio regulador, siempre y cuando hubiere transcurrido un tiempo no inferior a un año que se contaba desde el momento de la celebración del matrimonio; igualmente se podía solicitar, cuando un cónyuge invocara alguna de las causales de separación consagradas en la ley. Ahora bien, con la nueva ley, se redujo el tiempo de 1 año a 3 meses en el primer supuesto; y en el segundo, se suprimió la necesidad de una causal legal para solicitar la separación por uno solo de los cónyuges, pero se adicionó un periodo de tres meses desde la celebración del matrimonio, para poder solicitar dicha separación, siempre y cuando, este no se encontrase en grave peligro; además, debe traer también una propuesta de los efectos que se deriven de la separación (Ley 15 de 2005. art. 1 núm. 2).

Así entonces, la solicitud unilateral de la separación de los cónyuges quedó contemplada de la siguiente manera:

Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: (...)

2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. 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.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación (Ley 15 de 2005, art. 1 núm. 2).

Por ende, eliminó las causales para solicitar la separación que estaban consagradas en el artículo 82 del Real Decreto.

El artículo 85 señalaba que la disolución del vínculo matrimonial, sin importar su fuente, se daba por “la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio” (Real Decreto, 1889). Este artículo no fue modificado.

Vale la pena mencionar ahora una diferencia que se encuentra con la normatividad en Argentina, pues el artículo 435 CCCN agrega, al final del último párrafo, que el divorcio debe ser “declarado judicialmente” (Art. 435. CCCN), lo que no ocurre en España, pues en este artículo (Real Decreto, art 85) mantiene el concepto de divorcio únicamente, más no enfatiza cómo debe ser su declaración.

El artículo 86 del Real Decreto se derogó en su totalidad; en él se observaban las causas por las cuales se podía solicitar el divorcio. Veamos:

Son causas de divorcio:

1.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

3.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.

4.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5.^a La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código (Real Decreto,1889).

Estas causales fueron eliminadas en su totalidad, y en su lugar quedó estipulado lo siguiente:

Artículo 86.

Se **decretará judicialmente el divorcio**, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, **a petición de uno solo de los cónyuges**, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81 (Ley 15 de 2005, art. 1 núm. 5) (Resaltado y Subrayado por fuera del texto original).

Aquí encontramos una similitud con la legislación argentina, en cuanto el artículo 437 del CCCN señala que el divorcio se puede solicitar por ambos o uno solo de los cónyuges y no constata ninguna referencia sobre tener que expresar o alegar una causal de la ley, pues el mismo CCCN no las incorporó en ningún otro artículo.

Retomando la legislación española, se puede verificar el tránsito de un divorcio por causales a un divorcio unilateral condicionado, que se puede solicitar siempre y cuando se haga ante el juez del lugar del domicilio conyugal o, en caso de residir en distintos lugares, será a elección del demandante entre el último domicilio del matrimonio o el domicilio del demandado, y se presenta, como anexo, un convenio regulador.

Esta es otra similitud con Argentina, puesto que la solicitud de divorcio en esta legislación también debe ser presentada con un convenio regulador (CCCN, Art. 438).

El artículo 91 del Real Decreto español indica lo que debe contener ese convenio, haciendo referencia, inicialmente, a los aspectos relacionados con los hijos, donde deben señalar lo atinente a la patria potestad, al régimen de comunicación y al régimen de visitas y de comunicación con los abuelos; después, se debe mencionar el destino de los animales de compañía, sus tiempos de convivencia y cuidado, si los tuviesen; posteriormente se debe indicar lo referente al uso de la vivienda familiar, a la contribución de las cargas del matrimonio y a los alimentos, si fuese el caso, y finalmente la pensión compensatoria, en caso de desequilibrio económico.

Adicionalmente, el artículo remite a las exigencias expuestas en el artículo 81 de la separación judicial; el cual, como se enunció previamente, señala que para presentar la solicitud debe haber transcurrido, como mínimo, tres meses contados desde la celebración del matrimonio; término que se puede pasar por alto cuando el cónyuge o los hijos menores de edad no emancipados tengan su vida en peligro (Ley 15 de 2005, art. 1 núm. 5).

El término del tiempo para solicitar el divorcio es algo que no se observa en el nuevo Código argentino, pues, en el artículo 438 (CCCN) no se indica un tiempo específico desde la celebración del matrimonio para poder entablarlo.

Retomando a España, el artículo 87 del Real Decreto que hacía referencia al “cese efectivo de convivencia conyugal”, fue suprimido por la ley de 2005. (Ley 15 de 2005, art.1 núm. 6).

La nueva ley también trajo consigo una modificación al artículo 90 del Real Decreto que regulaba los convenios reguladores en la separación y en el divorcio de los cónyuges, en el sentido de cambiar lo relativo a los hijos, pues señala en el apartado a) que se debe acordar el cuidado de los hijos y el régimen de comunicaciones con el cónyuge que no viva el menor, (Ley 15 de 2005. Art 1 núm.7) eliminando de este, el concepto de régimen de visitas.

Además, modificó mediante el artículo 1 numeral 8 de la nueva ley, los numerales 2 y 4 del artículo 92 del Real Decreto. Frente al segundo numeral del artículo 92 del Real Decreto, se modificó y quedó de la siguiente manera: “El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”; (Real Decreto, 1989, art. 92. núm. 2); y respecto al numeral cuarto del mismo artículo, quedó transformado así “Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges” (Real Decreto, art. 92. núm. 4, 1989), entre otras consideraciones relativas al cuidado del menor.

Finalmente, en el artículo 1 numeral 9 de la Ley 15 de 2005, se estableció la modificación a la compensación que se le da a los cónyuges cuando el divorcio les genere un desequilibrio económico. En este sentido, dicha compensación puede ser una pensión temporal o por tiempo indefinido, “(...) según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.” (Ley 15 de 2005, 2005, art. 1 núm. 9). En la nueva ley se agrega el término “convenio regulador” y se adiciona la siguiente frase: “(...) A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:”. De tal manera, se dejan las mismas

circunstancias que en la ley anterior y se agrega a ellas un numeral 9 donde se lee: “Cualquier otra circunstancia relevante” (Ley 15 de 2005, art. 1 núm. 9).

Esto también se observa como posible en la legislación argentina, en cuanto el artículo 438 del CCCN señala que el juez de oficio o a petición de las partes puede ordenar que se incorpore al convenio regulador, los temas que considere pertinentes y evaluar lo propuesto por los cónyuges. Además, el artículo 441 del nuevo Código argentino, también estableció la compensación económica, con unos matices diferentes que se profundizarán más adelante.

Estas fueron las novedades que introdujo la Ley 15 de 2005 sobre el divorcio en España, y las razones por las cuales se migró de un sistema causalista a un sistema sin causales. Para concluir este apartado, vale la pena traer a colación el siguiente párrafo, que quedó consignado en la exposición de motivos:

(...) basta con 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, salvo por motivos personales (Ley 15 de 2005, 2005).

3.1.3. *Doctrina y Jurisprudencia del Divorcio Unilateral*

En una inicial aproximación, la doctrina sostuvo que la principal novedad de la Ley de 2005 había sido introducir el divorcio unilateral al sistema jurídico español como única causal para solicitar el divorcio por uno solo de los cónyuges (Bravo de Mansilla, C, G. s.f.)

No obstante, la inserción del divorcio unilateral en España no fue aceptado pacíficamente en la doctrina; en realidad, se generaron discusiones y apreciaciones contrapuestas, como se podrá observar en los 9 tópicos que se exponen a continuación.

Inicialmente, se aceptó de manera pacífica por un sector en la doctrina que la eliminación de las causales de divorcio previstas en la ley de 1981 había sido una novedad al sistema español. Sin embargo, otro sector doctrinario, cuestionó si la ley del 2005 había introducido realmente alguna otra novedad al ordenamiento español. Así lo advirtió Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, de la Universidad de Sevilla, cuando señaló que los legisladores habían resaltado en la exposición de motivos que la nueva ley buscaba hacer valer ciertos derechos fundamentales que no se respetaban adecuadamente en la ley de 1981 y que, además, había buscado suprimir el concepto de culpabilidad dentro del proceso del divorcio, pues, según la exposición de motivos de 2005, la ley de 1981 ostentaba tal imputabilidad. Sin embargo, Bravo de Mansilla, no compartió esta posición.

Frente a lo anterior, otro sector en la doctrina, representado por el partido político Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), mencionó que quienes afirmaban tal novedad “están confundiendo la culpabilidad con la responsabilidad jurídica” (Bravo de Mansilla, C, G. s.f.) puesto que para el partido, no se comprendía que la ley de 1981 estuviese basada en la culpabilidad, de hecho, mencionaron que las causales suprimidas se fundaban en remedios para “posibles crisis matrimoniales o quiebras” (Bravo de Mansilla, C, G. s.f.), y que la única causa que se basaba en la culpabilidad era aquella que versaba en el incumplimiento de los deberes conyugales.

En esa misma línea, Bravo de Mansilla expuso que la ley de 1981 no se fundamentó en la culpabilidad, pues ello, era un efecto de la causa y por tanto no se podían confundir esos dos elementos, agregando que, para declarar el divorcio, no era necesario indagar en la culpa sino en las causas que traía la ley, incluso señaló que “buscar en el culpable es penetrar en la intimidad de la pareja, ello, empuja al fraude procesal y un acto de comedia ante el juez”. (Bravo de Mansilla, s.f.)

Consecuencia de lo anterior, otro sector en la doctrina señaló que la nueva ley no había traído novedad, ya que las causales que brindaba la ley de 1981 eran fundamentalmente objetivas y de remedio; además señalaron que no veían coherencia en lo expuesto en la parte motivacional de la ley de 2005, con el real contenido de la ley previa, en sus palabras textuales “podían no gustarle la ley 1981 pero la 2005 no trajo novedad porque el divorcio siempre ha sido remedio y objetivo” (Bravo de Mansilla, C, G, s.f., p. 266).

Tampoco consideraban que con la nueva ley se estuviese entronizando al concepto de divorcio los derechos de libertad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad, pues observaron que estos ya estaban presentes en la ley de 1981; por ello, resaltaron que en el divorcio por causales taxativas sí se permitía que las personas se divorciasen, aunque de manera restringida, siempre que cumpliesen con la carga probatoria, respetando los derechos fundamentales mencionados. Para ellos, la materialización de los derechos en el divorcio no era algo novedoso que se hubiera introducido con la ley de 2005 (Bravo de Mansilla, C, G, s.f., p. 266).

Con relación a lo anterior, la jurisprudencia española señaló en la sentencia STS del 21 de septiembre de 2011 que con la Ley 15 de 2005, en efecto, se había migrado a un divorcio que no

requería alegación de causa, y que restringir su ejercicio implicaba una vulneración a “El derecho fundamental a continuar casado o no. (...) el derecho a la intimidad del cónyuge peticionario del divorcio (...) el derecho a la tutela judicial efectiva (...)” (Sentencia STS del 21 de septiembre de 2011).

A su vez, otro sector en la doctrina se cuestionó si con la nueva ley se habían suprimido realmente las causales, planteando que para solicitar el divorcio bastaría con la sola voluntad de uno de los cónyuges, advirtiendo que ello no implicaba que no hubiese causalidad, sino que, por el contrario, el legislador había decidido permitir que esas causas que motivaban la solicitud quedaran en consideración del cónyuge (Ruiz y Castaño. 2015). Así lo mencionó Guilarte (2005) “no se han desaparecido las causas remedio y culpables, sino que ahora su valoración queda para los propios contratantes y no para el órgano jurisdiccional” (p. 53).

Sobre ello hizo referencia Bravo de Mansilla cuando mencionó que el causalismo no se había eliminado, explicando que ahora había una causa que era la causa de la causal. Para él, la causa principal era la voluntad y esta venía con una motivación que era la causa detrás de la causa principal. En esta misma línea, Ruiz y Castaño (2015) advirtieron que, para algunos, esas causas motivacionales se fundamentaban en la falta de *affectio maritalis*.

El *affectio maritalis* “(...) es la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea de procrear y educar hijos y de constituir además entre los cónyuges una sociedad perpetua e íntima bajo todos los conceptos (Álvarez & Sconda, 2021).

Es importante advertir que el fundamento de una parte de la doctrina que ha sostenido que la falta de *affectio* era la causa suficiente para sostener el divorcio bajo la Ley 15 de 2005, viene con un planteamiento previo que desarrollaron ciertos tribunales para decretar el divorcio cuando no se cumplía con las causales taxativas de la Ley 30 de 1891, aplicando el concepto de falta de “*affectio coniugalis*”, para, de esa manera, matizar la rigidez de la causalidad que desprendían los artículos 82 y 86 del Código Civil. Planteamiento que introdujo la libertad que había traído consigo la Constitución española en su artículo 32 (Presa, 2006). Ello se observó en la Sentencia SAP de Valladolid del 21 de julio de 2004, donde el Tribunal afirmó:

(...) lo que sí se evidencia es la ausencia clara de una "*affectio maritalis*" como consecuencia de las vejaciones que denuncia y que lleva a una imposibilidad de convivencia, a una desafección y por tanto a una imposibilidad de que vuelvan a vivir juntos; llevan separados de hecho más de siete meses, lo que constituye base suficiente para encuadrar la misma en la causa 1. del art. 82 del CC (...) Constatada por ello la falta de afecto marital por ambos cónyuges, con quiebra del mutuo respeto, y sin que sea necesaria una declaración culpable de uno de los cónyuges ni una valoración moral de su conducta, como es criterio ya conocido de nuestro Tribunal Supremo (...) (Luelmo, 2007).

