

	<b>UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA</b>			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
<b>FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO</b>	<b>F-AC-DBL-007</b>	<b>10-04-2012</b>	<b>A</b>	
Dependencia	Aprobado		Pág.	
<b>DIVISIÓN DE BIBLIOTECA</b>	<b>SUBDIRECTOR ACADÉMICO</b>		<b>i(57)</b>	

## RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	<b>YANCY ASCANIO ANGIE PATRICIA MARTÍNEZ RINCÓN</b>		
FACULTAD	<b>FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES</b>		
PLAN DE ESTUDIOS	<b>PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO</b>		
DIRECTOR	<b>SILVIA JULIANA IBÁÑEZ DURAN</b>		
TÍTULO DE LA TESIS	<b>APLICABILIDAD DE CAUSALES ATÍPICAS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DIVORCIO DEL MATRIMONIO CIVIL EN COLOMBIA</b>		
<b>RESUMEN</b> (70 palabras aproximadamente)			
<p><b>EL DESARROLLO DE LA MONOGRAFÍA SE ENFOCO HACIA UNA ANÁLISIS DE APLICABILIDAD DE UNA NUEVA CAUSAL PARA LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL A PARTIR DEL DESARROLLO QUE HA TENIDO EN MATERIA DE GARANTÍAS, EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN COLOMBIA. EL ENFOQUE ANALÍTICO DE LA MONOGRAFÍA PERMITIÓ CONCLUIR QUE DENTRO DEL CONTEXTO ACTUAL, ES VIABLE QUE EL CONGRESO EVALUÉ ESTA POSIBILIDAD Y FORTALEZCA LA LIBRE AUTODETERMINACIÓN DE LAS PERSONAS EN RELACIÓN CON EL DIVORCIO, SIN LIMITAR EL MUTUO ACUERDO PARA DICHA DISOLUCIÓN.</b></p>			
<b>CARACTERÍSTICAS</b>			
PÁGINAS: 57	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:



Vía Acolsure, Sede el Algodonal, Ocaña, Colombia - Código postal: 546552  
 Línea gratuita nacional: 01 8000 121 022 - PBX: (+57) (7) 569 00 88 - Fax: Ext. 104  
 info@ufpso.edu.co - www.ufpso.edu.co

**APLICABILIDAD DE CAUSALES ATÍPICAS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL  
DIVORCIO DEL MATRIMONIO CIVIL EN COLOMBIA**

**AUTORES**

**YANCY ASCANIO**

**ANGIE PATRICIA MARTÍNEZ RINCÓN**

**Monografía presentada como requisito para obtener el título de Abogadas**

**DIRECTOR**

**SILVIA JULIANA IBÁÑEZ DURAN**

**UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA**

**FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES**

**PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO**

## Índice

<b>Capítulo 1. La institución de la familia en Colombia.....</b>	<b>1</b>
1.1 El concepto doctrinal de familia .....	1
1.2 Modalidades de Familia.....	4
1.3 La familia bajo el ordenamiento jurídico colombiano.....	4
1.4 Concepto jurídico de familia en el marco legal y jurisprudencial en Colombia.....	13
1.5 evolución del concepto de familia por la corte constitucional.....	15
<b>Capítulo 2. El matrimonio y su disolución en el contexto doctrinal, jurídico y jurisprudencial.....</b>	<b>18</b>
2.1 El concepto de matrimonio .....	18
2.2 Antecedentes en el régimen jurídico colombiano .....	20
2.3 La clasificación del matrimonio.....	24
2.3.1 El matrimonio canónico.....	24
2.3.2 El matrimonio civil .....	27
2.4 La disolución del matrimonio .....	31
<b>Capítulo 3. El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. ....</b>	<b>36</b>
3.1 El libre desarrollo de la personalidad en Colombia en la Constitución Política de 1991 y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional .....	36
3.1.1 Criterios que limitan el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad. ....	37
<b>Capítulo 4. Criterios que determinan la necesidad de otras causales que configuran el divorcio por la voluntad unilateral en el contexto jurídico de la protección al libre desarrollo de la personalidad y el respeto por la dignidad humana .....</b>	<b>39</b>
<b>Conclusiones.....</b>	<b>44</b>
<b>Referencias .....</b>	<b>46</b>

## Introducción

El tema del divorcio en materia civil en Colombia ha sido ampliamente debatido, máxime cuando como lo hemos expresado nos encontramos en un proceso de construcción de un Estado Social de Derecho.

Cuando existe mutuo acuerdo entre las partes se permite que se lleve a cabo el divorcio de forma ágil mediante un proceso notarial que da por terminado el contrato de matrimonio.

Sin embargo, en el escenario de la voluntad de los contrayentes, existe otro ámbito y es el divorcio cuando no existe acuerdo y entonces se debe iniciar un proceso en la jurisdicción civil, donde debe darse cumplimiento a las causales expresadas en el Código Civil, las cuales se pueden configurar cuando los cónyuges establezcan relaciones sexuales extra-matrimoniales, así mismo por grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como esposo o como esposa y como padres, os ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, la embriaguez habitual de uno de los cónyuges, el uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.

También establece el artículo que es causal de divorcio toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o psíquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge que imposibilite la comunidad matrimonial, toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo, la separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años y el consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia.

No obstante mediante, Sentencia T-967/14, se estableció una nueva causal atípica que no contemplaba el Código denominada bajo la figura de los celos, y en la que se establece que:

“El estado de tensión, la angustia, el aislamiento, el nerviosismo y la desconcentración en el trabajo generados por los celos enfermizos y agresivos de la pareja son muestra de malos tratos psicológicos a la que la otra parte era sometida. Por lo cual, sí estaba demostrada la causal alegada”. (Sentencia T-967/14)

Es decir que de acuerdo con los planteamientos de la Corte Constitucional, los celos en las relaciones matrimoniales constituyen una causal para establecer la configuración del divorcio.

Sin embargo, dentro de la misma figura, podemos encontrar otras motivaciones más como por ejemplo la decisión unilateral de terminar el contrato de matrimonio por motivaciones sujetas al libre desarrollo de la personalidad, como tendencias sexuales o de género, generándose un nuevo escenario para el debate, puesto que recordemos que el Estado Social de Derecho se fundamenta en el respeto por la dignidad humana y a su vez prevé la garantía del libre desarrollo de la personalidad como ámbitos que le permiten a la persona desarrollarse en todos los escenarios, y a su vez lo que las normas no pueden limitar por simples caprichos u omisión legislativa.

De esta forma nos hemos planteado el siguiente problema jurídico ¿Criterios que determina la necesidad de otras causales que configuran el divorcio por la voluntad unilateral en el contexto jurídico de la protección al libre desarrollo de la personalidad y el respeto por la dignidad humana?

La metodología de la monografía se contextualiza en el campo de acción de la hermenéutica jurídica, y por lo tanto bajo el estudio de este hemos podido determinar que el

método que se aplicará a la misma se configura como el método exegético, el cual como lo determina Giraldo, (1996) busca desentrañar el espíritu del legislador, contenido en el texto legal, y que para ello debe el intérprete comprender el significado de los términos que utilizó el legislador para expresar la norma, procedimiento este que constituye la razón de su nombre.

Con fundamento en este método, se extraerá de las normas jurídicas el contexto jurídico de la familia, el divorcio, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, para establecer el debate jurídico propuesto en referencia a las causales atípicas del mismo.

## Capítulo 1. La institución de la familia en Colombia

### 1.1 El concepto doctrinal de familia

Para aproximarnos a un concepto de familia, debemos comenzar por establecer algunos antecedentes de dicha institución. La historia del hombre ha estado marcada por diferentes épocas en la historia, una de ellas y en la que se enmarca el origen de la familia se establece hacia la etapa primitiva del ser humano, donde la convivencia familiar se hacía bajo la figura de la promiscuidad sexual.

En dicha forma de convivencia, no se podía establecer con certeza la paternidad, por lo tanto la filiación, se establecía a partir de la línea femenina, conllevando a que se diera un dominio absoluto denominado ginecocracia.

Dentro de esta época, se distinguen de acuerdo con McLennan citado por Acevedo, dos modalidades de agrupación en tribu como son las exógamas, en la que los hombres deben buscar esposas y las mujeres esposos fuera del grupo, y las endógenas, en las que tomaban esposas sólo en el seno del mismo grupo. Este autor habla de tres formas de matrimonio: poligamia, poliandria y monogamia.

De acuerdo con la citación que hace Acevedo, en su artículo investigativo, esta época se denominó como matriarcal, y finaliza con la agrupación familiar sobre tres modalidades, la consanguínea, punalua, y sindiasmica.

Luego la sociedad se enmarca bajo la modalidad patriarcal, toda vez que el modelo anterior no era lo suficientemente sólida, y de acuerdo a las concepciones de la época no permitía dicho modelo la consolidación y desarrollo de la sociedad. La sociedad patriarcal, se caracterizó por un modelo de familia monogámica, en la que a diferencia de la matriarcal, el

dominio se encontraba bajo el poder del hombre, y el principal objeto de la union era la procreación. Bajo este modelo, se conocia con certeza la paternidad, y por lo tanto se configuraba el derecho de heredar de los hijos, pero bajo el poder del padre, tanto los hijos como la esposa hacian parte de su propiedad.

Seguidamente encontramos, una de las priemras legislaciones, como fue el Código de Hamurabbi, donde la institucion de la familia se funda bajo el vinculo del matrimonio, y su principal objetivo era la procreacion. El Código en sus Artículos 154-155, prohibía con graves sanciones el matrimonio entre padre e hija, o entre madre e hijo.

Además se regulaba la figura del contrato mediante el cual se hacia la promesa de matrimonio y se estipulaba la obligación de una dote para el padre de la futura esposa.

Luego se evoluciono en los elementos del matrimonio, y se incluyó el consentimiento para su ejecución. Establecía el Código de Hammurabi, que el esposo podía repudiar a la esposa, aunque no existieran causales justas.