También se expuso algo similar en la Sentencia SAP de Valladolid del 19 de enero de 2004. Veamos:

(...) la Sala no comparte el criterio del apelante: partiendo de la pérdida por parte de la esposa cuando menos de la "*affectio maritalis*", existe el hecho admitido por las partes de que desde hace dos años hacen vida en habitaciones separadas. Pues bien, resultando ya de por sí contrario a cualquier lógica humana imponer una convivencia no deseada a una persona, (...) (Luelmo, 2007).

Es por ello, que parte de la doctrina sostuvo que en la actualidad la única causal era fundamentada en una causal genérica, que traía en sí múltiples causales, la cual, los mismos tribunales habían introducido de manera previa a la Ley 15 (García, 2006). Así lo señaló Luelmo (2007), cuando resaltó que los tribunales hacían uso de la *affectio marital* cuando no se cumplía con alguna de las causales de la Ley 30 para decretar el divorcio, además señaló:

Puede afirmarse, incluso, que en los últimos años se ha venido dictando una jurisprudencia muy similar por la mayor parte de las Audiencias Provinciales sobre dicha desaparición de la <<affectio maritalis>> como causa de separación, (...) en las que se propugnaba una interpretación del art. 82.1 del CC más amplia y flexible, utilizando como criterio interpretativo el elemento sociológico del art. 3 del CC (p. 61).

No obstante, para los autores del *Matrimonio y divorcio: sistemas legales de divorcio*, tal interpretación era errónea, porque para los jueces es irrelevante si hay *affectio* o no (Ruiz y Castaño, 2015).

Y en efecto, ello se observó en las sentencias de divorcio STS 4493/06, STS 776/10, STS 2178/22, entre otras, dado que, el juez, una vez veía adecuado el convenio regulador y era aceptado por ambas partes, declaró el divorcio sin cuestionarse el *desffaction* marital. Muestra de ello es que las apelaciones, o demandas de reconvención solo podían versar sobre ese convenio regulador, pero nunca sobre el divorcio o su ausencia de afecto. Para los tribunales era claro que el motivo del legislador era establecer la sola voluntad para divorciarse. Así lo sostuvo el Tribunal Supremo cuando resaltó:

El divorcio actual no requiere alegación de causa cuando lo ejercita personalmente el interesado, quien no tiene que justificar sus motivos, porque de esta manera, el ordenamiento protege el derecho a la intimidad del cónyuge peticionario del divorcio. A ello obedece la regulación puesta en vigor por la ley 15/2005, al no exigir la alegación de causas (...) (Sentencia STS 21 de septiembre de 2011).

Es por ello, que, para otro sector en la doctrina, con la nueva ley, el divorcio era sin causa alguna; así lo menciono Lasarte (2005) en su publicación *Merecido adiós al sistema causalista en la crisis matrimonial*:

Por tanto, a mi juicio, la decisión del proyecto de ley de abandonar cualquier sistema causalista en relación con la separación o el divorcio, solo merece plácemes, pues verdaderamente el régimen causal de la Ley 30/1981, de 7 de julio (RCL 1981\1700), ha demostrado ya sobradamente, en el casi cuarto de siglo en el que se ha encontrado en vigor, demasiadas vías de agua (Lasarte, 2005).

Así también lo sostuvieron los profesores y autores Ruiz y Castaño (2015) cuando mencionaron que se pasó de un divorcio con causales “a un sistema de decisión unilateral y bilateral sin alegación de causa” (p.2). Estos mismos exponentes traen la exposición de motivos de la ley de 2005, cuando indican “la causa única es el fin de esa voluntad expresa en su solicitud”. (p.7)

Otra discusión que se desató sobre la nueva ley se fundamentó en la posible irrelevancia que asumieron los deberes conyugales, dado que no se tocaron las normas relativas a los deberes

ni a las acciones para sus incumplimientos. Por ello, Ruiz y Castaño (2015) sostuvieron que cuando se suprimió la causal que versaba sobre el incumplimiento de los deberes conyugales, desapareció también la acción para evitar que los cónyuges no incumplieran con sus deberes matrimoniales, volviéndolos de esta manera irrelevantes.

Frente al tema, el Tribunal Supremo hizo mención en la Sentencia STS del 14 de julio de 2010, donde estableció que debido a la modificación de la Ley 15 de 2005 no era posible inferir que se pudiese desatar alguna acción judicial que versara sobre el incumplimiento de los deberes conyugales. Frente a esta posición, Ruiz y Castaño (2015), estuvieron en desacuerdo, dado que, para ellos, era fundamental que se pudiese solicitar algún tipo de acción judicial para hacer valer los deberes conyugales.

Sin embargo, el mismo Tribunal posteriormente aclaró que ello no implicaba la desaparición de los deberes conyugales, puesto que “Lo único que efectuó la reforma fue eliminar la necesidad de expresar la concurrencia de causa, para proteger el derecho a la intimidad del cónyuge que pide el divorcio (...)” (STS 21 de septiembre de 2011).

Es por ello por lo que para autores como Bravo de Mansilla en ningún momento la nueva ley había vuelto irrelevante lo deberes conyugales; por el contrario, le estaba dando mayor libertad a los contrayentes para cumplir con sus deberes dentro de la autonomía. También resaltó el tema del acuerdo regulador al advertir que era fundamental para declarar el divorcio (Ruiz y Castaño, 2015), porque permitía seguir protegiendo al cónyuge más débil de la relación (Bravo de Mansilla, s.f.).

La posible inconstitucionalidad de la nueva ley también ha sido otro de los objetivos de la discusión que se han planteado en la doctrina. Observemos:

El artículo 32 de la Constitución Española en su párrafo segundo señaló “La ley regulará (...) **las causas** de separación y disolución y sus efectos” (Resaltado y Subrayado por fuera del texto original). Es por ello, que cierto sector de la doctrina puso en duda la constitucionalidad de la supresión de las causas por la ley del 2005, dado a que, en el artículo en mención, se leía “las causas” en plural, lo que implicaba que debería haber varias (Luelmo, 2007); en palabras de Ramos (2005) en su publicación *Objeciones jurídicas civil a las reformas del matrimonio*, “si por causas de disolución, se entiende muerte y divorcio, entonces habría que explicar cuáles son las de separación”

Frente a tal argumento, otra parte de la doctrina sostuvo que en la exposición de motivos era claro que el legislador había establecido una única causa y que ella se fundamentaba en la voluntad del solicitante. Además, indicaron que en el primer párrafo del artículo 32 de la Constitución no se había señalado un modelo concreto de regulación para las crisis matrimoniales (Luelmo, 2007) y que, por el contrario, se estaba armonizando la norma con otros principios constitucionales como el derecho a la libertad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, tal como se había expuesto por el legislador en su exposición de motivos (Bravo de Mansilla, s.f.).

Pero el sector de la doctrina que proclamaba la inconstitucionalidad de la ley vigente resaltó que no se podía sostener que el párrafo primero del artículo 32 fuese más importante o primase sobre el párrafo segundo, que señalaba la pluralidad de las causales (Bravo de Mansilla,

s.f.). Sobre ello, la doctrina que se oponía a la posible inconstitucionalidad señaló que la única causal regulada de manera explícita por la Ley 15 era la voluntad del contrayente, advirtiendo que ello no implicaba que no hubiese causas implícitas detrás del deseo de obtener el divorcio, pues el legislador había decidido no especificarlas porque los cónyuges eran “los únicos capaces de valorar su presencia y alcance” (Luelmo, 2007, p.59).

Sobre esto último, mencionó de manera positiva Guilarte (2005) cuando resaltó que tal omisión del legislador no era negligencia, sino que era una forma de armonizar la normas “(...) sin que ello significare la dejación de la competencia legislativa encomendada constitucionalmente sino su simplificación obligada por la primacía del respeto a la libertad individual” (p. 53).

Así lo resaltó también Trigo (2005) cuando señaló “(...) causa, en cuanto fundamento de la solicitud de separación o divorcio, existe: la voluntad de separarse o divorciarse (...)” (p.14), además se advirtió por Luelmo que la base del matrimonio era el consentimiento constante, y era necesario que permaneciera para subsistir (Luelmo, 2007).

En este mismo sentido, lo señaló Bravo de Mansilla cuando expuso que no aceptar que la supresión de las causales fuese constitucional, era afirmar que la Constitución española se estaba contradiciendo y que tal circunstancia era inadmisibles (s.f.).

Otro punto de discusión claro y marcado ha sido la naturaleza jurídica del matrimonio. España era de la corriente que consideraba el matrimonio como un contrato bilateral (Serrano, 2007); por ello, una parte de la doctrina consideró que era absurdo el divorcio unilateral porque daba entrada a comprender que cabía el desistimiento unilateral en un contrato, desmontando una

de las características más importante dentro del contrato que era “cumplir lo pactado” (Luelmo, 2007), pues así lo señalaba el artículo 1256 del Código Civil Español, donde proclamaba “(...) el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse el arbitrio de uno de los contratantes”.

Uno de sus exponentes ha sido Montero (2006), para quien la nueva ley afectaba la naturaleza del divorcio unilateral de manera directa, desprendiéndolo del concepto de contrato e incluso de negocio jurídico. Para este autor, es inconcebible que ello “no suponga ningún perjuicio ni siquiera patrimonial, para el que hace el desistimiento” (Montero, 2006). Es por ello que algunos autores sostuvieron que en la actualidad no se podía considerar el matrimonio como contrato e incluso tampoco como negocio jurídico.

Los defensores de la continuidad del matrimonio como contrato trajeron a colación que en algunos contratos era admisible la figura del mutuo disenso y desistimiento unilateral, como en el contrato de sociedad, puesto que era un contrato de confianza, y resaltaban que no había mayor contrato de confianza y de afecto que el del matrimonio, por lo que tales figuras podían coincidir en el matrimonio (Trigo, 2005).

Por su parte, Cicu sostuvo que el derecho de familia pertenecía más al derecho público que al privado y que por ello era posible sostener que la disolución de un vínculo matrimonial no podía ser más que la voluntad de un cónyuge al expresar que no deseaba seguir casado (Serrano, 2007).

A pesar de las críticas de uno y otro sector de la doctrina en razón de la naturaleza jurídica del matrimonio, ambos sectores llegaron a un consenso al señalar que la reforma era acertada a pesar de afectar el concepto de contrato del matrimonio; ello en cuanto la Ley 15 de 2005 había

dado respuesta a la necesidad de disolver aquellos matrimonios que estaban indudablemente rotos, pero que con las causales anteriores no tenían posibilidad de solucionarlo (Serrano, 2007).

Por otro lado, vale la pena mencionar que no se dio unanimidad en la doctrina en cuanto a la posible indemnización que se podría solicitar en el proceso de divorcio, en el supuesto en que se presentaren daños y perjuicios. Sobre ello, la doctrina advirtió que la nueva ley, aparte de regular la compensación económica en caso de desequilibrio económico, nada mencionó sobre dicha indemnización, resaltando que el artículo 96 del Código Civil que traía tal compensación, no era de carácter resarcitorio como la indemnización, sino que, en efecto, regulaba el desequilibrio económico entre las partes (Luelmo, 2007).

De tal manera, encontramos dos posiciones contrapuestas en la doctrina española, en cuanto a la posibilidad de cobrar una indemnización en el divorcio unilateral. Profundicemos:

La primera postura está representada, por la asociación de mujeres juristas Themis (2004), que durante la exposición del proyecto de ley, previo a la aprobación de la ley de 2005, realizó un taller de trabajo el 17 de noviembre de 2004, donde resaltaron que la decisión unilateral podía causar perjuicios al otro cónyuge, puesto que él podía tener “ (...) unas razonables expectativas de convivencia que pueden haber condicionado su situación laboral, geográfica o de residencia, social, económica, etc.” (p.5), y señalaron que eso no implicaba quitarle al otro cónyuge la posibilidad de divorciarse unilateralmente; agregando “(...) sin que se le niegue el derecho a separarse o divorciarse, igual que cuando una persona quiere resolver unilateralmente un contrato (...) ” (p.5). En esta misma línea resaltaron que, así como en un contrato se podía solicitar

indemnizaciones en razón a los perjuicios generados por su terminación, también en el matrimonio la decisión unilateral podía causar perjuicios, y por tanto “(...) tendrá el deber de repararlos” (p.5).

Otro de los referentes de esta posición es Carrión Olmos, el cual replicó que la confianza del contrayente era uno de los valores fundantes en el contrato de matrimonio, y la indemnización era una figura que permitía proteger esa confianza del contrayente, por lo que debía permanecer una vez se generaban perjuicios por la disolución unilateral (Luelmo, 2007).

Ante tal lógica, otro sector doctrinario recordó que, en el orden normativo español, el incumplimiento de la promesa de matrimonio era indemnizable frente a los gastos u obligaciones contraídas para las futuras nupcias, pero no por los daños morales que generara tal incumplimiento; en este orden de ideas, proponen que se trasladara esta interpretación a la circunstancia del divorcio unilateral, a pesar de que no estuviese expreso en la ley (Luelmo, 2007).

El Tribunal Supremo español había sostenido en la Sentencia del 16 de diciembre de 1996 que no se podía generar indemnización por daños morales debido al retracto de la promesa de casarse, pues ello implicaría castigar la decisión libre de no contraer nupcias; no obstante, resaltó que era diferente solicitar indemnización por ciertos gastos relacionados de manera directa con la promesa. Posteriormente sostiene que tal interpretación se podía trasladar al divorcio unilateral; así lo confirmó el mismo Tribunal en Sentencia STS del 12 de septiembre de 2005, al señalar que aceptar una indemnización por daños morales debido a la disolución conyugal, implicaba aceptar de nuevo una especie de indisolubilidad del matrimonio sin previo pago.

Por ello, María Teresa Marín y Ferrer Riba hacen un llamado de atención al resaltar que aceptar esto, sería poner la confianza del cónyuge por encima de derechos superiores del ordenamiento español como la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, pues estarían condicionando, como ya lo menciona el Tribunal Supremo, la disolución del matrimonio al pago previo (STS 12 de septiembre de 2005), lo que implicaría retomar un sistema causalista (Luelmo, 2007).

A pesar de no encontrar consenso entre los doctrinantes sobre la indemnización directa por daño como consecuencia del divorcio, sí ha sido claro para ellos y para el Tribunal Supremo, de manera uniforme, que los gastos que derivasen de las expectativas de una unión conyugal podrían ser reclamados como una indemnización (Luelmo, 2007).

Otro tema al que la doctrina hizo referencia fue el relacionado con la obligación alimentaria y la revocación de donaciones en el matrimonio, consecuencia de la ruptura, que habían sido eliminadas ante la supresión de la culpabilidad en el divorcio mediante la Ley 15 de 2005.

La implicación de esta reforma generó la necesidad de modificar su interpretación y desligar tal concepto, de la imputabilidad del cónyuge culpable en estas figuras jurídicas; ello en cuanto la ley 15 de 2005, no modificó tales artículos, pero sí suprimió la culpabilidad (Luelmo, 2007).

Inicialmente, la doctrina se preguntó, en caso de divorcio, en qué circunstancias se iban a conceder alimentos, puesto que, como lo expuso García Rubio, el fundamento básico de conceder los alimentos era la necesidad de sobrevivir, advirtiendo que era diferente en el tema de divorcio,

pues su fundamento era la idea de culpabilidad, situación final que ahora no entraba en consideración, pues el elemento de imputabilidad se había suprimido (Luelmo, 2007).

Dado que el legislador nada dijo sobre los alimentos al realizar la reforma del 2005, la doctrina se cuestionó acerca de cómo debía ser su interpretación en el panorama del divorcio sin imputabilidad. Por ello, se consideró que, en la presente circunstancia, la declaración de alimentos quedaría rigiéndose bajo el panorama general, esto es, teniendo en cuenta la necesidad de sobrevivir (Luelmo, 2007).

Sin embargo, el mismo García Rubio, señaló que, a veces, dicha necesidad quedaba resuelta con la compensación económica (Real Decreto, art. 96) por lo que expuso que los alimentos estaban condicionados a la ausencia de tal compensación (Luelmo, 2007). Por ello, la doctrina propuso que la obligación alimentaria, era excluyente de la pensión compensatoria, y que, por tanto, solo se tendría derecho a la primera siempre y cuando no se tuviese la segunda (Luelmo, 2007). Seguidamente, se cuestionó el tema de cesación de alimentos, que tampoco fue mencionado en la reforma de 2005.

De conformidad con el artículo 152 numeral 4 del Real Decreto de 1889, los alimentos cesan ante el desheredamiento y una de las razones para desheredar es el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales (Real Decreto, art 855, núm. 1). No obstante, el fundamento de la nueva reforma fue evitar la búsqueda de un culpable dentro de los cónyuges, por lo que tal interpretación iría en contravía de lo pretendido en la Ley 15 de 2005.

Sobre ello, la jurisprudencia hizo mención explícita, pues en sus resoluciones, a partir de la reforma de 2005, se ha venido decretando la pensión alimenticia en pro de los hijos y la pensión compensatoria en pro del excónyuge, resaltando que los excónyuges no tenían derecho a alimentos en cuanto “los contratantes no tienen ya un derecho legal a reclamárselos al haber cesado su cualidad de cónyuges” (STS 6998/2011). Además, en la Sentencia STS 2178/2022, el Tribunal Supremo destacó diferencias entre la prestación alimentaria y la pensión compensatoria. Así lo expuso:

El desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio, que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno de los cónyuges, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos, y lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en la situación económica de quien la postula en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición del otro cónyuge (Sentencias 434/2011, de 22 junio; 106/2014, de 18 de marzo; 236/2018, de 23 de abril; 228/2022, de 28 de marzo y 360/2022, de 4 de mayo).

En esta Sentencia, finalmente se falló concediendo la pensión compensatoria por un periodo de 5 años para el cónyuge y ratificando la pensión alimentaria para su hijo.

Por otro lado, frente a la cesación de alimentos, el Tribunal generó una doctrina jurisprudencial bastante clara, donde señaló

(..) el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los excónyuges. El pacto sobre alimentos tiene

naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos (STS 6998/2011).

Entonces es claro que, para la jurisprudencia española, los alimentos voluntarios permanecerán una vez se decreta el divorcio, ello en cuanto con la terminación del matrimonio dejan de ser cónyuges, pero siguen siendo contratantes. Además de todo lo expuesto, se sustrae finalmente que ellos desligaron el concepto de culpabilidad en los alimentos y se alejaron del concepto de necesidad para sobrevivir, pues resaltaron que en tal caso bastaría con la pensión compensatoria.

Sobre la revocación de donaciones, el artículo 1343 del Real Decreto de 1889, señala que la revocación de donaciones de un tercero o de los propios contrayentes en razón del matrimonio, se llevará a cabo en caso de culpabilidad de alguno de los cónyuges; ello no fue modificado por la ley de 2005.

Debido a lo anterior, la doctrina se ha cuestionado cómo sería el funcionamiento de la revocación de donaciones, dado que la Ley 15 de 2005 optó por la eliminación del estudio de culpabilidad entre los cónyuges. Una parte de la doctrina, desde la Ley 30 de 1981, sostuvo que esta nunca debió haber estado ligada al divorcio y su culpabilidad, porque ello hacía que pareciese que esta ley de 1981 obligase a la búsqueda de la culpabilidad de algún cónyuge, asunto que era discutido (Luelmo, 2007).

A pesar de ello, el tratamiento que era propuesto por la doctrina para la revocación de donaciones, con la supresión de la culpabilidad en la Ley 15 de 2005, se dividió en tres posiciones según lo expuesto por Andrés Domínguez Luelmo.

La primera, señaló que no importaba que se hubiese suprimido la imputabilidad del divorcio, pues ello no implicaba que se hubiese eliminado la razón que iba detrás de su solicitud, puesto que, para ello, siempre había un motivo que impulsaba la voluntad del cónyuge, por lo que se podía observar si había culpa o no del otro cónyuge en ese hecho motivador, que permitiere declarar la revocación de la donación.

No obstante, los detractores de esta línea argumentativa señalaron que eso iba en contravía de lo que buscaba la Ley 15 del 2005, y agregaron que ese motivo quedaba en la esfera privada del cónyuge, que además no se trataba dentro del proceso de divorcio, lo que implicaba que aceptar lo anterior, derivaba en un proceso aparte, que no resultaba conforme con la economía procesal que buscaba la reforma (Luelmo, 2007).

La segunda posición se fundó en las donaciones de terceros en razón al matrimonio. En ese caso, se consideraba que era necesario revisar cuál había sido el motivo de la donación para examinar si seguía vigente después de disolver el vínculo matrimonial; advirtiendo que ello debía ser a solicitud del tercero donante (Luelmo, 2007).

La tercera posición señaló que las donaciones entre cónyuges en virtud del matrimonio se podían revocar si se fundaba en la ingratitud, que estaba consagrada en el artículo 755 del Real Decreto de 1889, puesto que este remitía al artículo 855 del mismo, que hablaba sobre el

incumplimiento de deberes conyugales. Sobre lo anterior, sus opositores señalaron que esto no era posible pues, no se podía imputar el incumplimiento de deberes conyugales a unos cónyuges que, debido al divorcio, ya no tenían tales obligaciones. Además, señalaron que con la reforma de 2005 se suprimió todo tipo de imputabilidad; por ello, las donaciones, en consideración al matrimonio, debían observar cuál era su razón al momento de ser otorgadas y darle el manejo de unas donaciones ordinarias (Luelmo, 2007).

Sobre las posiciones anteriores, a diferencia de los alimentos, no se encontró en la jurisprudencia rastreada resoluciones que hicieran referencia a la revocación de donaciones debido al matrimonio con posterioridad a la reforma del año 2005. El último hallazgo en el centro de documentación judicial fue del 30 de enero de 2004, lo que podría implicar, o bien que el Tribunal desligó cualquier conexión entre el divorcio y la revocación de donaciones, o que aún no se han presentado demandas con esta solicitud que permitan aclarar este análisis en la jurisprudencia.

Otro de los temas a los que hizo hincapié un sector en la doctrina fue con relación a la naturaleza del proceso que adoptaba el divorcio en la reforma del 2005. Así, para algunos, dicho proceso debía ser contencioso; para otros, de jurisdicción voluntaria.

Dado que la Ley 15 de 2005 estableció el divorcio por mutuo acuerdo y el divorcio unilateral, cierto sector de la doctrina sostuvo que ellos seguían ostentando un carácter contencioso; en el primer caso, cuando había acuerdo en disolver el vínculo, pero desacuerdo en el convenio regulador (García, 2006) y en el segundo, en cuanto era unilateral y necesitaba jurisdiccionalidad en el procedimiento e infalibilidad de la resolución que pasaba a ser cosa juzgada (Serrano, 2007).

Por otro lado, otro sector señaló que era un acto de jurisdicción voluntaria, dado que en ambos había carencia de conflicto, puesto que en la primera forma de disolución había acuerdo, y en la segunda, no era posible ni permitido por ley interponer oposición alguna sobre la petición de la disolución del vínculo matrimonial (Serrano, 2007).

Algunos detractores de la reforma del 2005 han mencionado el tema de inseguridad jurídica y debilitamiento procesal, frente a la inserción del divorcio unilateral en el conglomerado normativo español. Para ellos, se debilita la Institución de la familia, en cuanto es más fácil y rápido su ruptura, lo que podía generar que la solicitud de divorcio fuera irreflexiva (Bravo de Mansilla, s.f.). Agregado a lo anterior, hay quienes creen que el divorcio sin causa puede servir como herramienta del consorte económicamente fuerte para presionar al débil; así lo expuso Ramos (2005) cuando mencionó que, ante la amenaza de un divorcio tan fácil, podía suceder que el cónyuge débil aguantase cualquier chantaje afectivo o moral, que no estaría dispuesto a soportar en otra situación, con tal de no divorciarse (Bravo de Mansilla, s.f.).

Sin embargo, también en la doctrina se dio oposición a este argumento, esgrimiendo que esta reforma no había llevado a la irreflexión por parte de los cónyuges para solicitar el divorcio, advirtiendo que esa falta de reflexión estaba presente desde la ley de 1981, sin que se encontrara relación a su surgimiento con el divorcio unilateral. A su vez, agregan que cualquier riesgo de presión entre los cónyuges por temas económicos quedaba solucionado con el alcance que se le había asignado a la compensación económica, con la cual se protegía al cónyuge débil (Bravo de Mansilla, s.f.).

Otro tema que se cuestionó frente a la posible inseguridad jurídica que representaba el divorcio sin causa, fueron los matrimonios por conveniencia, donde uno de los cónyuges tenía interés de ese vínculo para obtener el divorcio y conseguir unos beneficios económicos con su liquidación. Sin embargo, la doctrina opositora señaló que, una vez solicitado el divorcio en aquellas circunstancias, la otra parte podía en reconvencción solicitar la nulidad, eliminando cualquier incertidumbre (Bravo de Mansilla, s.f.).

Sobre el tema de la nulidad del matrimonio, los autores Ruiz y Castaño (2015) hicieron un llamado aislado para que se reformularan las causales de nulidad, dado que el divorcio había adquirido un proceso mucho más flexible y fácil que el de aquel, lo que podía implicar que los sujetos acudieran a disolver el vínculo conyugal en vez de su anulación, a pesar de sus implicaciones.

Perfilado lo anterior, veamos cómo en la doctrina también se destacaron una serie de beneficios, fruto de la reforma que realizó la Ley 15 de 2005 al Real Decreto de 1889.

Por un lado, una de las ventajas que la doctrina ha señalado que brindó la Ley 15 de 2005 ha sido con relación a la protección de la intimidad de los cónyuges que se van a divorciar; además, se indica que dio cumplimiento al libre desarrollo de la personalidad (Ruiz y Castaño, 2015), y mayor libertad para estos al suprimir unas causales taxativas (Bravo de Mansilla, s.f.), lo que generó un respeto por la dignidad de los cónyuges que no deseaban estar más juntos (Ruiz y Castaño, 2015).

Otro de los aspectos positivos que señaló un sector doctrinario consistió en la agilidad y brevedad para disolver las nupcias (Ruiz y Castaño, 2015), eliminando la dificultad para probar

dentro del proceso, pues ya no era necesario hacerlo. Además, se enalteció, en mayor medida, la objetividad, al no dejar posibilidad alguna para que el concepto de culpabilidad abarcara algún espacio dentro del divorcio (Bravo de Mansilla, s.f.).