En la sociedad egipcia, se configuraba la familia monogamica, donde el faraón estaba facultado para tener varias esposas. El consentimiento de los esposos es requerido juntamente con la redacción de un documento escrito en el que se determina su estatuto patrimonial y la sociedad de los bienes. La esposa tiene capacidad jurídica para disponer de sus propios bienes, en especial, de los recibidos por sucesión. Al esposo se le concedía el derecho de divorcio. (Acevedo)

No obstante, el hombre y sus relaciones en sociedad, han ido evolucionando con el paso del tiempo lo que ha generado que la formas de agruparse en familia y la concepción de la familia se funde hoy sobre otros preceptos, no únicamente el de la procreación.

De esta forma, es entonces la institución de la familia una de las figuras con mayor antigüedad en las relaciones del hombre, y fundada sobre diferentes criterios que hacían alusión a época que se vivía y las costumbres que se desarrollaban.

No obstante, respecto a su concepto encontramos que en las épocas de la historia del hombre, la familia se ha enmarcado bajo la figura inicialmente de la promiscuidad, luego del poder dominante de la mujer, que finalmente es promovido por la figura patriarcal, donde la mujer es sometida a las imposiciones del hombre en todos los aspectos de su vida, y se define la familia como un medio para la procreación a perpetuidad.

Etimológicamente, el significado de familia proviene del concepto de grupo de siervos y esclavos del patrimonio del jefe de las gens, no obstante posteriormente la figura de la gens desapareció, y entonces la familia se integraba por vínculos y se configuraba bajo las obligaciones, deberes y derechos de dicha época.

De acuerdo con algunos autores citados por Oliva & Villa, (2013), existen varias concepciones doctrinales de familia,

En la época moderna, damos paso a un nuevo concepto de familia, donde se establece “como la una estructura social que se construye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros, que sin bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor; lo que estructuran y le brindan cohesión a la institución.” (Sentencia 2001-01932 de julio 11 de 2013)

Es entonces en el Estado Moderno, la familia el núcleo esencial sobre el cual se estructura una sociedad, y se consolida bajo fines más filosóficos que la simple procreación, además clasificándose en familias ya no dominadas por el padre o la madre, sino por nuevas

formas de conformación que armonizan con el reconocimiento y la protección de los derechos humanos.

## **1.2 Modalidades de Familia**

Familia nuclear o completa: compuesta por el esposo (padre), la esposa (madre) y los hijos. Estos hijos pueden ser los descendientes biológicos o los adoptivos.

Familia fruto de las relaciones de hecho: no amparadas ni por ley civil ni eclesiástica, generalmente porque existe de por medio algún impedimento en uno o ambos miembros de la pareja.

Familia fruto de la unión libre: en la que su relación es tan fuerte que no sienten la necesidad de que alguna institución los salvaguarde o proteja.

Familia de madre soltera: fruto de encuentros casuales o accidentales entre varón y mujer.

Familia extensa o consanguínea: compuesta por más de una unidad nuclear porque comprende también a los abuelos, tíos, primos y hasta nietos que viven bajo un mismo techo.

Familia monoparental: compuesta por uno de los padres y sus hijos. Esta familia puede tener diversas causas: o porque los padres se han divorciado y los hijos quedan con uno de ellos, o por muerte de uno de los cónyuges.

## **1.3 La familia bajo el ordenamiento jurídico colombiano**

Para configurar el análisis de la presente monografía es necesario que inicialmente se coloque en contexto el tema de la institución de la familia, debido a que bajo esta figura se

establece el vínculo matrimonial y posteriormente el divorcio que finalmente será el tema de discusión en la monografía.

El primer aspecto que se requiere revisar es el histórico, y por ende tenemos que Colombia es un estado que le ha asignado a la familia el papel fundamental dentro de la formación de una sociedad, sin embargo hacia 1810 cuando se proclamaba constitucionalmente un estado libre e independiente, no se estableció un status jurídico a la conformación de la familia y a su importancia ya que esta es el núcleo básico para que toda sociedad se desarrolle perfectamente.

Solo hasta 1886 con la nueva Constitución se puede dilucidar en su contenido dos artículos que hace mención a esta, tales como: artículos: 23, donde se destaca la prohibición de que “nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido o prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente (...)” y 50, “...las leyes determinarán lo relativo al estado civil y consiguientes derechos y deberes. Así como podrán establecer el patrimonio inalienable e inembargable”. En el año siguiente a la promulgación de la constituyente con la Ley 53 se legitima el matrimonio católico, el cual era visto como un escalón para ser más reconocido socialmente convirtiéndose así en un modelo de lo que es la familia tradicional perfecta tomada del Derecho Romano, este modelo llego a afianzar la figura patriarcal, en donde la mujer y los hijos dependían exclusivamente del padre.

Legalmente se adhiere el concepto familia gracias al código civil colombiano del año 1873, siendo reformada la noción de familia hasta 1932 donde se establece legalmente la familia como una institución en la reglamentación.

La familia patriarcal se robusteció de forma usual desde el siglo XIX hasta los 70 del siglo XX. La finalidad de esta familia era extender su apellido y patrimonio, consolidando su descendencia de manera que tenían muchos hijos, por esto se valoraba demasiado la natalidad, los índices de fertilidad, fecundidad, composición de familia y la responsabilidad de la mujer en cuanto a su fertilidad (Pachón, 2008, p.147).

El siglo XIX se caracterizó por la lucha de la mujer en contra de su sometimiento a ocuparse única y exclusivamente del hogar, a parir y criar a sus hijos; se caracterizó por ese deseo de romper aquellas estipulaciones de su papel en la familia que el catolicismo les había inculcado. Claro está que esto no les funcionó a todas, debido a que en las clases altas no se les permitió tener el control, en cambio en la clase media y baja si alcanzaron a lograr su objetivo tanto así que constituían familias monoparentales, en donde su jefe era una mujer. Debido a todos estos cambios las circunstancias familiares se vuelven difíciles y la iglesia empieza a perder un poco de importancia en la sociedad.

A principios del siglo XX se comienza a entrever cambios significativos para la familia en cuanto a la creación de la Ley 28 de 1932 que le genera a la mujer casada una emancipación en el momento en que podría disponer de su patrimonio. Colombia se enfrentó a mediados de este siglo a una transformación importante en cuanto a la familia tradicional en donde la mujer debido a las campañas masivas de control de natalidad que se generaban decide comprimir el número de hijos. Y de una u otra forma se empieza a entrever la familia nuclear conocida también como círculo familiar, en donde se vuelve realmente importante la claridad de los hijos que se iban a tener, los lazos familiares afectivos se hacen más fuertes. Pero este concepto tradicional llevaba consigo secuelas del siglo anterior en donde la separación era considerada una de las principales causas de excomulgación y por ello

también expulsaban a sus hijos del colegio al que pertenecían, considerados mal ejemplo para la sociedad.

Valencia, estipula de manera muy precisa las transformaciones en materia legislativa del derecho de familia en el curso de los últimos años haciendo una línea de tiempo hasta el proyecto del código civil actual.

Hacia 1937, se promulga la Ley 70 que crea la constitución del patrimonio de familia no embargable y todo lo referente al tema. Se autoriza a las familias la constitución de su patrimonio con la calidad de no embargable, constituido sobre el dominio de un bien inmueble de los dos cónyuges o de uno de ellos y estableciendo una excepción en la cual se puede constituir gracias a un tercero mediante donación entre vivos o asignación testamentaria, luego esta norma fue modificada por las leyes 495 y 546 de 1999.

Luego un año después, se aprueba la Ley 28 de 1932, mediante la cual se reglamenta el manejo administrativo que se le deben dar tanto a los bienes adquiridos por cada cónyuge una vez conformada la sociedad conyugal, como aquellos que fueron adquiridos de manera independiente previo a la constitución de la misma, y la libertad que hay para disponer de estos, pero se advierte que una vez el matrimonio civil se disuelva la sociedad conyugal también debe ser liquidada. Al tratarse del patrimonio económico, no solo los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a los cónyuges hacen parte del mismo sino que también se deben reglamentar las deudas tanto individuales como las que tengas en común, por esta razón se determinó que no había responsabilidad solidaria frente a terceros por la deudas adquiridas a título personal por uno de los cónyuges y que por el contrario cuando las deudas fueron adquiridas en razón de suplir las necesidades propias del hogar, estas sí deben ser pagadas de manera proporcional y en conjunto. Un aspecto importante a mencionar en esta ley es la

libertad que se le da a la mujer para administrar libremente sus bienes y no requerir de la autorización de su esposo o de un juez, ni estar sujeta a la representación legal de su esposo.

Finalmente se determina que en lo relativo a la distribución de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, hay una libertad para que extrajudicialmente se pueda dividir o repartir de acuerdo a la voluntad de los cónyuges cumpliendo con el protocolo de elevar el acuerdo que se haga a escritura pública, además de ser los mismos cónyuges en forma conjunta quienes respondan solidariamente si con ocasión a dicho acuerdo se genera algún daño a terceros.

Respecto a la filiación, se promovió la Ley 45 de 1936, que acabó con las diferencias entre hijos naturales y los legítimos con el fin de igualarlos. Permitiendo que se investigara legalmente la paternidad natural, estipulando seis casos en donde se presume la paternidad y si esta se declaraba judicialmente los hijos naturales tendrían derecho a heredar hasta la mitad de lo que heredaban los hijos legítimos. La corrigió la ley 29 de 1982.

Hacia 1968, se promulgó la Ley 75 o también denominada “ley de paternidad responsable” o “Ley Cecilia”. Por la cual se dictan normas sobre filiación en donde se elimina el requerimiento de que las relaciones sexuales fuesen notorias y estables para determinar la paternidad. Y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que se crea con el único fin de prevenir y proteger integralmente la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias.

En 1970 el Presidente de la Republica promueve el Decreto 1260, por el cual se expide el estatuto del registro civil de las personas dándole vital importancia ya que determina la capacidad que tiene la persona para adquirir algunos derechos y obligaciones, con un carácter de indivisibilidad, indisponibilidad e imprescriptibilidad.