Asimismo, se logró obtener mayor economía dentro del proceso (Bravo de Mansilla, s.f.), debido a que antes de la Ley 15 de 2005, para solicitar el divorcio, los cónyuges debían demostrar que llevaban al menos 1 años separados, lo cual posteriormente, con la ley en mención, se modificó, dado que el divorcio y la separación de cuerpos se individualizaron en dos figuras autónomas, desapareciendo la necesidad de doble proceso para disolver las nupcias (Ruiz y Castaño, 2015), logrando así una economía dentro del proceso.

Igualmente señalaron, por todo lo anterior, que la reforma había suprimido las situaciones problemáticas que se derivaban de los conflictos matrimoniales (Ruiz y Castaño, 2015); así lo expuso la diputada Bonás Pahisa cuando señaló que tal reforma facilita que “se haga la forma de disolución lo menos traumática posible” (Bravo de Mansilla, s.f.).

En este orden de ideas, se indicó que se había logrado sobrepasar la carga probatoria que implicaba demostrar el incumplimiento (Ruiz y Castaño, 2015).

Finalmente, señalaron como beneficio la importancia que tomó el concepto de compensación económica, desligándolo de la idea de pensión y brindándole la posibilidad de ser temporal (García, 2006).

Como se puede observar y como lo indica Bravo de Mansilla (s.f.), hay quienes ven el divorcio unilateral como una catástrofe, especialmente, quienes hace parte de la concepción tradicional católica o un concepto completamente civilista. Sin embargo, otros han aplaudido los cambios realizados (Bravo de Mansilla, s.f.); así lo sostuvo Guilarte (2005) cuando mencionó que el divorcio unilateral, contrario a debilitar el matrimonio, era posible que lo fortaleciera (Guilarte, 2005, en Bravo de Mansilla, s.f.).

Para estos últimos, el divorcio no era perverso en sí mismo, pues dependía del uso que se hiciera de él, advirtiendo que ello no estaba en la ley, sino en los fundamentos como sociedad. Sobre ello señaló Verda Beamonte que “el matrimonio es, lo sigue siendo, una relación jurídica que el legislador concibe como estable, o lo que es igual, de duración indefinida a priori” (Verda Beamonte en Bravo de Mansilla, s.f.), concluyendo que la reforma había sido acertada (Serrano, 2007).

Una vez presentado el marco normativo, jurisprudencial y doctrinal del divorcio unilateral en el ordenamiento jurídico español, en el siguiente apartado estudiaremos las consecuencias de la implementación de esta figura jurídica en ese país.

3.1.4. *Efectos personales, procesales y económicos del divorcio unilateral*

Dentro de los efectos personales que se pueden destacar de la Ley 15 de 2005, es que mantuvo vigente el artículo 68 relativo a los deberes y derechos conyugales, lo que implica que mientras esté vigente la relación conyugal, estos aún se observan y se deben cumplir (Bravo de Mansilla, s.f.).

No obstante lo anterior y de lo que llevamos estudiado hasta este momento, es posible afirmar que hay cierta confusión al respecto, tal como se expuso en la parte doctrinaria y jurisprudencial. Ello, en cuanto, en caso de incumplimiento de los deberes conyugales por parte de uno de los cónyuges, en realidad no está claro lo que se puede reclamar. Sin embargo, sí es posible advertir con Luelmo (2007) que, tanto en la ley anterior como en la actual, la simple ruptura no genera una indemnización.

Siguiendo con los efectos personales, esta ley permitió que los tribunales pudieran hacer uso de la guarda y custodia compartida sin temor (Serrano, 2007), pues antes de la reforma hacían uso de ella en forma tímida y excepcional (García, 2006).

Adicionalmente, las partes tienen libertad para acordar un convenio regulador (Real Decreto, art. 92. núm. 4) si así lo desean; e incluso, pueden hacer uso de la mediación como recurso voluntario, tal como lo expuso la disposición final primera de la ya varias veces mencionada Ley 15 numeral 3. Si no se alcanza ningún acuerdo entre las partes, el juez deberá entrar a proponer y encontrar un arreglo de manera oficiosa. Así lo señaló García (2006).

En ningún momento el juez entrará a analizar los motivos que llevaron a los cónyuges a divorciarse, pero es diferente ante el convenio regulador, pues él deberá analizar su contenido, para ver que no sea dañosa para los hijos ni para alguno de los cónyuges (García, 2006).

Igualmente, se le otorgó al juez no solo el papel de regulador para las propuestas lesivas dentro del convenio acordado, sino que, además, puede incentivar que se llegue a algún acuerdo.

Una vez la sentencia de divorcio queda en firme y se formalice el convenio regulado, producirá “la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobara su liquidación si hubiese mutuo acuerdo entre los cónyuges” (Real Decreto, art. 95).

En caso de no generarse acuerdo, el juez deberá, de oficio, determinar lo pertinente a la liquidación de los bienes que estén dentro del régimen económico matrimonial (Real Decreto, art. 91). Sobre ello, los efectos relativos a la liquidación del régimen matrimonial siguen siendo los mismos, por lo que el divorcio unilateral no generó un efecto diferente en ese ámbito.

Por otro lado, dentro de los efectos procesales encontramos que el efecto más inmediato es que los cónyuges pueden decidir de manera autónoma hasta cuando siguen en la relación matrimonial (Luelmo, 2007) y en ningún momento el juez podrá entrar a estudiar los motivos de la solicitud (García, 2006), por lo que no podrá oponerse a tal petición (Luelmo, 2007).

Finalmente, dentro de los efectos económicos, encontramos que el concepto de compensación económica adquirió mayor relevancia dentro del divorcio, lo que permitió incorporar también la idea de que fuese temporal o incluso como prestación única (García, 2006).

Además, dio la posibilidad al juez para que, de oficio, observara si se presentaba algún desequilibrio económico para algunos de los cónyuges. De tal manera, el Tribunal Supremo

estableció unos criterios para que los jueces españoles pudieran guiarse al momento de detectar dicho desequilibrio; estos son:

- (i) Un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio, que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno de los cónyuges, antes y después de la ruptura.
- (ii) Consecuencia de lo expuesto es que el desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento del divorcio, y los acontecimientos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una.
- (iii) El reconocimiento de la compensación por desequilibrio a favor de la esposa no puede descansar en la constatación de la situación de desigualdad económica con respecto a su marido, porque no es su función permitir al cónyuge más desfavorecido seguir disfrutando de un nivel económico similar al que llevaba durante la etapa de normalidad conyugal, dado que el nivel de vida que el matrimonio adquirió quiebra necesariamente con la ruptura.
- (iv) La simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación, y es preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido el matrimonio, así como "cualquier otra circunstancia relevante", de acuerdo con lo dispuesto en el art. 97 CC. (STS 2178/2022).

Otro efecto, que explícitamente pretende la ley en su exposición de motivos, como ya se ha mencionado, deriva de buscar mayor economía procesal, en cuanto se elimina la necesidad de cumplir con la separación por un tiempo previo a solicitar el divorcio y, por ende, evitar el desarrollo y gastos procesales de dos diferentes litigios (Bravo de Mansilla, s.f.).

Es importante resaltar que, en España, se ha visto un aumento considerable de divorcios a partir de la aprobación de la ley 15 de 2005. Así, en el 2004 se tramitaron aproximadamente 50 mil divorcios; en el 2005 aumento a 87.000 y en el 2006 a 126.000 divorcios. (Miró i Ardèvol, 2007).

Para Joseph Miro (2007), tales incrementos son efectos inmediatos de la Ley 15 de 2005; no obstante, advierte que, así como han aumentado los divorcios, las separaciones han disminuido de 52.000 a 19.000 en los años 2005 y 2006, lo que podría entenderse como un efecto distinto; es decir, no un aumento de divorcio, sino un incremento de número de divorcios mucho más ágiles, debido a que ya no deben cumplir con un proceso previo de separación.

3.2. Argentina

3.2.1. Antecedentes y Fundamentos del Divorcio In-Causado

Inicialmente, el divorcio en Argentina estuvo regulado por las leyes canónicas que no reconocían el divorcio civil sino, en realidad, la nulidad del matrimonio, cuando se demostraba ante un Tribunal Eclesiástico que no había existido, pues, para la Iglesia, el hombre no podía separar lo que Dios había unido (Garay & Juárez, 2013). Con la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield (1869), los jueces civiles decidían sobre las causales de divorcio de matrimonio celebrado sin autorización de la iglesia. Por otro lado, la iglesia tenía la potestad de indicar las causas de divorcio, pero este consistía en una separación de cuerpos, más no, en la disolución del vínculo.

En el Código Civil de 1869, los cónyuges debían esperar al menos 3 años desde la celebración del matrimonio para poder manifestar al juez que existían causas para pedir el divorcio vincular (Código Civil, 1869, Artículo. 215).

El artículo 213 inciso 3° de este Código, establecía que el vínculo matrimonial se disolvía por sentencia judicial. Así las cosas, se hablaba del llamado divorcio vincular, el cual era decretado mediante sentencia judicial, y tenía como efecto directo la disolución del matrimonio (Bossert & Zannoni, 2005). El cónyuge que no hubiese dado lugar a los hechos ilícitos, es decir, a las denominadas “causales de divorcio” (Código Civil, 1869, art. 202) podía ir ante el juez civil para solicitar el divorcio probando hechos culpables del otro, que configuraran una de las causales taxativas consagradas en la ley.

No obstante, si el cónyuge no lograba probar los hechos, el juez debía desestimar la demanda, aunque se evidenciara un resquebrajamiento de la relación de pareja; por tal razón, el divorcio tenía la característica de sanción para el cónyuge culpable. Del mismo modo, se podía solicitar y decretar la separación personal de los cónyuges, que cesaba el deber de cohabitación, pero mantenía vigente el vínculo matrimonial.

Desde la entrada en vigor del Código Civil y la sanción de la Ley 2393 en 1888 que mantuvo la indisolubilidad del matrimonio, comenzaron a plantearse proyectos de ley para incorporar el divorcio vincular (Bossert & Zannoni, 2005).

Años más tarde, la Ley 14.394 de 1954, habilitó a los cónyuges para solicitar la conversión de separación de cuerpos a divorcio vincular, siempre que hubiese transcurrido al menos un año

desde la separación y los cónyuges no hubiesen manifestado al juzgado, por escrito, que se habían reconciliado. Este divorcio tuvo una innovación al permitir a los excónyuges volver a contraer matrimonio. Sin embargo, esta ley fue un intento fallido porque quedó suspendida en 1956 por el Decreto Ley 4070, de manera que se frustró la posibilidad de conversión y de contraer nuevas nupcias (Alonso, 2016).

Como modelo de divorcio remedio, la Ley 17.711 de 1968 admitía la petición conjunta de los cónyuges encaminada a obtener la separación personal o el divorcio mediante el artículo 67 *bis*, el cual consagró que “Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal”. El “mutuo consentimiento” fue una forma de dar autonomía a los cónyuges para poner fin a su matrimonio o separarse cuando consideraran que era lo mejor para ellos y sus hijos, si los hubiere (Bossert & Zannoni, 2005).

Los cónyuges tenían la posibilidad de optar por la separación o el divorcio, e incluso iniciar con la separación y luego transfórmala en divorcio vincular, como lo indicaba el artículo 238 del Código Civil de 1869.

Transcurrido un año de la sentencia firme de separación personal, ambos cónyuges podrán solicitar su conversión en divorcio vincular en los casos de los artículos 202, 204 y 205. Transcurridos tres años de la sentencia firme de separación personal, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su conversión en divorcio vincular en las hipótesis de los artículos 202, 203, 204 y 205 (Código Civil, art. 238).

Haciéndole seguimiento al régimen expuesto, durante la vigencia del Código Civil de 1869 surgió una crisis del concepto de culpa, pues el juez no tenía la posibilidad de conocer lo que realmente había pasado en la intimidad del hogar; y, en múltiples ocasiones, las partes no tenían la capacidad de demostrar la veracidad de los hechos (Bossert & Zannoni, 2005). Según Mizrahi (2011) citado en Silvia (2016).

(...) existe dificultad probatoria que en el ámbito de un proceso judicial tiene el juez para desentrañar los verdaderos motivos del quiebre matrimonial. No es posible conocer realmente qué es lo que ha ocurrido en la intimidad del hogar, y si se decreta la culpabilidad de uno, nunca se sabrá si fue ese solo el verdadero culpable o se han sucedido otros conflictos que no han podido acreditarse en el pleito (...) (p. 112).

Seguidamente, se cuestionó sobre el proceso judicial que suscitaba una doble audiencia; en la primera, el rol del juez debía investigar los hechos; y en la otra, el juez hacía las veces de conciliador. De igual manera se dudaba sobre la utilidad de mantener la doble figura de separación y divorcio vincular, ya que según Jelin (1998) citada en Silvia (2016):

La extensión de los valores modernos de autonomía personal, de libre elección de la pareja sobre la base del amor romántico, la creciente expectativa social de dar cauce a sentimientos y afectos implican también la contracara: la libertad de cortar vínculos cuando el amor se acaba, cuando el costo personal de la convivencia conflictiva supera cierto umbral (p. 87).

El antecedente más reciente de la figura jurídica del divorcio unilateral es la Ley 23.515 de 1987, que incorporó el divorcio vincular.