Seguidamente, se encuentra la Ley 20 de 1974, que entró a probar el nuevo concordato que constituye la norma que establece en lo continuo las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado, por ende autoriza el matrimonio civil sin tener en cuenta la religión que se profese. Derogando el concordato de 1887.

Posteriormente, a esto la potestad marital anunciaba un mando sobre la mujer. Ella debía obedecer a su cónyuge y él debía retribuir con protegerla. Asimismo, él poseía el título de la patria potestad sobre sus hijos concebidos en matrimonio.

En 1974 por medio del Decreto 2820, por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones. Suprimió toda creación de obediencia de la mujer a su cónyuge, eliminando aquella facultad del hombre hacia la mujer en su relación marital y por ello equiparar todos los derechos y obligaciones matrimoniales de los cónyuges.

En otros temas de igual importancia como la adopción, se promovió la Ley 5 de 1975, en cuanto al límite de edad para poder adoptar y ser adoptado.

Respecto al tema del matrimonio, La ley 1 de 1976 aprobó el divorcio para el matrimonio civil y canónico y reguló la separación tanto de cuerpos, como de bienes, y se transforman diferentes disposiciones del Códigos Civil y de Procedimiento Civil en Derecho de Familia. Reformada por la ley 25 de 1992.

En virtud de la Ley 27 de 1977, se estableció la mayoría a los 18 años. Estipulando en su artículo 1º <<Para todos los efectos legales llámese mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años>>. Cuando leyes anteriores hablen de 21 años como capacidad legal para realizar determinados actos jurídicos, se deducirá que hace referencia a los mayores de 18 años.

Respecto al tema de la desigualdad que existía entre los hijos cuando eran concebidos dentro y fuera del matrimonio, la ley 29 de 1982 reconoce la igualdad de derecho a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos en cuanto a la herencia y se realizan los acuerdos necesarios para los órdenes hereditarios, dando paso al fenómeno jurídico conocido como igualdad sucesoral.

Seis años más tarde se promovió el Decreto 902 de 1988 se autoriza liquidar ante notario público las herencias y sociedades conyugales siempre y cuando los legatarios, cónyuges o herederos, o sus cesionarios tengan plena capacidad, actúen por común acuerdo y lo soliciten mediante apoderado por escrito, entre otras disposiciones.

Respecto a la competencia para conocer de los asuntos que confieren a los derechos de la familia, se estableció mediante el Decreto 2282 de 1989 la creación de una jurisdicción con el fin de resolver todo lo referente al derecho de familia.

En el ámbito de la regulación de las garantías para el ejercicio y goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se promovió el Decreto 2737 de 1989 mediante el cual se configura jurídicamente el Código del Menor, por el cual se garantizan el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, brindándoles una protección integral desde su nacimiento hasta cumplir la mayoría de edad.

Otro aspecto que se regula jurídicamente a partir de 1990, con la Ley 54 de 1990, y es el reconocimiento de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes y de la cual se derivan ciertas consecuencias jurídicas.

Sobre el vínculo matrimonial, se encuentra también la Ley 25 de 1992, que concede efectos jurídicos a los matrimonios celebrados de acuerdo a los cánones establecidos de iglesias que tengan personería jurídica, igualmente las actas deben inscribirse en la Oficina de

Registro del Estado Civil y reconoce competencia a las autoridades religiosas para resolver todo tipo de controversias relativas a la nulidad de los matrimonios que se celebren por religión, deberán comunicarse al Juez de familia o promiscuo de familia del domicilio de los cónyuges y una vez emitida la providencia del Juez, quedará en firme para efectos civiles.

Con la promulgación de la Constitución de 1991, y el mandamiento de armonizar el cuerpo legal con las disposiciones del Estado Social de Derecho, argumento que permitió la promulgación de la Ley 82 de 1993 con el único fin de apoyar de una manera a la mujer que es considerada cabeza de familia, la mujer que ejerce la jefatura de su hogar y que además tiene a cargo sus hijos menores u otras personas incapacitadas. Lo cual significa la responsabilidad únicamente de la madre para sostener ese hogar. Se crea en sentido a las diferentes situaciones históricas que de una u otra forma han ayudado a que la mujer surja y desempeñe un rol importante en la sociedad, la misma luego sufrió una modificación con la aprobación de la ley 1232 de 2008.

Respecto a la protección de los derechos de la mujer, se ratificó en Colombia la Convención de Belém do Pará, mediante la Ley 248 de 1995, con el fin de prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer puesto que ésta violación constituye vulneración a los derechos humanos , limitando a la mujer al pleno goce de ellos.

De la misma forma, el Estado en busca de la protección especial que merece la familia por su papel fundamental en el sociedad, promovió mediante la Ley 258 de 1996, que regula la afectación a vivienda familiar que es el bien inmueble obtenido íntegramente por uno de los cónyuges, antes o después del matrimonio reservado a la vivienda de la familia. Esta ley fue reformada por la ley 854 de 2003.

En la Ley 294 de 1996, en donde se dictan reglas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar por medio del cual se da un procedimiento completo de las particularidades de violencia en la familia, con el fin de que se garantice a ésta su armonía y unidad. Se crea un mecanismo de protección inmediata para poner fin a la agresión o evitar que se cometa. Esta ley es reformada por las leyes 575 de 2000, art. 1° de la ley 882 de 2004 y el artículo 14 de la ley 890 de 2004.

Finalmente, mediante la Ley 311 de 1996 crea el Registro Nacional de Protección Familiar que es una lista en donde se inscriben que sin justa causa no brinden alimentos estipulados mediante ley a sus hijos menores, mayores que autorice la ley y a los demás que establece el artículo 411 del Código Civil. Los decretos – leyes 1122 de 1999 y 266 de 2000 que eliminaban el registro, se declararon anticonstitucional por sentencias C-923 de 1999 y C-1316 de 26 de septiembre de 2000.

Y en la Ley 721 de 2001 se convierte en obligatoria la prueba de ADN para comprobar la paternidad o maternidad en un proceso judicial. Modifica la forma empleada desde 1968 para establecer la paternidad o la maternidad, fijando como prueba necesaria en las indagaciones de filiación, la prueba científica de ADN y establece que se garanticen una probabilidad de parentesco superior a 99.99%.

Desde el aspecto legal, podemos determinar que Colombia ha establecido dentro de su ordenamiento jurídico un ámbito de protección especial para la familia, buscando garantizar a todas las personas que integran este vínculo y materializar sus derechos de manera efectiva.

Posterior a la promulgación de la Constitución Política de 1991, el régimen de normas se han ido modificando, complementando hoy en día un amplio panorama de reconocimiento de derechos inclusivos para las minorías, y consolidándose el modelo de Estado Social de

Derecho, en la regulación de la protección especial de los menores y las personas de la tercera edad, en el reconocimiento del vínculo matrimonial para las parejas del mismo sexo, en las causales para la disolución del vínculo matrimonial civil, los fueros laborales para las personas por salud, embarazo o pre pensionados, y demás lo que permite concluir que Colombia ciñe un camino hacia la real garantía de los compromisos establecidos y que la familia goza de un amplio y completo marco legal que garantiza los deberes, derechos y obligaciones de quienes conforman en núcleo familiar.

#### **1.4 Concepto jurídico de familia en el marco legal y jurisprudencial en Colombia**

Para configurar el análisis de la presente monografía es necesario que inicialmente se coloque en contexto el tema de la familia como una institución, debido a que bajo esta figura se establece el vínculo matrimonial y posteriormente el divorcio que finalmente será el tema de discusión en la monografía.

Como primer aspecto se analizan algunos conceptos incorporados por autores de lo que es la familia y su importancia a nivel mundial. Según Spencer, la familia tiene la función de cohesionar a los propios integrantes y a todos aquellos que pertenecen a la misma colectividad. Tiene como principal encargo la procreación y el aseguramiento de las condiciones mínimas de existencia de los hijos hasta que pueden ser autosuficientes y contribuir a la economía familiar (Spencer, citado en Mark, 2007)

La familia es el lugar de orden, normativo y básico aunque heterogéneo, en el que actúan, al igual que en la sociedad, fuerzas de aprobación y sanción (Durkheim, 1973).

En sentido jurídico amplio un concepto de familia según lo define Castan, como un conjunto de personas unidas por el matrimonio o por vínculos de parentesco ya sean naturales

o de adopción. Comprende la familia tres mandatos de relaciones: las conyugales, las paterno-filiales y las parentales.

Se abordará el concepto de familia en la constitución de 1991 y es que existe una parte ortodoxa en ella en donde se encuentran varias reseñas a la familia, como por ejemplo cuando hace mención a los principios fundamentales en su artículo 5°, la acoge como una institución básica de la sociedad. Y de manera específica está contenida en los derechos fundamentales, como la prohibición a la discriminación por causa, razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; para con esto lograr una protección al libre desarrollo de la personalidad y libre escogencia, al principio de igualdad que tienen los seres humanos.

En su artículo 15 podemos observar como se establece la intimidad familiar como derecho fundamental, estando en la obligación de hacerlo respetar y respetarlo. Otro derecho fundamental es la libertad personal y familiar (artículo 28). Pero se puede dilucidar el concepto en sí de familia en su artículo 42, cuando después de estipular la configuración del estado civil y el matrimonio menciona los deberes y obligaciones frente a la familia. Planea las formas de conformar una familia, por vínculos jurídicos o naturales, por libre decisión de contraer matrimonio o por voluntad de conformar dicha familia. Habla de la protección que se le debe dar a la familia como institución básica de la sociedad y de su inviolabilidad en cuanto a su honra y dignidad que merece; de la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y del respeto que deben tener el desarrollo de sus relaciones familiares; de la obligación de evitar la violencia que atente contra la unidad familiar; de la igualdad que deben tener los hijos; y por último acuerda la libertad que tiene la pareja a decidir la cantidad de hijos que desea tener siempre y cuando sea de manera responsable y estén en capacidad de darles una respectiva estabilidad.

Serrano 2010 menciona unos criterios importantes para comprobar el concepto de familia:

1. Criterio de Parentesco: en el artículo 66 del Código Civil Colombiano se enumera las personas a quienes la ley considera parientes, estos son: los ascendientes, los colaterales legítimos hasta sexto grado, los hermanos de simple o de doble conjunción y los afines legítimos que se hallen en segundo grado.