Ahora bien, como ya se ha mencionado, la norma que incorporó la figura del divorcio incausado en Argentina fue la expedición del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015, del cual, una de sus motivaciones fue la llamada “Constitucionalización del derecho privado”, que en el derecho de familia trajo cambios que protegen derechos fundamentales como la igualdad, no discriminación, libertad y autonomía (Constitución Nacional, 1994, art. 19). Una de las modificaciones que introdujo el nuevo Código fue la posibilidad de peticionar el divorcio unilateral, que en la práctica hace menos dolorosa la ruptura de un matrimonio para los cónyuges (Herrera, 2014). La “Constitucionalización del derecho privado” consistió en la aplicación de los derechos constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos que Argentina había suscrito en las normas de derecho privado, con el objetivo de humanizar la rama privada (Cooke, 2020).

El cambio de régimen de divorcio en la legislación argentina fue producto del cambio que ha tenido la sociedad, de los problemas que surgen y se transforman con el avance del tiempo y, esencialmente, de la aplicación de derechos fundamentales individuales del cónyuge como persona. Esta evolución normativa responde a conflictos matrimoniales actuales que solo las parejas conocen y nunca el juez, adicionalmente, se planteó la inconstitucionalidad de los plazos y audiencias para divorciarse (Alonso, 2016).

Alimentado el derecho de familia de estas circunstancias, la reforma del Código Civil trajo consigo la derogación de la figura de separación personal y del divorcio por causales, y como consecuencia, del régimen de culpabilidad entre los cónyuges y de las causales subjetivas, dejando

al beneplácito de los cónyuges el divorcio unilateral, donde no es necesaria la voluntad del otro, ni cumplir con plazos habilitantes para las acciones.

Sin embargo, sí es necesario crear un convenio regulador que contenga los efectos del divorcio, en el cual, en muchos aspectos, las partes pueden llegar a acuerdos. Esta adaptación, dio calma a los cónyuges que a partir de la expedición de esta reforma se divorcian de manera pacífica y con unas consecuencias que ellos mismos regulan, pero no por unas causales enumeradas por el Estado. El divorcio unilateral abarca una serie de normas que se acercan más a la realidad (Alonso, 2016).

Respecto de la actualización del derecho de familia, Kemelmajer (2014a) dijo:

Sin dudas uno de los grandes logros del nuevo Código Civil y Comercial argentino radica en la adecuación del ordenamiento jurídico interno a los postulados provenientes del derecho convencional, y así, finalmente, ofrecer un derecho privado constitucionalizado. Ello es más que evidente en el ámbito de las relaciones familiares, reconociendo el paso de una familia institucionalizada a aquella constitucionalizada; de un derecho de familia rígido y enclavado en el orden público, al reconocimiento del derecho de las personas a la vida familiar (p.3).

3.2.2. Normatividad del Divorcio Unilateral

Mediante la Ley 26.994 de 2014 se aprobó el texto por parte del Congreso de la Nación. Posteriormente, el 1 de agosto de 2015 entró en vigor el Código Civil y Comercial de la Nación. Este código reemplazó el único código civil anteriormente llamado Código Civil de 1869,

redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, y el Código Comercial de 1862, redactado por Eduardo Acevedo y Vélez Sarsfield, unificándolos en uno (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015).

Anteriormente, el artículo 213 del Código Civil (1869), consagraba que el matrimonio se disolvía por:

1ro. La muerte de uno de los esposos; 2do. Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento; 3ro. Por sentencia de divorcio vincular”. Actualmente, este artículo fue remplazado por el artículo 435 del CCCN “el matrimonio se disuelve por: a) muerte de uno de los cónyuges; b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; c) divorcio declarado judicialmente.

Cambio que, como ya se hizo mención, no se observa en la Ley 15 de 2005 de España.

Con relación al divorcio declarado judicialmente, el artículo 437 del CCCN indicó que puede ser a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges. Esta posibilidad de solicitud se valoró de la misma forma en la legislación española en la modificación del artículo 86 del Real Decreto, pero sin entrar en presiones sobre el tipo de divorcio, pues no se mencionó que fuese decretado judicialmente en este artículo.

Así mismo, de conformidad con el artículo 435 del nuevo CCCN, ya no es necesario que hubiesen transcurrido al menos tres años de casados para que los cónyuges de común acuerdo puedan pedir el divorcio por causales, el cual ya no existe en la legislación argentina (Código Civil, 1869, art. 215), y gracias a esta misma normatividad, tampoco se exige que, en caso de estar separados de hecho, los cónyuges puedan solicitar el divorcio a los tres años desde que ocurrió la separación (Código Civil, 1869, art. 214).

Caso diferente, ocurrió en España, donde se mantuvo la necesidad de esperar tres meses desde la celebración del matrimonio para poder solicitar el divorcio (Ley 15 de 2005, art. 1 núm. 2).

Antes del CCCN existían unas causales de divorcio enunciadas en el artículo 214 del Código Civil (1869) como causas de divorcio vincular. “1ro. Las establecidas en el artículo 202; 2do. La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204”. Conforme a lo anterior, se hacía una remisión al artículo 202 que enumeraba las causales de la siguiente manera:

Son causas de separación personal: 1ro. El adulterio; 2do. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador; 3ro. La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos; 4to. Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse; 5to. El abandono voluntario y malicioso.

Estas causales para solicitar el divorcio desaparecieron con la expedición del CCCN, conforme el cual, es suficiente con la petición del cónyuge que desea disolver el vínculo conyugal.

Además, este nuevo Código no incluyó la separación personal que antes consagrada el artículo 203 del anterior Código Civil.

La Dra. Sandra F. Veloso (2014) sostiene que:

(...) el caso de las alteraciones mentales, y otras causales del art. 203 del Cód. Civil, no admitía el divorcio vincular en forma directa, sino por conversión, a pedido de cualquiera de los cónyuges transcurridos tres años de la sentencia firme de separación personal (art. 238 del Cód. Civil). Con esta nueva modalidad, el divorcio, en los supuestos referidos, podrá obtenerse en forma directa. El instituto de la conversión irá también desapareciendo paulatinamente, puesto que el nuevo divorcio encunado no exige ni plazos ni causas (p. 72).

En la legislación española, tampoco se observa la mención de causales para solicitar el divorcio, pero, sí mantuvo la separación personal como figura autónoma.

Al respecto el artículo 438 del CCCN nos dice que, como requisito para solicitar el divorcio, se debe verificar lo siguiente:

Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

Es importante mencionar que para que produzca efectos el convenio regulador, se requiere de su aprobación judicial (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015, arts. 438 y 440), teniendo en cuenta que el juez competente, según lo que dispone el artículo 717 del CCCN, es el del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta.

La exigencia de adjuntar a la demanda de divorcio un convenio regulador cuando ha sido redactado bilateralmente, o una propuesta si se redacta por uno de los cónyuges, restó importancia legal a las causas que motivan el divorcio. En la actualidad, se concentra en regular las consecuencias que el divorcio puede tener en la vida familiar, en razón de las relaciones patrimoniales y extrapatrimoniales de toda índole.

Esto también se evidenció en España, puesto que en el artículo 86 que remitía al artículo 81 del Real Decreto en el numeral 2, se observa como exigencia acompañar la solicitud de una propuesta sobre los efectos derivados del divorcio y, además, le dio potestad amplia al juez para aprobarlo en pro de los miembros de la familia.

Específicamente el artículo 439 del CCCN, menciona los efectos del divorcio que se deben convenir. En este se lee:

El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges (2015).

Finalmente, y para terminar con las disposiciones más relevantes en materia de divorcio, el artículo 441 del CCCN regula la compensación económica que consiste en una prestación única o en una renta, pagadera en dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier modo que acuerden las partes o decida el juez (Molina de Juan, 2016).

Lo anterior puede tener lugar, cuando uno de los cónyuges sufre un desequilibrio manifiesto que tiene por causa adecuada el divorcio. Dicha compensación puede ser por un tiempo determinado y, excepcionalmente, por un tiempo indefinido, según las partes acuerden o el juez decida (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015, art. 441 y 442).

Frente a lo anterior, en España, se observa que con la Ley 15 de 2005 se agregó el concepto de “compensación” a la prestación de desequilibrio económico por causa del divorcio, de la misma manera como se señaló en el nuevo Código Argentino. Por otro lado, España señala que tal asistencia puede ser una prestación única, o una pensión temporal o indefinida, mientras que en Argentina se hizo mención fue al concepto de “renta” y también se refirió al usufructo de bienes, tema que no se mencionaron en España (Real Decreto, art. 97).

3.2.3. *Doctrina y Jurisprudencia del Divorcio Unilateral*

En el desarrollo de este apartado, perfilaremos los fundamentos que, según la doctrina, permitieron el tránsito de un divorcio con causa a uno incausado, y su impacto en la sociedad argentina. De igual manera se esbozarán algunas reflexiones, positivas y negativas, tanto de un sector en la doctrina como de algunas decisiones de la jurisprudencia.

En una inicial aproximación, sobre el Anteproyecto base del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la Ley 26.994, Mignon (2015) se pronunció aclarando que no se trataba del llamado “divorcio express” que funcionaba en otros países, que era un trámite administrativo, sino que este seguía siendo un trámite judicial. Para este autor, la diferencia con relación a la anterior normatividad es que cualquiera de los cónyuges puede instar el divorcio de manera unilateral y en cualquier momento, sin invocar causales ni esperar plazos para hacerlo, bastando únicamente el no querer continuar casado. Agrega que, para ello, es suficiente acompañar la demanda de divorcio con una propuesta que regule lo que sucederá con la vivienda, los bienes, las compensaciones económicas y las cuotas alimentarias cuando hubiere lugar a ellas, con la advertencia de que, si no se llegare a un acuerdo sobre alguno de estos aspectos, el juzgado quedaría con el expediente para identificar aquellas cuestiones que no se hubieren regulado.

Para Kabuzacki (2014) citado en la tesis de Pérez (s.f.), este nuevo proceso judicial es más económico para las partes, pues ya no deben demostrar la culpabilidad del otro, ni exponer los motivos del divorcio en una audiencia. Además, señaló que también deben presentar una propuesta que resuelva los efectos del divorcio. De este modo, el juez se dedicará a resolver conflictos

verdaderamente jurídicos cuando las partes no llegaren a un acuerdo y, por lo tanto, no se enterará de la vida privada de la familia y el divorcio fluirá mucho más rápido. Para este autor, tampoco se trata de un divorcio exprés, ya que se impone la carga de presentar una propuesta.

Con posterioridad al anteproyecto, una vez entró en vigor el Código Civil y Comercial de la Nación que, en efecto, consagró el divorcio incausado, se generó un cambio fundamental en las relaciones de familia, luego de tener un sistema causado, subjetivo y objetivo (Herrera, 2014).

Para Herrera (2015) la historia del divorcio en Argentina había sido criticada por la inconstitucionalidad de sus normas y por la distorsión con la realidad social, que había llegado a tal punto, que la posibilidad de divorciarse, sin cumplir con los requisitos establecidos en el Código Civil de 1869, dependía de la mera voluntad de un juez, que, según sus creencias, se adhería a la ley o a la perspectiva constitucional convencional para darle primacía a los principios de libertad, autonomía y desarrollo personal sobre la legislación civil.

Así entonces, respecto a la eliminación de estas causales, la doctrina ha sostenido que, con el nuevo Código, se dio la eliminación de la culpa como habilitante para legitimar al cónyuge inocente a instar el divorcio, y, de la mano, el resarcimiento de daños se redujo a la responsabilidad civil. Kemelmajer y Herrera (2015) dijeron que el divorcio unilateral:

(...) extingue toda mención a la causa que precede la petición y a la declaración del divorcio; no puede imputarse culpa alguna o mutua entre los cónyuges; el requisito objetivo para habilitar la petición (arts. 437 y 438) nada tiene que ver con esas causas, ni con la inocencia o culpabilidad, ni con los deberes matrimoniales (jurídicos o morales) (p. 3).

Otro sector en la doctrina representado por Hernández (2014) manifestó su oposición, al indicar que la imposibilidad de poder culpar al cónyuge generaba una desprotección frente al sujeto inocente y más débil de la relación, que según su experiencia en la mayoría de los casos se trataba de la mujer.

Vale la pena mencionar que, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en los autos “V., C. A. c/ M., L. C. s/ divorcio” dictó sentencia el 28 de noviembre de 2014, la cual fue mencionada por Correia (2015), y en su contenido consideró que caracterizar a los cónyuges como culpable e inocente, podría degenerar en una sentencia arbitraria. En este sentido, destacó el daño que el régimen de inculpación podía ocasionar a las relaciones de familia. Como consecuencia, la sala encontró que, bajo este régimen, el juez debía estar muy atento a las pruebas que fundamentaran la culpa, de manera que se decretara únicamente cuando no hubiera duda de la falta (Sentencia 28 de noviembre de 2014).

A modo de conclusión aseguró que los criterios mencionados habían sido aquellos que se habían tenido en cuenta para la eliminación de las causales y para la adaptación del divorcio unilateral (Sentencia 28 de noviembre de 2014).

Aunado a esto, la doctrina se preguntó si debía existir una causa para divorciarse; frente a ello, Herrera consideró que la respuesta del CCCN era negativa, toda vez que atentaba contra los derechos fundamentales ya mencionados. Además, advirtió, que ventilar las causas en un proceso generaba malestar en las relaciones familiares, que el régimen causado estaba en crisis por el cumplimiento de plazos y la obligación de invocar una casual donde se denotara la culpabilidad de uno de los cónyuges o de ambos (Herrera, 2015).