2. Criterio de Vocación Sucesoral: se considera que la familia se extiende hasta las personas que tienen vocación hereditaria, se habla de padres, hermanos e incluso hasta los sobrinos.

3. Criterio Económico: la familia está conformada por las personas que habitan el mismo techo y que dependen de las mismas fuentes de ingresos que estas personas generan.

### **1.5 evolución del concepto de familia por la corte constitucional**

A nivel nacional la familia es puesta como núcleo de la sociedad debido a que es un ente que ha estado sujeto a cambios a lo largo del tiempo y a sus antecedentes históricos, por ende esta institución goza de un fuero especial en el ordenamiento legal y jurídico del país, su concepto y los cambios que en ella surgen dentro del derecho vigente en Colombia se debe hacer partiendo de los fundamentos emitidos por la Corte Constitucional, que tienen fuerza vinculante, eficacia inmediata y sirven de precedente para la sociedad y para el Estado.

En Sentencia T 406 del cinco de junio de 1992, la Corte Constitucional es clara al determinar en una parte de esta sentencia que la familia es una, por no decir la principal institución más importante dentro de un Estado social de derecho como lo es el nuestro y que por ello debe tener la mejor protección en cuanto sea posible mediante cambios sociológicos

que esta institución va desplegando, ya que es claro que las normas atribuidas por el derecho van evolucionando de acuerdo a las necesidades de cada sociedad. (Sentencia T 406 de 1992)

En el año 2007, mediante Sentencia C 075 se afirma que no solo hombre y mujer pueden constituir unión marital sino que se les da ese derecho a las parejas del mismo sexo, se les da una protección legal, se les da la oportunidad de crear un patrimonio mediante esa sociedad, siempre y cuando cumplan con los requisitos que las parejas heterosexuales cumplen. Con esta sentencia se puede apreciar que el sexo no puede ser un juicio de diferenciación entre individuos que están pasando por una misma circunstancia, debido a que sería discriminatorio.

Las Sentencias C-821 de 2005 y C-840 de 2010. En donde la Corte encuentra la amplia concepción de familia dentro del orden constitucional vigente, se hace legítima la forma y la amplitud de vínculos que le pueden dar principio a la conformación de la familia y no reconoce ninguna prerrogativa a favor de un tipo determinado de familia.

En Sentencia T 716 de 2011, se logra mediante esta sentencia un avance llamativo en cuanto a la conformación de la familia, dejando a un lado esa percepción de que era conformada por un hombre y una mujer. Con esto la Corte Constitucional va más allá y lo ve como un pacto de convivencia mutua y un común acuerdo de intereses y expresa que “El vínculo familiar se logra a partir de diversas situaciones de hecho, entre ellas, la libre voluntad de conformar la familia, al margen del sexo o la orientación de sus integrantes. Por lo tanto, resulta claro que la heterosexualidad o la diferencia de sexo entre la pareja, e incluso la existencia de una, no es un aspecto definitorio de la familia, ni menos un requisito para su reconocimiento constitucional”, (Sentencia T 716 de 2011), con esto protege a las parejas del mismo sexo y su derecho de igualdad. La Corte deja claro, que independientemente del sexo o la orientación sexual, ellos también pueden conformar familia, respetándoles el derecho a la

autonomía que goza cada individuo y al libre desarrollo de su personalidad para generar sus propias decisiones respecto a su vida.

Mediante Sentencia 577 de 2011, se puede perfeccionar que las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio mediante un notario. Ya que esta sentencia establece que o existe ningún otro motivo para que parejas del mismo sexo se puedan seguir discriminando y violándoles el derecho de igualdad que gozan por su condición sexual.

## Capítulo 2. El matrimonio y su disolución en el contexto doctrinal, jurídico y jurisprudencial

### 2.1 El concepto de matrimonio

El matrimonio es una de las instituciones civiles más relevantes, pero en muchas ocasiones se hace difícil dar una definición clara de su concepto en una manera entendible.

Para empezar a definirlo debemos remitirnos al origen etimológico del matrimonio como palabra, que se deriva del latín *Matrimonium*, que se conforma por *matris* (madre) y *munium* (carga o gravamen), el significado etimológico sería “cargas de la madre”; esta definición explica que se le asigna a la madre la tarea más forzada al momento de procrear y criar a sus hijos.

Un redactor del Código Napoleónico llamado Portalis, lo define al matrimonio como “unión del hombre y la mujer para perpetuar la especie, para socorrerse y asistirse mutuamente, para sobrellevar el peso de la vida y compartir un destino común”.

Para De Ruggiero el matrimonio “es una sociedad conyugal, unión no sólo de cuerpos sino de almas, que tiene carácter de permanencia y de perpetuidad, que se origina en el amor y se consolida en el afecto sereno que excluye la pasión desordenada y la mera atracción sexual, que tiene como fin no sólo la protección de los hijos y la perpetuación de la especie, sino también la asistencia recíproca y la prosperidad económica; que crea una comunidad de vida indisoluble que engendra deberes recíprocos entre los esposos y de los esposos con la prole”.

Modestino toma el matrimonio como “la unión del hombre y de la mujer, sociedad de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano”. (Suarez, 2006)

Según el Código Civil Colombiano define el matrimonio como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. . (Ley 84 de 1873. Código Civil Colombiano)

Para que exista matrimonio se deben tener en cuenta dos aspectos importantes, uno es la unión física de los cuerpos y otro es la intención de querer unirse con la otra persona.

El matrimonio se ha ido adaptando a lo largo de la historia y se adecua de acuerdo a las necesidades y a la realidad que vive la sociedad en su momento. Por ende nos remitimos al plano histórico de esta institución del derecho civil, sus etapas, su regulación en diferentes momentos de la historia, tales como la época prehispánica y el imperio romano. (Suarez, 2006)

No podemos demostrar su existencia fundándonos en testimonios directos, ni remitirnos a años específicos para marcar la vigencia de cada momento importante, tampoco dar una línea clara sobre su historia en cuanto a la concepción del matrimonio, inclusive hoy en día los conceptos de matrimonio no son similares. (Suarez, 2006)

Tal como lo establece Hobbes sobre la historia de la familia: “los orígenes de la familia están ocultos todavía por las brumas de la prehistoria”. Dando a entender que los orígenes puede que permanezcan para siempre ocultos, ya que con el paso de los años no se tiene claridad sobre esto.

Para empezar a relatar la evolución del matrimonio en el mundo, nos centraremos sólo en tres etapas importantes tales como: la etapa de promiscuidad, del matriarcado, y del patriarcado. (Suarez, 2006)

## 2.2 Antecedentes en el régimen jurídico colombiano

La historia legislativa en Colombia a partir el estudio doctrinal e histórico se ha establecido mediante épocas o fases de la historia, partiendo desde la época colonial, en la que la institución del matrimonio se adopta a partir de la concepción de las instituciones canónicas, hasta el punto de que muchas de sus disposiciones son textualmente idéntica a los respectivos ordenamientos de la iglesia.

Posterior a esta época se desarrolla la etapa de transición legislativa en Colombia puesto que se promueve la Constitución de la Republica e Colombia a partir de 1821, en la que se declaran en fuerza y vigor las leyes que hasta aquella época habían regido las materias que directa o indirectamente no se opusieran a ella ni a os decretos leyes expedidos por el Congreso. El derecho español, como lo afirmamos, le había reconocido eficacia civil a la legislación eclesiástica, y plena eficacia jurídica al matrimonio católico; no acepto el divorcio vincular. (Inhua, 1941)

Por ley del 3 de mayo de 1825 se dispuso que el orden con que debían observarse las leyes en todos los tribunales y juzgados de la república civiles, eclesiásticos o militares, así en materias civiles, como criminales, era el siguiente:

- a) Las decretadas o que en lo sucesivo decretase el poder legislativo.
- b) Las pragmáticas, cédulas, ordenes, decretos y ordenanzas del gobiernos español, sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban bajo observancia del mismo gobierno español en el territorio que forma la república.
- c) Las leyes de la Recopilación de Indias
- d) Las de la Nueva recopilación de Castilla
- e) Las de las Siete Partidas

Pero se les negó fuerza legal en la república de las leyes, cédulas, ordenanzas y decretos del gobierno español en todo lo que directa o indirectamente se opusiera a la Constitución, leyes y decretos, que hubiese dado o diere el poder ejecutivo colombiano.

Mediante la ley 21 de junio de 1823, se reglamentó las dispensas matrimoniales y la investigación de la soltería de los futuros contrayentes; se les concedió mérito suficiente como prueba de la soltería, al certificado expedido por el cura párroco. Suspendida por decreto del Libertado en 1828. Sin embargo, mediante la promulgación de la Ley del 07 de abril de 1826, se estipulan los efectos derivados del pacto esponsalicio, siempre y cuando se hubiese celebrado pro escritura pública, lo que condujo a la posibilidad de intentar la acción sobre indemnización de perjuicios, para el caso de su incumplimiento.

Además la norma exigía que los hombres menores de edad y las mujeres menores de 18 años debían obtener el permiso de sus padres para contraer matrimonio; en el mismo ordenamiento legal anteriormente mencionado también se dispuso la prohibición al Presidente de la República, para celebrar matrimonio con mujer extranjera, salvo dispensa del Congreso, se les negó así mismo a los criollos la posibilidad de celebrar matrimonio con ciudadanos españoles durante el tiempo que durase la guerra.

Progresivamente, mediante la ley del 20 de Junio de 1853, se consagró el matrimonio civil obligatorio para todos los colombianos, desplazándose el matrimonio católico a un plan secundario; por consiguiente, las causales matrimoniales relacionadas con el vínculo, nulidad y demás problemas derivados de la relación matrimonial, pasaron a ser competencia de los jueces civiles.

Sin embargo, dichas reformas duraron muy poco, porque a través de la ley del 8 de abril de 1856 nuevamente se promulgó la figura del matrimonio indisoluble, pero

continuándose bajo la figura del matrimonio civil obligatorio, y el matrimonio católico nuevamente adquirió validez para el Estado pero siempre y cuando fuese ratificado en la jurisdicción judicial, lo cual hoy en día sigue vigente.