Partiendo de lo anterior, es posible advertir los inconvenientes que traía el divorcio causal, contenido en una sentencia dictada por el Juzgado de familia N°3 de Corrientes en los autos “A. M. T. Y L. C. M. A. s/ Divorcio Vincular por presentación conjunta” del 17 de marzo de 2015.

Como ya se ha mencionado y según lo recuerda esta sentencia, antes del CCCN había una inconformidad por la inconstitucionalidad de las normas de divorcio, pues vulneraban derechos fundamentales como la libertad, la igualdad y la autonomía (Constitución Nacional, 1994, art. 19). Partiendo de ello, el juzgado observó que la complejidad de las normas, es decir, la carga de invocar una causal y cumplir con unos plazos, lastimaba los sentimientos de quienes ya no deseaban continuar casados, situación que obligaba a los cónyuges a inventar causales subjetivas para demandar.

Adicionalmente, indicó que la eliminación de las causales subjetivas y objetivas, la supresión de los plazos y la implementación del divorcio unilateral eran una respuesta a la tendencia del momento en proteger la intimidad de la vida familiar; sosteniendo que la exigencia de que hubieran transcurrido tres años desde la celebración del matrimonio como requisito para demandar por presentación conjunta (Código Civil, 1869, art. 215), era inconstitucional, en cuanto obligaba a los cónyuges a seguir casados, hasta cumplir un plazo de espera para solicitar el divorcio, violando con ello el principio de autonomía de la voluntad (Constitución Nacional, arts. 19, 33, 75 inc. 22, 1994; DAD Y D H, arts. 1, 5, 6 Y 28; 1 P FD C y P, arts. 17.1 y 18. y CADH, art 11 inc. 1).

Partiendo de las consideraciones esgrimidas, se evidencia que la carga judicial fue una de las razones que llevó al cambio y Lorenzetti (2012) citado en la tesis de Pérez (s.f.) se encuentra muy convencido de ello, cuando sostiene que:

El divorcio se ideó con el fin de la decisión de la pareja de agotar su vida en común. Si no hay que presentar una causa para divorciarse, quiere decir que no hay un deber que no se cumple. Hoy el sistema genera mucha litigiosidad y eso daña a la familia. Creo que hay que diferenciar la visión de quien hace una ley enfocada en disminuir la litigiosidad, en solucionar los problemas de las personas, de la idea moral que pretende imponer un modelo de familia. En realidad, las nuevas normas vienen a regular lo que ya sucede: estamos regulando las consecuencias de un comportamiento social difundido y no generando nuevos comportamientos.

Así entonces, el divorcio unilateral, también llamado “express” alivia el divorcio al no someter los miembros de la familia al estrado judicial, pero hay que tener claro que el trámite ante juez civil sigue latente en la actualidad. Vinculado a esto, vale la pena mencionar que, Lloveras (2015) citado en la tesis de Pérez (s.f.) manifestó que el nuevo régimen de divorcio no debía llamarse “express”, pues esta expresión estaba reservada para aquellas legislaciones donde los trámites de divorcio eran realizados por vía administrativa. De tal manera, el nuevo Código continúa exigiendo un trámite en sede judicial, con la diferencia de que tarda menos tiempo, ya que no se necesita el consentimiento del otro, ni invocar causales de las cuales sea responsable alguno de los cónyuges.

La postura de Herrera (2015) es pro CCCN, al concluir que “(...) el divorcio causado no estaba al servicio de las personas, es evidente que no podía ser mantenido en la nueva legislación

civil que se estructura sobre la base de la mencionada ‘constitucionalización del derecho civil (...)’” (p. 194).

Como defecto de este cambio legal que parece solucionar el padecimiento de las familias argentinas en el trámite de divorcio, Guillermo Borda (2012) señaló que el cambio era un poco drástico al eliminar la posibilidad de que los cónyuges solicitaren solamente la separación personal, sin disolución del vínculo, dejando como única opción el divorcio.

Corolario de lo anterior, Kemelmajer y Herrera parecen estar a favor del cambio, pues han recalcado su preferencia por el divorcio no contencioso, que evita la destrucción y desgaste de la familia. Estas autoras apoyan firmemente la idea de poner paz al proceso de divorcio, pero hicieron una crítica al sistema al indicar “sin claros deberes, sin plazo de reflexión, no parece robustecer el matrimonio” (Kemelmajer & Herrera, 2016).

Así mismo, como ya se ha mencionado, con el divorcio unilateral la doctrina señaló que se había eliminado la posibilidad de un divorcio por culpa y, por tanto, la posibilidad de pedir la reparación de daños y perjuicios. Sobre el tema, el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (2014), señaló:

Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños.

Ahora bien, en vista de que el nuevo Código no contiene normas que permitan a los cónyuges reclamar daños y perjuicios derivados del divorcio, Belluscio, sugirió aplicar los principios generales de la responsabilidad civil, de manera excepcional, pues si bien es cierto que los hechos que motivan el divorcio no se pueden acusar, la acusación debería ser procedente cuando se acredite el daño sufrido con independencia de la causa que motivo el divorcio (Belluscio, 2020).

Respecto a lo anterior, la jurisprudencia y la referente sentencia C1ª CC Bahía Blanca, sala I, del 28 de agosto de 2015, “A.,C.G.c.R.,C.E.” mencionada por Belluscio (2020) ha dicho que, si la conducta de un cónyuge produjere daño al otro, este tendrá legitimación para reclamar en virtud de los principios generales de la responsabilidad y por aplicación del artículo 19 de la Constitución de la Nación (1994), que señala:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Agregado a lo anterior, encontramos otro precedente emitido en vigencia del CCCN, donde el Tribunal de la Pampa decretó un divorcio y condenó a una esposa, que había defraudado el deber conyugal de fidelidad, a indemnizar a su exesposo por el daño moral causado. Los jueces consideraron que el hecho de encontrar a su esposa saliendo de un hotel con otra persona “tronco su proyecto de vida familiar, y que a su vez generó un atentado contra su honra” (Belluscio, 2020) (“T c/ C s/ divorcio vincular”, CApel. Civ., Com., Lab. y Minería, Segunda Circunscripción, Judicial de Gral. Pico (La Pampa), 14/12/16)

Por otro lado, la doctrina señaló que el nuevo Código había permitido a los cónyuges regular los alimentos de los hijos comunes dentro del convenio regulador, dado que en el artículo 666 del CCCN se estableció que los cónyuges deben tener en cuenta que cada uno debe dar una cuota al hijo, en proporción a sus ingresos, pues el hijo tiene derecho a gozar de un mismo nivel de vida en ambos hogares.

Y el artículo 434 del CCCN regula los alimentos entre cónyuges posteriores al divorcio, los cuales pueden ser regulados en el convenio que acompaña la demanda de divorcio o decretados por sentencia judicial

- a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos;
- b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo 433. La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441.

En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad. Si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas. (CCCN, art. 434).

Teniendo en cuenta que la obligación de alimentos no puede extenderse más allá del número de años que haya durado el matrimonio, ni procede a favor de quien recibe la compensación económica, Guillermo Borda (2013) consideró que:

Esta limitación no se comprende, sobre todo teniendo en cuenta que el reformador hace permanente alusión al "respeto por la libertad y autonomía de la persona humana", razón por la cual nos preguntamos ¿Qué obstáculo impide que los excónyuges pacten alimentos indefinidamente?

Florencia Galeazzo (2016) ratificó que conforme el principio general de libertad que regula el matrimonio y el divorcio, nada impide que se pacte la obligación de alimentos indefinidos a favor de un cónyuge.

Ahora bien, la práctica de establecer una cuota alimentaria para la manutención de alguno de los cónyuges es casi nula, debido a que según datos revelados por Ariel Tófolo, se fija solo en un 2% de los procesos y siempre a favor de la mujer (Pellegrini, 2014).

Con relación a la compensación económica Kemelmajer y Herrera (2015) aclararon que “a ninguna de las dos figuras legales (compensación y divorcio) les interesa la culpa o inocencia de los cónyuges sino el acaecimiento de ciertas circunstancias que producen un desequilibrio económico” (p. 8). “Lo determinante es probar el desequilibrio económico” (Molina de Juan, 2016, p. 140).

Para Molina de Juan se debe verificar la diferencia entre: *i.* las situaciones económicas de cada cónyuge y *ii.* La evolución patrimonial de cada uno, antes durante y después del matrimonio. Además, puntualizó que el empeoramiento de la situación de quien reclama debe ser significativo,

de manera tal, que represente un menoscabo futuro por la pérdida de oportunidades y dificultad para ingresar al mundo laboral, según sea el caso.

En esta misma línea, enuncio que las “condiciones existentes al comienzo de matrimonio, la distribución de roles y responsabilidades durante la vida familiar, las circunstancias presentes al momento de la ruptura y su evolución en un futuro previsible”, son pautas que la ley determinó para establecer si se deben o no las compensaciones y en qué medida (Molina de Juan, 2016, pp. 140- 141).

La compensación económica es un derecho patrimonial que consiste en una prestación de dar, debido a que “Una vez fijada por sentencia judicial o acordada por las partes nace un derecho -personal o real según el caso- que ingresa al patrimonio del acreedor con todas las implicancias legales que ello representa” (Molina de Juan, 2016, p. 141).

Se debe agregar que, así como en España donde el Código Civil menciona los deberes personales del matrimonio, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en su artículo 431 dispone que “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”.

Para algunos doctrinantes este artículo es nulo en razón de la esencia del divorcio unilateral (Herrera, 2014), pensamiento que no comparte Ugarte (2015), pues considera que se debe tener en cuenta que el proyecto de reforma fue estudiado arduamente, así como también lo indicó Aída Kemelmajer (2014b), cuando dijo que:

El trabajo de la comisión redactora se fue mostrando al mundo académico mientras se iba realizando; en cientos de jornadas, reuniones, congresos, se discutieron ideas y textos, de modo que antes de presentar el Anteproyecto, muchos artículos en los que se habían deslizado errores fueron modificados. Esa tarea de corrección no cesó en ningún momento, prolongándose, incluso, durante el tratamiento por parte de la bicameral.

Ugarte (2015) mencionó, además, que los deberes conyugales estaban incluidos dentro del compromiso de desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Y agregó que:

Es difícil que alguien se case para no ser fiel o no cohabitar, pero al liberar de estos deberes a la sola voluntad de un contrayente sin motivo para obtener el divorcio, aparecen como superfluos. Se diluye el compromiso legal del matrimonio y se facilita su disolución en cualquier tiempo, sin plazos de reflexión y sin invocar causas (Ugarte, 2015).

Sostiene la doctrina que la modificación normativa hizo más pacífica la disolución y este hecho protege a los hijos. Adicionalmente, tener incorporados en la ley los deberes conyugales, permite ver qué alteró la relación matrimonial, es decir que, el nuevo Código no omitió los deberes conyugales (Ugarte, 2015).

El artículo 455 del CCCN consagra el deber de contribuir al sostenimiento del hogar. El 432, el deber de alimentos que se deben los cónyuges entre sí durante la vida en común y la separación de hecho; el incumplimiento del deber de fidelidad o el abandono injustificado del

hogar, pueden ser considerados injuria o lesión al honor, y así mismo, ser causas de ingratitud (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015, art. 1571) e indignidad (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015, art. 2281) (Ugarte, 2015).

Ciertamente, el nuevo Código trajo a colación una serie de beneficios, uno de ellos es que la adaptación del divorcio incausado tuvo unas bases constitucionales que amparan derechos tales como: el derecho a la igualdad, no discriminación, libertad y autonomía (Constitución Nacional de Argentina, 1853, art. 19); de ahí que, la norma tenga un valor pedagógico al buscar facilitar las rupturas matrimoniales para hacerla más llevadera a los miembros de la familia (Herrera, 2015).

Pellegrini (2014) señaló dos beneficios: el primero es que el CCCN pretende evitar el desgaste emocional, económico y judicial que implican los litigios de familia; y el segundo, es que favorece el cumplimiento de las pautas del convenio regulador, pues la auto regulación incentiva el cumplimiento.

3.2.4. *Efectos personales, económicos y procesales del divorcio unilateral*

Dentro de los efectos personales que trajo consigo el divorcio unilateral en Argentina está la reafirmación de los deberes conyugales. Incluso, para Ugarte (2015), la nueva regulación otorga más derechos que deberes a los cónyuges (Kemelmajer & Herrera, 2015).

En este mismo contexto, Micaela Chanampe (2016) considera que “El CCyC busca soluciones para la sociedad actual, en cuanto al trámite de divorcio lo simplifica y así disminuye el conflicto que todo proceso contencioso conlleva”. Sostiene además que **a nivel personal** de cada individuo de la familia y en especial de los cónyuges, apunta a la protección del interés

familiar, el respeto a la autonomía de la voluntad y libertad, y deja claro que el matrimonio termina cuando una de las partes lo quiere.

Para la doctrina, el divorcio incausado ha tenido un valor pedagógico, ya que pretende apaciguar las relaciones de familia frente a la ruptura del matrimonio para que sea menos dolorosa y traumática (Herrera, 2014). Así mismo, con la desaparición de las causas de divorcio, el incumplimiento de los deberes conyugales no se sanciona (Herrera, 2014).