Posteriormente y en consonancia con cada legislación nueva la figura del matrimonio se fue transformando hasta la promulgación de la Constitución de 1886, donde se organizó la nación bajo el sistema político de la República Unitaria y posterior dicotomía con respecto al mismo.

La primera reformas introducidas, se dio hacia 1973 por el Concordato Con la promulgación del Concordato en 1973 a partir de la Ley 20 de 1974, se dieron los siguientes cambios respecto al régimen del matrimonio en Colombia. Inicialmente, se reconocen plenos efectos civiles al matrimonio católico, celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico.

Además, se deroga la denominada Ley Concha, y con ello se suprimió la apostasía como requisito previo para la celebración del matrimonio civil por católicos.

Respecto a las causas relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de matrimonios canónicos, incluyendo las que se refieren al matrimonio rato y no consumado. Continuaron siendo de competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos. Más para que las sentencias y decisiones eclesiásticas produjeras efectos civiles. Los tribunales civiles tenían que decretar su ejecutoria.

Finalmente, respecto a la partida eclesiástica este dejó de ser prueba supletoria; el matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico, solo producía efectos civiles, siempre y cuando se cumpliera con el respectivo registro civil. (Suarez, 2006)

Luego se realizó algunos cambios con la reforma del Régimen posterior a la Ley 20 de 1974. Con la vigencia del Concordato de 1973 se instauró un nuevo régimen del matrimonio, que se estructuró sobre los siguientes fundamentos:

- a) “Los católicos, frente al Estado colombiano, pueden optar por el matrimonio eclesiástico, o someterse al régimen del matrimonio civil, sin previa apostasía de su religión. En uno u otro caso se producen plenos efectos civiles.
- b) Tanto el matrimonio civil como el religioso dan origen a la sociedad conyugal, salvo el caso de matrimonios en el exterior, en países donde exista un régimen de bienes, distinto al colombiano.
- c) El matrimonio católico continuó siendo indisoluble; el civil podía terminar por divorcio vincular.
- d) El Estado colombiano, en virtud de la ley 266 de 1938, continúa reconociendo plena validez a los matrimonios contraídos por extranjeros ante sus respectivos agentes diplomáticos o consulares.
- e) De las causas de nulidad de matrimonios católicos y de dispensa del matrimonio rato conocen privativamente los jueces eclesiásticos, conforme a la legislación de la iglesia.  
Las causas de nulidad de los matrimonios civiles son de competencia de los jueces del Estado.
- f) Las causas de separación de cuerpos de matrimonio eclesiásticos se asignaron a los tribunales superiores de distrito judicial. No así los matrimonios civiles, que fueron de competencia de los jueces civiles de circuito. No obstante, esto se modificó con el decreto 2272 de 1989, a partir del cual se le asigna al juez de familia competencia para conocer de dichos procesos.
- g) Constituye prueba única del matrimonio la copia del acta civil expedida por el notario respectivo.
- h) Los efectos tanto del matrimonio católico como del matrimonio civil rigen por las leyes del Estado”. (Suarez, 2006)

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, y la promulgación de la Ley 25 de 1992 y las demás disposiciones reglamentarias, se configuraron nuevos cambios en la institución del matrimonio. A partir de esto es posible afirmar que:

1. “Cualquier colombiano puede contraer matrimonio civil libremente por sí o por apoderado ante los funcionarios competentes del Estado. Pero también los colombianos pueden contraer matrimonio religioso con efectos civiles en los términos que establezca la ley. En la actualidad se reconocen efectos civiles al matrimonio católico por disposición concordataria así como a los de otras

religiones que hayan celebrado convenciones con el Estado colombiano sobre el particular.

2. Tanto los matrimonios civiles, como los religiosos, autorizados por la ley civil, producen plenos efectos civiles.
3. El estado civil de casados subsiguiente al matrimonio y sus diversas implicaciones jurídicas, se rige por la ley civil.
4. Tanto el matrimonio civil como el religioso reconocido por el Estado, dado origen a sociedad conyugal, salvo cuando fuere contraído en el exterior, caso en el cual quedan sometidos a un régimen de separación o a otro conforme a la ley del lugar donde se celebra.
5. El matrimonio civil puede disolverse por divorcio. El matrimonio católico, aunque indisoluble ante la iglesia, cesa en sus efectos por divorcio con arreglo a la ley civil. Los demás matrimonios religiosos quedan sometidos a sus ordenamientos particulares sin perjuicio del divorcio establecido por la Constitución y leyes civiles.
6. Los matrimonios contraídos por extranjeros ante sus agentes diplomáticos y consulares tienen validez jurídica ante el Estado colombiano, si se celebran conforme a la ley que los reglamenta.
7. De las causas de divorcio, cesación de efectos civiles de matrimonio religiosos y separación de cuerpo conocen los jueces del Estado. El divorcio por mutuo acuerdo puede adelantarse ante notario.
8. Producen efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosa dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. Las de matrimonios civiles son de competencia de los jueces del Estado. No obstante, en la actualidad la nulidad del matrimonio católico goza de reglamentación especial.
9. Constituye prueba única y legalmente idónea del matrimonio la copia del registro civil expedida por notario con las formalidades legales”. (Suarez, 2006)

## 2.3 La clasificación del matrimonio

**2.3.1 El matrimonio canónico.** La institución del matrimonio es una figura que se contextualiza con varios fines, existiendo dos clasificaciones tradicionales y con efectos jurídicos, el matrimonio civil y el matrimonio católico. Este último, se encuentra enmarcado en la legislación promulgada por el derecho canónico, y enmarca que el matrimonio es una alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre si un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural, al bien de los cónyuges, y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados. (Perez, 2010)

El matrimonio canónico, a diferencia de los demás rituales religiosos que existen en el mundo, es el único que tiene validez jurídica en igualdad de condiciones del matrimonio civil.

El primer requisito que exige el matrimonio canónico es que la pareja sea conformada por un hombre y una mujer, toda vez que dicha iglesia no acepta las uniones por parejas del mismo sexo.

Al igual que el matrimonio civil, este exige la plena capacidad de los contrayentes. De acuerdo con el canon 1058, “pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíba”; Es decir, que los impedimentos se encuentran regidos bajo las normas del derecho canónico.

También se configura dentro de esta alianza, como requisito elemental el consentimiento, que se manifiesta mediante la voluntad de las partes de contraer nupcias. El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio” (canon 1057), consecuentemente, el consentimiento de los contrayentes es el elemento más esencial para la validez del matrimonio. (Herrera & Molina, 2017)

Exige además, que los contrayentes hayan sido bautizados bajo los lineamientos de la iglesia católica, ya si no se surte este sacramento, el Canon 1086 numeral 1 expresa que “es invalido el matrimonio entre dos personas, una de las cuales fue bautizada en la iglesia católica y recibida en su seno y no se ha apartado de ella por acto formal y otra no bautizada”.

En otro de los requerimientos, además del sacramento del bautizo se requiere de la confirmación, lo que quiere decir que también de la primera comunión. Dicho requisito no se

establece de manera clara y expresa, pero si se hace la recomendación en el marco de lineamientos regidos para este vínculo matrimonial.

Otro de los requisitos es la inexistencia de parentesco, para el derecho canónico es nulo el matrimonio celebrado entre los ascendientes y descendientes consanguíneos, tanto legítimos como extramatrimoniales; en línea colateral, hasta el cuarto grado inclusive, esto es, entre hermanos (segundo grado de línea colateral), entre tío y sobrina o viceversa (tercer grado), entre primos hermanos (cuarto grado); la afinidad en línea recta dirime el matrimonio en cualquier grado, o sea, no se pueden casar y si lo hacen el matrimonio sería inválido, un hombre viudo con su hijastra, ni con su suegra. (Herrera & Molina, 2017)

Y finalmente establece el Canon 1090, que “quien cause la muerte de su cónyuge para casarse con determinada persona “atenta inválidamente ese matrimonio”, quien con el mismo fin cause la muerte del cónyuge de la persona con quien pretende casarse o que coopere física o moralmente con quien o quienes causaron la muerte a su cónyuge, atentan también, inválidamente el vínculo que se propongan contraer”.

En cuanto a las formalidades, se exige por parte de la iglesia católica una preparación, la cual de acuerdo con la iglesia católica, se deberá surtir en tres etapas.

Además, de llenar con el requisito de unas diligencias previas, o “la conferencia episcopal establecerá normas sobre el examen de los contrayentes, así como sobre las proclamas matrimoniales u otros medios oportunos para realizar las investigaciones que deben necesariamente preceder al matrimonio, de manera que, diligentemente observadas, pueda el párroco asistir al matrimonio”.

Ya luego, se da paso a la consagración de la ceremonia matrimonial, que será llevada a cabo por un sacerdote de la iglesia católica, una vez se tenga certeza de que no existen

impedimentos para la alianza matrimonial, se exige la presencia de los contrayentes y de dos testigos, “para contraer válidamente matrimonio es necesario que ambos contrayentes se hallen presentes en un mismo lugar, o en persona o por medio de procurador...”

**2.3.2 El matrimonio civil.** El régimen legal sobre el cual se establece en Colombia el vínculo del matrimonio civil se enmarca a partir del artículo 113 del Código Civil, donde se establece que el primer requisito para contraer matrimonio civil será que las parejas sean conformadas por un hombre y una mujer, para vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente. No obstante, la Corte Constitucional mediante Sentencia SU 214 de 2016, realizando una interpretación amplia y extensiva, argumentando que el artículo 113 va en contra de los principios fundamentales de igualdad, libertad y dignidad humana, concluyó que todo ser humano tiene derecho a unirse libremente con otro y conformar una familia.

Otro de los parámetros establecidos mediante la legislación colombiana para establecer el vínculo del matrimonio, es la edad, para la cual se exige que tengan 18 años, además que es la edad en la que el legislador considera que la persona es plenamente capaz. No obstante, se autoriza para que los menores de edad, lo hagan bajo la representación de los padres.