Por otro lado, como lo menciona Kabuzacki (2014) en la tesis de Pérez (s.f.) frente a los efectos económicos, como ya se ha expuesto, antes del CCCN había una alta litigiosidad y la exposición de la vida familiar era latente en el estrado judicial; con la implementación del divorcio incausado el proceso es más corto, el cónyuge que insta el divorcio no tiene que demostrar la culpabilidad del otro, ni invocar causales de divorcio, de manera que, el juez en audiencia solo intercederá ante asuntos que no hayan sido acordados y que sea necesario regular. Por consiguiente, se restaron cargas a la persona que quiere disolver el vínculo.

Finalmente, frente a los efectos procesales, es importante mencionar que con el trámite de divorcio unilateral existe una carga indispensable que consiste en presentar una propuesta reguladora de sus efectos. El divorcio puede ser solicitado por uno solo o ambos cónyuges en sede judicial, y esencialmente basta con que uno de ellos quiera disolver el vínculo matrimonial sin importar su motivo. Estos cambios denotan una modificación abrupta en comparación con el proceso de divorcio que consagraba el anterior Código Civil de 1869. Al respecto, en la doctrina se indica que con la nueva normatividad.

Se regula un proceso judicial expeditivo, sencillo y flexible, el que no necesita el paso de un tiempo determinado para que los cónyuges separados personalmente puedan petitionar la conversión de una institución que deroga el nuevo Código Civil y Comercial a una en la que se introducen varios cambios y que queda como única institución ante la ruptura del proyecto de vida en común (Herrera, 2014).

Además, Lucas Aón y Romina Méndez, a modo de conclusión en un texto de su autoría *Aspectos procesales del divorcio*, expusieron que se trata de un proceso voluntario extra-contencioso, que como requisito de admisibilidad se recorta a la formulación de una propuesta reguladora de los efectos del divorcio. Para ello, tales condiciones de procedibilidad se ajustan a las disposiciones constitucionales, al permitir que los cónyuges en el desarrollo de su autonomía tomen decisiones que cambien el curso de su vida, como lo es la terminación de un matrimonio y, en su máxima expresión de libertad, regular lo que sucederá con temas como la vivienda, los bienes, las cuotas alimentarias, compensaciones económicas, entre otros. Sostienen que el rol del juez en el divorcio es muy importante porque cuando no hay consenso, él es la persona imparcial e idónea para solucionar aquellos asuntos que tengan relevancia jurídica (Aón & Méndez, 2016).

Partiendo de la “constitucionalización de derecho privado” como fundamento que impulsó la redacción del nuevo Código, Pellegrini (2014) afirmó que el CCCN dio paso a la transformación de una familia institucionalizada a una familia constitucionalizada, donde se potencializa la capacidad de auto regulación en sus relaciones familiares.

En suma, anteriormente el proceso contencioso implicaba un desgaste emocional para la familia; tener que esperar un tiempo para cumplir con los plazos exigidos por la ley para demandar, eran situaciones que podían generar sentimientos indeseables y consecuentemente conflictos como la violencia familiar, alejamiento, ocultamiento de los hijos, posibles rupturas y heridos. Así lo

percibió Herrera (2014) desde su experiencia. El hecho de facilitar el proceso hoy en día, es ganancia para las personas que se ahorran estas situaciones en países como España y Argentina.

4. Reflexiones

- Del trabajo expuesto, podemos señalar que los defensores del divorcio incausado se fundamentan en los derechos fundamentales de la libertad, la igualdad, la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad. Y sus opositores, se apoyan en la estabilidad que debe tener la familia.
- Es claro, que la Corte Constitucional colombiana ha decidido tomar una posición neutral frente al tema para hacer valer la libre configuración que la Carta Política le concedió al legislador; y para ello, debió desligarse de su línea argumentativa progresista en la institución de la familia y su disolución.
- En el Proyecto de Ley C050 de 2021 que se encuentra en trámite en el Senado, se observa que su motivación se fundamenta en argumentos similares a los que se expusieron y radicaron en los ordenamientos jurídicos de España y Argentina, en el momento en que implementaron el divorcio unilateral en estas legislaciones.
- Tales argumentos se pueden resumir en la pertinencia de que las leyes que regulan la familia avancen conforme las transformaciones de las sociedades y en consonancia con la necesidad de desligar la disolución del vínculo matrimonial del concepto de culpabilidad. Lo anterior con el fin de hacer valer, en mayor medida, los derechos de libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana en las relaciones conyugales.

- Con relación a este Proyecto de Ley C050 de 2021 resulta oportuno traer a colación los comentarios de Kemelmajer y Herrera (2016) cuando señalaron que era claro que la experiencia normativa de Argentina en derecho de familia podía ser útil para Latinoamérica. Para estas autoras, los estudios de derecho comparado sirven para identificar los desaciertos normativos en algunos Códigos Civiles o de familia, así como para fomentar las modificaciones encaminadas a la perspectiva constitucional convencional. Así también lo mencionó el legislador colombiano cuando señaló, en la exposición de motivos del proyecto de ley que se encuentra en curso, que era necesario observar el derecho comparado.

- Es claro, que el legislador colombiano, debe observar lo que ha ocurrido en otros ordenamientos jurídicos, en los que se ha implementado este tipo de divorcio con el fin de realizar una adecuada implementación de esta figura jurídica.

- En este orden de ideas nos preguntamos: en un primer momento, cuál sería el fundamento central que podría permitir el tránsito de un divorcio fundado en unas causales subjetivas y objetivas a un divorcio sin causa, como un tipo de divorcio adicional. En un segundo momento, cuáles podrían ser las implicaciones y efectos, positivos y negativos, que generaría la adopción del divorcio sin causa como una causal más en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta los motivos inconstitucionales que se expresan en los argumentos del mismo proyecto de ley frente a las otras causales que ya existían. En un tercer momento, qué implicaciones generaría permitir mezclar las causales subjetivas con la causal unilateral, en el supuesto de presentarse demanda de reconvención por el

demandado, además verificar cómo el juez debería resolver tales peticiones de divorcio y si ello va conforme a la motivación de la ley que se señalaron en el mismo texto del proyecto.

- Finalmente, valdría la pena ejemplificar, mediante datos recogidos por las instituciones judiciales, si ello realmente debilita la familia, teniendo en cuenta que la mayoría de sus defensores, como vimos, sostiene que, por el contrario, la revitaliza.

- Por último, podemos cuestionar si la posición de la Corte Constitucional, al no asumir un papel en la incorporación de esta figura jurídica es adecuada o, por el contrario, es errónea, teniendo en cuenta que el deber del Alto Tribunal es proteger y hacer valer los derechos fundamentales contenidos en la Carta Política. Como observamos, en España y Argentina, el amparo de estos derechos fueron el motor para “constitucionalizar el derecho privado de familia” en sus legislaciones.

BIBLIOGRAFIA

Aón, L. & Mendéz, R. (2016, diciembre). *Aspectos procesales del divorcio*. Retomado de: SAIJ - Aspectos procesales del divorcio.

Álvarez, B. M. & Sconda, V. M. (2021). *El Matrimonio Romano: Definición elementos y requisitos y su recepción en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en la Ley 2393 de Matrimonio civil. El Matrimonio Igualitario. Conflictos actuales.* Tomado de: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jXZohuB7ee8J:https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php%3Fid%3DANU-R-2021-30061700642&cd=9&hl=es&ct=clnk&gl=co&client=safari

Abarca Junco, A. P. (1981). Divorcio y cambio normativo en la jurisprudencia española. *Anuario de Derecho Civil*, 733-746. Retomado de: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1981-30073300746

Bravo de Mansilla, C. G. (s.f.) Divorcio a la española. Universidad de Sevilla. Recuperado de: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/78804/Divorcio%20a%20la%20espa%C3%B1ola.PDF?sequence=1&isAllowed=y>

Belluscio, C. (2020, junio 22). *Sobre la demanda unilateral de divorcio.* García Alonso. Contenidos Jurídicos. Retomado de: <https://garciaalonso.com.ar/blog/sobre-la-demanda-unilateral-de-divorcio/>

Borda. G. (2012) Las relaciones de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial. *Revista de derecho de familia y de las personas.* Retomado de <http://biblioteca.calp.org.ar/meran/opac-detail.pl?id1=99840#.Y3uFEnbMLIU>

Bossert, G. & Zannoni, E. (2005). *Manual de Derecho de familia*. Astrea. [\(PDF\) manual de derecho de familia.Zannoni y Bossert, segun cod velez | María Virginia Papa - Academia.edu](#)

Cámara de Representantes. (s.f.) Por medio de la cual se eliminan las causales dentro de los procesos de divorcio, cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, separación de cuerpos y se dictan otras disposiciones. [Proyecto de Ley 408 de 2020]. Recuperado de: <https://www.camara.gov.co/divorcio-incausado>

Cámara de Representantes. (2020, octubre 09) Ponencia positiva para primer debate del PL C408 de 2020. Recuperado de: <https://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2020-10/09102020%20RV%20PONENCIA%20PL%20408%202020C%20DIVORCIO%20INCAUSADO.docx>

Cámara de Representantes. (s.f.) Se permite el divorcio y la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso por la sola voluntad de cualquiera de los cónyuges y se dictan otras disposiciones. [Proyecto de Ley 050 de 2021]. Recuperado de: <https://www.camara.gov.co/divorcio>

Clarín (2015) Breve historia del divorcio en la Argentina. Sociedad. Retomado de: https://www.clarin.com/sociedad/Breve-historia-divorcio-Argentina_0_HJnhZStvXx.html

Cooke (2020). Algunas reflexiones acerca de la «Constitucionalización» del Derecho Privado actual. Microjuris.com Retomado de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/10/14/doctrina-algunas-reflexiones-acerca-de-la-constitucionalizacion-del-derecho-privado-actual/>

Código Civil [Código] (1873). DO: 2.867.

Código General del Proceso [Código]. DO: 48.489.

Código Civil de Argentina [Ley 340 de 1869] (1869).

Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) [Ley 26.994 de 2014] (2015).

Constitución Política de Colombia (C.P.) [Const.] (1991). DO: 51990

Constitución Nacional de Argentina [Const.] (1853)

Constitución de la Nación Argentina [Const.] (1994)

Correia, V. (2015). El divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Utsupra*. Retomado de http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00393898961

Cortés, S. (2021). Política. Hunden el proyecto de ley que permitía el divorcio de manera unilateral.

Caracol Radio. Retomado de

https://caracol.com.co/radio/2021/04/15/politica/1618513614_067760.html

Corte Constitucional. (25 de septiembre de 1992). Sentencia T-542-92 [M.P. Alejandro Martínez

Caballero] Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-542-92.htm>

Corte Constitucional. (13 de octubre de 1993). Sentencia C 456-93 [M.P. Vladimiro Naranjo Meda].

Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-456-93.htm>

Corte Constitucional. (02 de noviembre de 2000). Sentencia C-1495-00 [M.P. Álvaro Tafur Galvis].

Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1495-00.htm>

Corte Constitucional. (09 de abril de 2002). Sentencia C-246-02 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]

Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-246-02.htm>

Corte Constitucional. (02 de diciembre de 2010). Sentencia C-985-10 [M.P. Jorge Ignacio Pretelt

Chaljub] Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-985-10.htm>

Corte Constitucional. (02 de junio de 2016). Sentencia T-292-16 [MP. Gabriel Eduardo Mendoza

Martelo]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-292-16.htm>

Corte Constitucional. (21 de junio de 2017). Sentencia C-394-17 [MP. Diana Constanza Fajardo

Rivera] Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/C-394-17.htm>

Corte Constitucional. (05 de diciembre de 2019). Sentencia C-589-19 [MP. Antonio José Lizarazo

Ocampo]. Retomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-589-19.htm>

Corte Constitucional. (27 de marzo de 2019). Sentencia C-134-19 [MP. Alejandro Linares Cantillo]

Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-134-19.htm>

Corte Constitucional. (27 de marzo de 2019). Sentencia C-135-19 [MP. Alejandro Linares Cantillo]

Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-135-19.htm>

Corte Suprema de Justicia. (7 de mayo de 1979) Sentencia del 7 de mayo de 1979. Tomado de:

[https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CLIX%20Parte%201%20n.%202400%20\(1979\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CLIX%20Parte%201%20n.%202400%20(1979).pdf)

Crusellas, I. S. (2018) El matrimonio civil durante el franquismo [Trabajo Final de Grado, Universitat de Lleida]. Recuperado de:

<https://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/65861/sisantac.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Chanampe, M. (2016, septiembre 13). Divorcio Unilateral y el silencio del cónyuge demandado.