Y finalmente, plantea el legislador para que el matrimonio tenga validez jurídica, se deberá realizar bajo el pleno consentimiento de las personas, toda vez que los vicios de consentimiento tienen como consecuencia la declaración de nulidad del contrato de matrimonio. De acuerdo con autores como Quiroz (1999), citado por Herrera & Molina, (2017) respaldan la idea de que los vicios de la declaración de voluntad son el error, la fuerza y el dolo, y otros afirman que son solo error y fuerza, el dolo queda excluido, esto dice Suarez (2006) en cuanto al dolo:

“Para el caso del matrimonio se excluye el dolo. ¿Por qué? No seguramente por la razón de Loysel, difícil de admitir, pero a menudo repetida, de que en el

matrimonio “engaña el que puede”, sino más bien por el deseo de evitar la inestabilidad del vínculo matrimonial, que muy posiblemente se vería comprometida si se considerase al dolo como vicio del consentimiento” (p.108).

En este orden de ideas, el error de hecho puede ser sobre la persona física o civil, la primera es difícil que se dé, no suele ocurrir, pero el error sobre la persona civil sí. Por su parte, la fuerza “solo constituye vicio del consentimiento matrimonial cuando produce una impresión lo suficientemente fuerte en quien la padece, que hace inclinar su voluntad” (Suarez, 2006, p.109).

Otra de las causales, que alega la norma para declarar la nulidad del matrimonio civil es cuando las partes que van a contraer matrimonio son menores de edad, o una de ellas lo es, y no se tiene la autorización expresa de los padres, como lo estima el Código Civil en el artículo 117. Para Valencia (1983) citado por Herrera & Molina, (2017) la declaración de voluntad recae: “Tanto sobre la forma del matrimonio, como sobre sus contenidos esenciales. En cuanto a la forma, los contrayentes deben expresar su voluntad de celebrar un matrimonio ante un juez competente; y en lo relativo a los contenidos esenciales, cada contrayente debe saber que el matrimonio se celebra para la ordenada satisfacción de los apetitos sexuales (débito conyugal) dentro de una comunidad domestica (o sea “vivir juntos”), guardarse fidelidad y socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de vida” (p.93).

Otra de las causales que contempla la normatividad vigente, es la inexistencia de vínculo vigente matrimonial en los contrayentes No pueden contraer matrimonio un hombre y una mujer cuando, uno de los dos o ambos, estén casados con otra mujer o con otro hombre, según el caso.

Añaden los autores, que también está viciado de nulidad el matrimonio que se efectúa entre personas que se hallen en el primer grado de línea recta de afinidad y también el

matrimonio entre el padre adoptante y la hija adoptiva; o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue esposa del adoptante.

Además de dichos requisitos, el matrimonio civil tiene otros requerimientos de forma como son la competencia del funcionario judicial, quien deberá ser un funcionario con el cargo de notario o juez civil municipal en única instancia, tal como lo dispuso el Código General del Proceso.

Respecto a los pasos para establecer el vínculo matrimonial, se ha establecido en la normatividad vigente la derogación de elaborar una solicitud escrita con los nombres de los padres, ascendientes, descendientes y testigos. Sin embargo, por analogía se puede aplicar lo que se establecía en el artículo 2 del decreto 2668, por lo que entonces se puede establecer que bajo los requerimientos de forma, deberán las partes presentar por escrito la solicitud, donde se debe identificar plenamente a los contrayentes, informar que no existen impedimentos legales y que su voluntad es libre y espontánea. Además, deben anexar copia de los registros civiles de nacimiento para acreditar el parentesco, expedidas máximo un mes antes de la solicitud de matrimonio (art. 3, decreto 2668).

Además de ello, establece la norma, que se deberá elaborar un edicto, en el cual se ponga en conocimiento de los interesados sobre la solicitud de matrimonio de las partes.

Otro de los requisitos es la presencia de las partes, el artículo 135 del Código Civil, estableció que: “El matrimonio se celebrará presentándose los contrayentes en el despacho del juez, ante este, su secretario y dos testigos”.

Sin embargo, la Ley 57 de 1990 faculta a los contrayentes para que estos puedan ser representados en el matrimonio. Esta facultad anteriormente estaba reservada solo para el

hombre, la mujer no podía hacerlo, pero la ley 57 se encargó de conferirla a ambos. (Herrera & Molina, 2017)

También requiere de acuerdo con la norma para su validación legal, que se tenga la presencia de los testigos, y que no inhábiles para ejercer tal función los que se hallaren en interdicción por causa de demencia, todos los que actualmente se hallaren privados de la razón, los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos, los extranjeros no domiciliados en la república, y las personas que no entiendan el idioma de los contrayentes. (Herrera & Molina, 2017)

Otro requisito formal, es la declaración de voluntad de las partes, que se materializa cuando el juez o notario, pregunta si es su libre voluntad y espontánea libertad unirse en matrimonio, haciéndoles conocer la naturaleza del acto que van a celebrar y los deberes recíprocos que van a contraer, para lo cual leerá las disposiciones de los artículos 152, 153, 176 y siguientes del Código Civil, las pertinentes en la materia (art. 135 del C.C). (Herrera & Molina, 2017)

Una vez agotado este paso, entonces el funcionario judicial, da paso a la elaboración del acta con todo lo ocurrido, y que deberán firmar las partes, es decir, los contrayentes, los testigos, juez y secretario. Luego de surtido el trámite se entenderá como perfeccionado el contrato matrimonial y luego se enviara copia a la notaria.

De esta forma, podemos concluir que el matrimonio civil en Colombia se caracteriza por ser un contrato que implica la manifestación de voluntades de los esposos, además de que sean legalmente capaces y hábiles, para poder contraer obligaciones y lograr la finalidad del mismo, como son vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

Además de eso, es un contrato bilateral, ya que se obligan ambas partes, es solemne porque requiere de ciertas formalidad establecidas por el legislador, no admite modalidades, es decir es un acto puto y simple, en el cual surgen derechos y obligaciones propias del estado que el genera, los cuales no pueden someterse a plazo ni condición.

Seguidamente es un contrato celebrado de acuerdo a lo que dispone la norma, entre un hombre y una mujer, ya que si bien existe un reconocimiento jurisprudencial para las parejas del mismo sexo, la norma sigue instituyendo el matrimonio como un contrato celebrado entre el hombre y la mujer; es de tracto sucesivo porque las obligaciones no son susceptibles de ejecutarse instantáneamente.

De la misma forma, es un contrato que origina un nuevo estado civil, ya que los contrayentes adquieren el Estado de casados y finalmente tiene unos fines determinados por el derecho, como son la vida en comunidad, la procreación y la ayuda mutua.

## **2.4 La disolución del matrimonio**

La institución del divorcio por su parte constituye la terminación del vínculo matrimonial, mediante un trámite jurídico y que además se constituye de dos formas uno por mutuo acuerdo u otro por alguna causal de las dispuestas en el actual régimen del divorcio en Colombia.

El divorcio tiene sus orígenes casi que desde la creación de la figura del matrimonio, sin embargo para muchas culturas el matrimonio era indisoluble razón por la cual no se aceptaba la figura del divorcio en sus legislaciones. No obstante los romanos si lo consagraban como el Divortium, y se podía invocar por las siguientes causales:

“Por incapacidad matrimonial de cualquiera de los contrayentes;  
Por la muerte de uno de ellos;

Por Capitis Diminutio;  
 Por el incestus superveniens, que ocurría cuando el suegro adoptaba como hijo a su yerno y los cónyuges quedaban en condición de hermanos.  
 Por llegar al cargo de Senador quien estuviese casado con una liberta;  
 Por la cesación de la Affetio Maritalis, consistente en la voluntad de ambos cónyuges de poner término al matrimonio”. (Martínez, 2013)

En Colombia, por su parte también se concebía la ideal del matrimonio indisoluble, y por lo tanto el divorcio no existía dentro de las primeras normas que regularon estas instituciones. Sin embargo, tras el hecho de la separación de la iglesia y el Estado en 1856, aparece el matrimonio civil y el divorcio por mutuo acuerdo o consentimiento, y se configuraba únicamente la causal de la muerte de uno de los cónyuges. Esta situación cambió tres años más tarde y se configura nuevamente dos modalidades de matrimonio el religioso y el civil. (Delgado)

Hacia 1857 Colombia en materia civil adopta el Código Chileno y con ello se introduce nuevamente el divorcio bajo las causales de fallecimiento de uno de los cónyuges o por voluntad de uno de ellos. (Hinestrosa, 2006)

No obstante, hacia 1976 se introdujeron mediante la Ley Primera las siguientes causales de divorcio:

- “1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado. Se presumen las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio, 10 por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma o eficacia.
2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges, de sus deberes de marido o de padre y de esposa o de madre.
3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ello peligran la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descendientes, o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos.
4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.
5. El uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.
6. Toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o síquica de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.

7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.
8. la separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure más de dos años.
9. La condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años, por delito común, de uno de los cónyuges, que el juez que conozca del divorcio califique como atroz e infamante”. (Ley 1 de 1976)

Luego el Congreso de la Republica, mediante la ley 25 de 1992 introdujo al ordenamiento jurídico las causales de divorcio que hoy en día contempla el Código Civil, con algunas modificaciones que se han hecho a partir de las decisiones de la Corte Constitucional.

La primera causal establecida en la norma, es aquella que se deriva de realización de “relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado”. No obstante en la Ley 1 de 1976, se contemplaba también la figura, pero esta se enmarcaba en un trato discriminatorio con las mujeres en comparación con la conducta de los hombres.

La segunda causal habla en la norma que se puede poner fin al matrimonio mediante la figura del divorcio por “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”. La misma ha venido evolucionando hasta la redacción actual, anteriormente citada, toda vez que antes no se contemplaba que la conducta fuese injustificada y tampoco se hablaba de los deberes que la ley le impone a los padres, por lo tanto se establecía como una causal con diferentes vacíos normativos que incidía en la radicalidad del legislador para imponer la sanción a dicha conducta.

La tercera causal que consagró dicha norma para dar vía libre al divorcio es la violencia que se genera mediante ultrajes, trato cruel y los maltratamientos de obra. Dicha causal

también se contemplaba en la norma anterior, pero exigía que la violencia generara lesiones en la salud física o mental.

La cuarta causal habla de una situación denominada embriaguez habitual de uno de los cónyuges. La misma no fue causal de divorcio sino hasta la promulgación de la Ley 84 de 1873, y donde se redactó de la misma forma, lo que permite concluir que esta causal tiene validez jurídica desde la fecha de la citada norma y hasta hoy sigue rigiendo en la misma forma.

No obstante, como no solo las sustancias alcohólicas producían efectos en la convivencia familiar, el legislador tuvo a bien introducir la causal cinco en la que también estima como fundamento para el divorcio “el uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica”, toda vez que el uso de estas sustancias provoca situaciones que pueden poner en riesgo la salud física o mental de los demás miembros del núcleo familiar.

La sexta causal se enfocó sobre las enfermedades o anormalidades graves e incurables y de índole físico o mental, de uno de los cónyuges y que puede terminar por afectar la salud mental o física del otro cónyuge y que además imposibilite la comunidad matrimonial.

En la causal séptima la norma dispuso que es causa de divorcio “toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo”.

En la octava estableció que la separación de cuerpos de hecho o judicialmente, y se haya configurado durante más de dos años, también es causal de divorcio, toda vez que ya no existe un proyecto de vida en común.

Y finalmente, la norma establece que es causal de divorcio en Colombia, “el consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia”.

No obstante, de las nueve causales ya mencionadas, la Corte Constitucional determino que se debía introducir una nueva causal para establecer el divorcio bajo el argumento de las relaciones que no son sanas y los celos se convierten en una enfermedad que afecta la convivencia y el proyecto de vida de la pareja.

En Sentencia 967 de 2014, la Corte Constitucional expreso que:

El estado de tensión, la angustia, el aislamiento, el nerviosismo y la desconcentración en el trabajo de Diana Eugenia Roa Vargas, generados por los celos enfermizos y agresivos de su esposo, son muestras de los malos tratos psicológicos a que ésta es sometida. Por lo cual, contrario a lo valorado por la Juez, si estaba demostrada la causal alegada.

Por lo tanto bajo la interpretación de la Corte Constitucional, en situaciones similares a las planteadas en este precedente en Colombia procede el divorcio cuando el cónyuge demuestre la actuación enfermiza por causa de celos.

## **Capítulo 3. El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.**

### **3.1 El libre desarrollo de la personalidad en Colombia en la Constitución Política de 1991 y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional**

La libertad es un derecho humano y fundamental, que se materializa desde diferentes manifestaciones como el libre desarrollo de la personalidad. En Colombia dicho derecho se introdujo constitucionalmente a partir de 1991 en la Carta Constitucional que expresa que: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

No obstante su primer reconocimiento se encuentra enmarcado internacionalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, razón por la cual Colombia adopto dentro de catálogo de derechos fundamentales este mismo.

Sin embargo, a partir de su consagración la Corte Constitucional ha venido desarrollando su concepción a partir de sus continuos pronunciamientos y estableciendo limitaciones y alcances de este derecho.

Para la Corte Constitucional el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la capacidad de las personas para definir en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia. (Sentencia SU-642/98)

Sin embargo, también ha expresado la misma Corporación que si bien existen libertades, para que persona tome las decisiones de su plan de vida conforme a sus intereses, deseos y convicciones pero siempre que dichas decisiones no se conviertan en una afectación a los derechos de los terceros, ni se vulnere el orden constitucional como lo expresa la Carta

Política, es decir que existe un pleno reconocimiento de la capacidad para autodenominarse pero siempre y cuando no exista afectación de los derechos de los demás.

Dicha concepción se encuentra muy ceñida a la disposición del artículo 16 de la Constitución Política, sin embargo, si bien es cierto la concepción establecida por la Corte Constitucional se encuentra ajustada a las normas jurídicas, en la práctica existen diferentes temas como el aborto, la eutanasia, el consumo de drogas, el matrimonio igualitario, y otras dimensiones más donde el Estado ha intervenido limitando el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Es por ello que para llegar al punto de análisis de la necesidad de adicionar una causal más para el divorcio en Colombia partiendo del ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad es necesario que se conozcan los principales criterios de la Corte Constitucional.

### **3.1.1 Criterios que limitan el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad.**

1. Cuando la conducta solo afecta al sujeto en cuestión: prohibición de medidas perfeccionistas y posibilidad de medidas de protección.

Si corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, en principio no es dable limitar conductas que solo atañen al sujeto y que no interfieren en la órbita de los demás. En consecuencia, a las autoridades les queda vedado imponer, mediante la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana. Medidas de este tipo, que sancionan al individuo que no ha afectado derechos de los terceros únicamente porque no

acepta los ideales coactivamente establecidos por el Estado, son medidas perfeccionistas que están proscritas por el ordenamiento constitucional. (Sentencia C-309 de 1997)

2. Cuando se afectan derechos de terceros o el interes general: requisito de objetividad

El libre desarrollo de la personalidad puede ser principio limitado cuando el ejercicio afecta derechos de terceros o el interes general.

Sin embargo no son suficientes “simples invocaciones del interes general, de los deberes sociales, o de los derechos ajenos de rango legal” para limitar el alcance del derecho. En efecto, “ para garantizar que la restricción de derechos sea legitima y, por ende, no arbitraria, se requiere no solo que goce de un fundamento jurídico constitucional y sea proporcional, sino que además no llegue a anular la posibilidad que tienen las personas para construir autónomamente un modelo de realización personal”. (Sentencia T-532 de 1992)

En todo caso, es necesario demostrar que la conducta objetivamente afecta derechos de terceros o produce un daño social. (Sentencia T-268/00)

#### **Capítulo 4. Criterios que determinan la necesidad de otras causales que configuran el divorcio por la voluntad unilateral en el contexto jurídico de la protección al libre desarrollo de la personalidad y el respeto por la dignidad humana**

En Colombia el matrimonio es un contrato bilateral en el que las partes se obligan a socorrerse, auxiliarse y construir un plan de vida para la proyección de una familia. El mismo se perfecciona bajo el consentimiento de las partes. Sin embargo, el legislador estima que para que se dé por terminado el mismo debe configurarse alguna de las nueve causales que ya estudiamos en el segundo capítulo que se declara por sentencia judicial, la muerte o el mutuo acuerdo de las partes que se puede tramitar por un procedimiento notarial, y que es el denominado divorcio exprés.

Adicional a estas modalidades, de manera reciente la Corte Constitucional que se puede alegar como causal para la terminación del matrimonio mediante el divorcio los celos enfermizos que causen alteraciones en la estabilidad emocional de la pareja, y en razón de ello abrió el debate a nuevas modalidades o causales para que se configure el divorcio, toda vez que la voluntad unilateral de una de las partes no se contempla en Colombia como si se hace en otros países del continente como México y Argentina.

En una reciente polémica se alegó en una demanda ante la Corte Constitucional ampliar las causales de divorcio, para incluir la falta de amor toda vez que si bien las relaciones de pareja requieren de diferentes aportes en valores y principios, su principal fundamento se encuentra basado en el amor. Sin embargo la Corte Constitucional estimo que esta causal no tenía fundamento jurídico y que por lo tanto no se podía dar paso a las pretensiones de los demandantes.

Otro de los precedentes en demandas de inconstitucionalidad, fue bajo el aumento de un matrimonio sin causales. En este sentido, señala que “los jueces no pueden condicionar el otorgamiento del divorcio a la prueba de alguna causal, para declarar la disolución del vínculo matrimonial basta con que cualquiera de los cónyuges lo solicite, sin necesidad de expresar motivo alguno”.

Y considera que 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;
- (iii) Prevenir la comisión de conductas delictivas en contra de los cónyuges y de los hijos (acceso carnal, acto sexual, violencia intrafamiliar, entre otros)”.

Sin embargo, no próspero y los por tanto la orden de la Corte Constitucional es que el divorcio en Colombia solo se podrá tramitar por las causales invocadas en el Código Civil.

Al respecto la Corte argumento que:

“Las causales previstas en el artículo 154 del Código Civil pueden clasificarse y diferenciarse en **objetivas y subjetivas**. En cuanto a las primeras, las denominadas causales **objetivas** o también conocidas como “*divorcio remedio*”, pertenecen las establecidas en los numerales 6, 8 y 9 del artículo anotado. Estas se relacionan con la ruptura de los lazos afectivos que motivan el matrimonio, lo que conduce al divorcio “(...) *como mejor remedio para las situaciones vividas*”.

“Las causales pueden ser invocadas en cualquier tiempo por cualquiera de los cónyuges, y el juez que conoce de la demanda no requiere valorar la conducta alegada; debe respetar el deseo de uno o los dos cónyuges de disolver el vínculo matrimonial. Por otro lado, las causales **subjetivas** o denominadas de “*divorcio sanción*”, están vinculadas con el incumplimiento de los deberes conyugales y por ello pueden ser invocadas solamente por el cónyuge ofendido que con su actuar no haya dado lugar a los hechos que motivan la causal, y debe invocarla dentro de un término de caducidad, con la finalidad de obtener el divorcio a título de censura”.

Y sintetiza la decisión argumentando que:

“ La constitucionalidad de las expresiones “*sólo*” y “*por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan*”, contenida en el artículo 156 del Código

Civil, fue juzgada en la sentencia C-394 de 2017 por las mismas razones que apoyan los cargos formulados por el demandante en este proceso. Del análisis efectuado se concluye que existe

- i) identidad en el objeto al ser impugnada la misma disposición, así como
- (ii) identidad en el cargo referido a la posible infracción del derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 16 constitucional.

“De acuerdo con ello, la sentencia C-394 de 2017 hizo tránsito a cosa juzgada formal y relativa. Por lo tanto, la Corte resolverá estarse a lo resuelto en la providencia mencionada”.