Retomado de [Columna-de-opinion2-SH-Nro-18-13.09.pdf \(dpicuantico.com\)](#)

Chaparro Ramo, J. E. (2005) Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio. *Actualidad civil*. Retomado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1159043>

El Colombiano. (23 de septiembre de 2022). Para divorciarse no se necesitaría mutuo acuerdo: cambiaría la ley. Retomado de: <https://www.elcolombiano.com/colombia/divorcios-en-colombia-tienen-cambios-de-ley-y-se-hacen-con-la-voluntad-de-una-sola-persona-CO18700471>

El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. (09 de mayo de 2013). Matrimonio Igualitario. [Ley N.º 19.075]. DO: Recuperado de: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3080353.htm>

Gaceta del Congreso (04 de octubre de 2022) Texto Definitivo. Plenaria Cámara al Proyecto de Ley número 050 de 2021 Cámara [Gaceta del Congreso 1191]. Recuperado de: <http://svrpubindc.imprensa.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Cámara&fec=4-10-2022&num=1191>

Galeazzo, F. (2016, agosto 10). El nuevo paradigma del divorcio express vs. el divorcio sanción. Retomado de: <http://www.saij.gob.ar/florencia-galeazzo-goffredo-nuevo-paradigma-divorcio-express-vs-divorcio-sancion-dacf160393-2016-08-10/123456789-0abc-defg3930-61fcanirtcod?&o=40&f=Total%7CFecha/2016%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Elitica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=62>

Garay Rein, M. L. & Juárez, A. L. (2013) El divorcio y su evolución en el Derecho Argentino. Retomado de: https://repositoriosdigitales.mincyt.gob.ar/vufind/Record/BDUNCU_ae0021e1f4a1d2a76361013e1317689d

García Presas, I. (2006). El derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil. Universidad de A Coruña. Retomado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/83571173.pdf>

Gerardo, P. B. (s.f.). *Celeridad del régimen de divorcio en el nuevo código civil y comercial de la nación* [Seminario final de graduación, Universidad Siglo 21]. s.f. [PEREZ BLANCHARD.pdf \(uesiglo21.edu.ar\)](#)

Gómez Duque, A. (2002). *Elementos de Derecho de Familia*. Bogotá D.C. Leyer.

Guilarte Gutiérrez, V. (2005). *Comentarios a la nueva reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*. Lex Nova.

Hernández, L. (2014). *El vaciamiento de la culpa en materia matrimonial en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación*. Retomado de [El vaciamiento de la culpa en materia matrimonial en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación \(marcelamascotena.com.ar\)](#)

Herrera, M. (2014) El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación*. Familia, 53. Retomado de: <https://www.marcelamascotena.com.ar/documentos/4.pdf>

Herrera, M. (2015) *Manual de Derecho de las Familias*. Abeledo Perrot S.A. Retomado de <http://www.ejuridicosalta.com.ar/files/Manual de Derecho de Las Familias.pdf>

Jaramillo, I. C. (2013). *Derecho y familia en Colombia: historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Jefatura del Estado (08 de julio de 2005). Por la que modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. [Ley 15 de 2005]. DO: «BOE» núm. 163. Retomado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864>

Jefatura del Estado (08 de julio de 2005). Exposición de motivos. [Ley 15 de 2005]. Retomado de: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_15_2_192005_es.htm

Jefatura de Estado (20 de julio de 1981). Por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. [Ley 30 de 1981]. DO: BOE» núm. 172, de 20 de julio de 1981, páginas 16457 a 16462. Retomado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-16216>

Juzgado de familia N°3 de Corrientes (17 de marzo de 2015). A. M. T. Y L. C. M. A. s/ Divorcio Vincular por presentación conjunta. Utsupra. Retomado de: http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00393345446

Kemelmajer de Carlucci, A. (2014a). *“La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”*. *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y Contemporánea*. Directoras Marisa Graham y Marisa Herrera. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Infojus*.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2014b). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino 2014. *Revista Jurídica La Ley*. Retomado de <https://www.edumargen.org/docs/curso44-11/intro/apunte05.pdf>

Kemelmajer & Herrera (2015, julio 02). El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código. Retomado de: [*Kemelmajer de Carlucci El divorcio sin expresion de causa y los deberes y derechos matrimoniales.pdf \(scba.gov.ar\)](#)

Kemelmajer, A. & Herrera, M. (2016). Perspectiva constitucional- convencional de la ruptura matrimonial: el divorcio sin expresión de causa en el nuevo régimen jurídico argentino. Retomado de: [Microsoft Word - 345.docx \(conicet.gov.ar\)](#)

Lasarte Álvarez, C. (2005) Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales. *Arazandi*, Pamplona. Retomado de: <https://www2.uned.es/dpto-dcivil/imagenes/Divorcio%20Acausal%20Lasarte.pdf>

Lopera, O. C. (2016). Reflexiones sobre el divorcio unilateral en Colombia. *Revista de la Facultad de Trabajo Social*, 32(32), 37 - 51

Luelmo, A. (2007). La Supresión de las Causas de Separación Divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho Civil. *Revista Jurídica de Castilla León*, No 13.

Mendoza, C, M & Torrado, A, H. (1996) 12 mitos sobre el divorcio. Norma.

Medina Pabón, J. E. (2014). *Derecho Civil: Derecho de familia*. Universidad del Rosario. Retomado de <https://www-digitaliapublishing-com.ezproxy.eafit.edu.co/a/10223>

Mignon, María Belén; “Divorcio Express: Primeras conclusiones”, en Revista Jurídica La ley, 1411/2015, p. 7 y ss.

Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos de Argentina. (diciembre de 2006) Aspectos procesales del divorcio. [Lucas C. Aón, Romina A. Méndez]. Retomado de:
[http://www.saij.gob.ar/lucas-aon-aspectos-procesales-divorcio-dacf160651-2016-12/123456789-0abc-defg1560-](http://www.saij.gob.ar/lucas-aon-aspectos-procesales-divorcio-dacf160651-2016-12/123456789-0abc-defg1560-61fcanirtcod?&o=14&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil/relaciones%20de%20familia%5B2%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=62)

[61fcanirtcod?&o=14&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil/relaciones%20de%20familia%5B2%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=62](http://www.saij.gob.ar/lucas-aon-aspectos-procesales-divorcio-dacf160651-2016-12/123456789-0abc-defg1560-61fcanirtcod?&o=14&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil/relaciones%20de%20familia%5B2%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=62)

Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos de Argentina. (agosto 10 de 2016) El nuevo paradigma del divorcio express vs. el divorcio sanción. [Florencia P. Galeazzo Goffredo]. Retomado de:
[http://www.saij.gob.ar/florencia-galeazzo-goffredo-nuevo-paradigma-divorcio-express-vs-divorcio-sancion-dacf160393-2016-08-10/123456789-0abc-defg3930-](http://www.saij.gob.ar/florencia-galeazzo-goffredo-nuevo-paradigma-divorcio-express-vs-divorcio-sancion-dacf160393-2016-08-10/123456789-0abc-defg3930-61fcanirtcod?&o=40&f=Total%7CFecha/2016%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=62)

[61fcanirtcod?&o=40&f=Total%7CFecha/2016%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=62](http://www.saij.gob.ar/florencia-galeazzo-goffredo-nuevo-paradigma-divorcio-express-vs-divorcio-sancion-dacf160393-2016-08-10/123456789-0abc-defg3930-61fcanirtcod?&o=40&f=Total%7CFecha/2016%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=62)

Miro i Ardèvol, J. (2007) Consecuencias económicas y sociales de la ruptura del matrimonio. Instituto de Estudios del Capital Social (INCAS). Universidad Abat Oliba CEU. Retomado de:
https://observatorio.campusvirtual.org/uploads/29093_29093.pdf

Molina de Juan, M. F. (2016, mayo 02). Las compensaciones económicas en el nuevo divorcio argentino. Autonomía personal, orden público y facultad de renuncia. REDIB. Retomado de: https://redib.org/Record/oai_articulo1138563-las-compensaciones-econ%C3%B3micas-en-el-nuevo-divorcio-argentino-autonom%C3%ADa-personal-orden-p%C3%BAblico-y-facultad-de-renuncia

Montero Aroca, J. (2006) Separación y divorcio tras la Ley 15/2005. Valencia, Tirant lo Blanch. Retomado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=835358>

Olave González, D. W (s.f) Divorcio de mutuo consentimiento. Retomado de: https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/43411/1/2021_divorcio_mutuo_consentimiento.pdf

Pellegrini, M. V. (2014, diciembre 04). El convenio regulador del divorcio en el Código Civil y Comercial. *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación*. Familia 2014. Retomado de: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/06/MVP-El-convenio-regulador-del-divorcio-en-el-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial.pdf>

Peralta, V. (2022, junio 07). El divorcio vincular, una ley resistida pero que marcó un avance social trascendental. Télam Digital. Retomado de: <https://www.telam.com.ar/notas/202206/594812-divorcio-vincular-aniversario.html>

Proyecto de Ley C050 de 2021(P.L. C050 de 2021). (2021) Proyecto de Ley Cámara de Representantes. Recuperado de:

<https://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2022-06/RV%2030052022%20Ponencia%20segundo%20debate%20divorcio%20PL.%20050%20de%202021%20%281%29.docx>

Proyecto de Ley C408 de 2020 (P.L. C408 de 2020). (2020) Proyecto de Ley Cámara de Representantes. Recuperado de:

<https://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2021-03/24032021%20Ponencia%20positiva%20PL%20408%202020C%20segundo%20debate.docx>

Real Decreto de 24 de julio de 1889 [Código Civil]. (1889). DO: «Gaceta de Madrid» núm. 206.

Retomado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Ribas Ferrer, J. (2001). Relaciones familiares y límites del derecho de daños. Retomado de:

<https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/80489/104821>

Roberto, M. (s.f.) Respuesta al cuestionario del comité de expertos del mecanismo de seguimiento de la implementación de la convención interamericana contra la corrupción. Retomado de:

http://www.oas.org/juridico/spanish/arg_res1.htm#:~:text=El%20Poder%20Legislativo%20de%201a,y%20temas%20propios%20de%20las

Ruiz Manotas, P. (2020). La construcción del divorcio en Colombia desde las normas jurídicas a partir del siglo xix. Diferencias de género e influencia política y religiosa. *Revista de Derecho Privado*, No 39, julio-diciembre 2020, 109-139. Retomado de:

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/6679>

Ruiz Rico Ruiz, P. & Castaño Castro, M. J. (2015). Matrimonio y divorcio: sistemas legales de divorcio. la acción de divorcio. Los pactos matrimoniales. Universidad de Málaga. Retomado de: <https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/10646/MATRIMONIO%20Y%20DIVORCIO.pdf?sequence=1>

Semana (2021). Se hunde proyecto de ley sobre divorcio libre en el Congreso. Nación. Tomado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/se-hunde-proyecto-de-ley-sobre-divorcio-libre-en-el-congreso/202126/>

Serrano, J. (2007). El proceso de divorcio español tras la ley 15/2005. *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*.

Silvia, A. (2016). Divorcio Vincular, Fundamentos de la Reforma. [Tesis de Grado]. Retomado de: ALONSO Silvia.pdf (uesiglo21.edu.ar).

Themis. La asociación de Mujeres Juristas (2004). Conclusiones del Taller de trabajo realizado por la Asociación de Mujeres Juristas Themis l Dia 17 De noviembre de 2004 sobre el anteproyecto de la Reforma el Código Civil en materia de Separación y Divorcio. Retomado de: <https://www.mujeresjuristasthemis.org/funcion-themis/biblioteca/category/16-familia?download=59:conclusiones-anteproyecto-separaciones>

Trigo García, B. (2005) La introducción de la separación y el divorcio sin causa en el Derecho español. *Revista Jurídica da Universidad de Santiago de Compostela*. Retomado de:

https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7829/pg_009-030_dereito14-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Torrado, A, H. (2020). Divorcio: Derecho de Familia. Matrimonio, filiación y divorcio. Legis. Cuarta Edición.

Tribunal Supremo. (24 de octubre de 1979). ATS 1/1979. [M.P. Carlos de la Vega Benayas] Retomado de: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/f7c9d6b7985cd5ee/19960118>

Tribunal Supremo. (14 de julio de 2010). STS [M.P. Marín Castán, Francisco] Retomado de: <https://vlex.es/vid/223367557>

Tribunal Supremo. (21 de septiembre de 2011). STS 5855/2011. [M.P. María Encarnación Rocas Trías]. Retomado de: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/755608b207f2ae88/20111007>

Tribunal Supremo. (16 de septiembre de 1996) STS 4847/1996. [M.P. José Almagro Nosete] Retomado de: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/c28b973d5800f346/20030808>

Tribunal Supremo. (12 de septiembre de 2005) STS 5270/2005. [M.P. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta]. Retomado de: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/f94926289a6036c5/20051027>

Tribunal Supremo. (30 de mayo de 2022).. STS 2178/2022. [M.P. José Luis Seoane Spiegelberg]

Retomado de:

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3d25611d26c102bca0a8778d75e36f0d/20220614>

Tribunal Supremo. (04 de noviembre de 2011). STS 6998/2011. [M.P. María Encarnación Roca Trías] Retomado de:

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/5cac1db3320da062/20111114>

Tribunal Supremo. (14 de julio de 2006) STS 4493/06 [M.P. Clemente Auger Liñan] Retomado de:

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/f2ea5963859bd469/20060803>

Tribunal Supremo. (18 de enero de 2010) STS 776/10. [M.P. María Encarnación Roca Trías]

Retomado de: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/088ae2bf674e341d/20100318>

Tu Espacio Jurídico. (2015). Los cambios más relevantes en materia de matrimonio y divorcio que implementara el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Retomado de: <https://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/2015/05/04/los-cambios-mas-relevantes-en-materia-de-matrimonio-y-divorcio-que-implementara-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>

Ugarte, L. A. (2015, agosto 06). Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica. *La Ley*, No 1.

Retomado de:

[https://www.scba.gov.ar/leyorganica/CCyc30/pdfley/Ugarte Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado.pdf](https://www.scba.gov.ar/leyorganica/CCyc30/pdfley/Ugarte%20Deberes%20del%20matrimonio%20y%20consecuencias%20del%20divorcio%20incausado.pdf)

UNAM. (s.f). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/7.pdf>

Veloso, S. F. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Editorial Thomson Reuters.