“Por otro lado, dado que el demandante no cumplió la carga mínima de argumentación que exige el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la Corte se declarará inhibida de adoptar un pronunciamiento de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda, respecto de los cargos formulados contra el artículo 154 del Código Civil, por violación de los artículos 13 (igualdad), 15 (derecho de intimidad), 16 (libre desarrollo de la personalidad) y 42 (derecho de familia) de la Carta, y del cargo planteado contra el artículo 156 del Código Civil, por desconocimiento del artículo 13 Superior. (Sentencia C-135 de 2019)

No obstante, como ya lo hemos expuesto existe un derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad en razón del cual su materialización le ha obedecido a la Corte el estudio de nuevos casos en razón de las preferencias sexuales o de género como es el caso del matrimonio igualitario, el derecho a heredar la porción conyugal y la pensión de sobrevivientes y otros aspectos en materia de salud y de familia, lo cual permitiría establecer que también es posible configurar un nuevo estudio en materia de divorcio cuando una de las partes decide poner fin al vínculo matrimonial en razón de su orientación sexual o de género.

Dicho fundamento, se establece teniendo en cuenta que si la Corte Constitucional ha reconocido el matrimonio para las parejas del mismo sexo, respetando las nuevas formas de autodeterminarse el individuo en su proyecto de vida, y que el tratamiento en materia conyugal para estas personas es similar que para las parejas heterosexuales, se pueda establecer que bajo los alcances del libre desarrollo de la personalidad la persona pueda disponer de la herramienta jurídica que le permita dar por terminado el contrato matrimonial

unilateralmente en razón de las preferencias sexuales o de género que le permitan al individuo autodeterminarse de manera plena, lo que además no implicaría que estuviere afectando los derechos de terceros, que en el caso concreto serían los cónyuges toda vez que primaria la garantía plena de sus derechos y la disolución de un vínculo que no se asocia con un proyecto de vida en familia.

Por esta razón, bajo el estudio de los alcances del derecho al libre desarrollo de la personalidad es posible responder a nuestro problema jurídico de la siguiente manera:

Los criterios que configuran la necesidad de otras causales que configuran el divorcio por la voluntad unilateral en el contexto jurídico de la protección al libre desarrollo de la personalidad y el respeto por la dignidad humana son básicamente tres, el primero de ellos es que el contrato matrimonial es un vínculo que se establece y perfecciona bajo el consentimiento de las partes y por ende no deben obrar limitaciones a la voluntad de una de las partes de poner fin al mismo cuando el crea o perciba que su papel en la relación no está aportando y su capacidad de autodeterminación se limita.

El segundo criterio es que Colombia es un Estado Social de Derecho, en el cual se está en el compromiso institucional de materializar y garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, siempre que el mismo no lesione o vulnere derechos de terceros, razón por la cual permite bajo el mismo argumento el matrimonio igualitario, la eutanasia y otros aspectos de libre autodeterminación, que le permiten al individuo el ejercicio de su plena capacidad para tomar las decisiones de su plan de vida.

Y finalmente, el tercer criterio con la situación actual respecto a las preferencias y tendencias de género, no se puede obligar a una persona a que permanezca vinculada a un contrato matrimonial una vez haya descubierto o aceptado que requiere de terminar esa

relación por sus preferencias en materia de género, razón por la cual el legislador está en la obligación de contemplar un estudio jurídico que le permita al individuo establecer como causal de divorcio unilateral dicho argumento, toda vez que nadie debe ser limitado en el ejercicio de sus preferencias de género por cuestiones que el Estado o el legislador se niega a aceptar, y menos aun cuando Colombia proclamo mediante su Carta Política la protección de la dignidad humana, la igualdad, la prohibición de discriminación en razón del género y el libre desarrollo de la personalidad.

## Conclusiones

Al observar el trabajo de investigación realizado, como lo fue la revisión bibliográfica, jurídica y jurisprudencial a mérito de conclusión se tiene que a pesar de que en Colombia no se tiene un concepto claro de las causales atípicas que pueden llegar a permitir el divorcio del matrimonio civil de manera unilateral, éste ha evolucionado en cuanto a la claridad de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional en donde se exponen varios criterios que limitan el ejercicio pleno de derechos fundamentales, pero que también existen otros que la motivan a su plena protección y salvaguarda de los mismos, llevando a cabo unas causales del divorcio que no se encuentran estipuladas en el Código Civil colombiano, pero que mediante sentencias emitidas por la Corte se convierten en precedente judicial. Partiendo de la necesidad de estudiar una nueva causal que permita el divorcio en Colombia de forma unilateral y entendiendo la defensa y protección del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad humana, para que esto se configure es necesario aplicar los tres criterios señalados en el capítulo tercero, el primero de ellos es que al poner fin a un contrato matrimonial por voluntad de algunas de las partes cuando entienda que su rol en la relación no está ayudando y que su capacidad de autodeterminación se limita en gran parte por la unión establecida y que se debe tener en cuenta que este contrato es un vínculo que se establece y se perfecciona bajo el consentimiento de las partes.

Como segundo criterio tenemos que a Colombia como Estado Social de Derecho, en donde se está en la responsabilidad institucional de proteger y garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando este desarrollo no afecte o vulnere a terceros. Esta es la razón por la que se dio paso al matrimonio igualitario, la eutanasia y otros aspectos de libre autodeterminación.

Y por último se analizó la situación en la actualidad de acuerdo a las predilecciones y tendencias de género, por esto no se puede obligar a que una persona mantenga su vínculo a un contrato del que no quiere hacer parte debido a que descubrió o admitió querer dar por terminado el vínculo por sus preferencias en materia de género, por lo tanto el legislador está en la obligación de contemplar un estudio jurídico que le permite a la persona invocar como causal de divorcio unilateral dicho argumento.

Una vez terminado el análisis, se pudo concluir que el fundamento del libre desarrollo de la personalidad es el principal fundamento jurídico para que de parte del legislador se estudie en Colombia la necesidad de nuevas causales para invocar la figura del divorcio, toda vez que si es un vínculo que se establece para formar un proyecto de vida en pareja, este no puede sostenerse cuando uno de los cónyuges no puede siquiera ejercer con plenitud sus derechos, ya que no lo ha admitido la Corte configura un derecho fundamental para el ser humano el libre derecho de autodeterminarse, y por lo tanto su ideología o tendencia sexual hace parte del escenario requerido para materializar dicho derecho, además que desde ningún punto de vista afecta los derechos de terceros, no va en contravía de las normas jurídicas ni de la Constitución, razón por la cual no existe criterio para su limitación.

## Referencias

- Acevedo, Q. L. (s.f.). *El concepto de familia hoy*. Recuperado el 2019, de <http://www.scielo.org.co/pdf/frcn/v53n156/v53n156a06.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente . (1991). *Constitucion Politica* . Bogota: Temis.
- Canosa, F. (2007). *Divorcio*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Castañeda, M. (2012). El divorcio sin causa rompe la organización de la familia y desprotege sus miembros. *Revista de derecho privado*.
- Codigo Civil. LEY 84 DE 1873. Recuperado el 20 de Abril de 2019, de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)
- Congreso de Colombia. Por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regulan la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico, y se modifican algunas disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil en materia de Derecho .Ley 1 de 1976 Recuperado el 2019, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1556211>
- Congreso de Colombia. 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. Ley 20 de 1974. Recuperado el 2019, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1576219>
- Congreso de Colombia. Por la cual se desarrollan los incisos 9, 10, 11, 12 y 13 del artículo 42 de la Constitución Política. . Ley 25 de 1992. Recuperado el 2019, de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0025\\_1992.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0025_1992.html)
- Congreso de Colombia. "Por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones". Ley 258 de 1996 . Recuperado el 2019, de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=10794>
- Congreso de Colombia. "Por la cual se fija la mayoría de edad a los 18 años". Ley 27 de 1977. Recuperado el 2019, de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4965>
- Congreso de Colombia. Sobre reformas civiles (Régimen Patrimonial en el Matrimonio) . Ley 28 de 1932. Recuperado el 2019, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1584147>
- Congreso de Colombia.“Por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios.” .Ley 29 de 1982 Recuperado el 2019, de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=256>
- Congreso de Colombia. Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir remediar y sancionar la violencia Intrafamiliar. Ley 294 de 1996. Recuperado el 2019, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1657714>
- Congreso de Colombia. Por la cual se crea el Registro Nacional de Protección Familiar y se dictan otras disposiciones. Ley 311 de 1996, . Obtenido de <http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1794200>

- Congreso de Colombia. Ley 45 de 1936 . Recuperado el 2019, de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0045\\_1936.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0045_1936.htm)
- Congreso de Colombia. Por la cual se modifica el Título XIII del Libro Primero del Código Civil y se dictan otras disposiciones. . Ley 5 de 1975, Recuperado el 2019, de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0005\\_1975.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0005_1975.htm)
- Congreso de Colombia. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Ley 54 de 1990. Recuperado el 2019, de <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%2054%201990.pdf>
- Congreso de Colombia. Por medio de la cual se modifica el artículo 11 de la Ley 57 de 1887 . Ley 57 de 1990. Recuperado el 2019, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1610115>
- Congreso de Colombia. Que autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables. Ley 70 de 1931 . Recuperado el 2019, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1620005>
- Congreso de Colombia. Ley 721 de 2001 Recuperado el 2019, de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0721\\_2001.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0721_2001.htm)
- Congreso de Colombia. Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Ley 75 de 1968 . Recuperado el 2019, de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0075\\_1968.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0075_1968.htm)
- Congreso de Colombia. Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia. Ley 82 de 1993. Recuperado el 2019, de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0082\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0082_1993.html)
- Congreso de Colombia. Código Civil Colombiano . Ley 84 de 1873. Recuperado el 2019, de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 2001-01932 de julio 11 de 2013, Rad.: 680012315000200101932 01 (34.435) (. Sección Tercera. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa). Recuperado el 19 de Marzo de 2019, de [https://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol\\_e60ebf6f00da01cee0430a01015101ce](https://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_e60ebf6f00da01cee0430a01015101ce)
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-074 de 2004 (. MP: Clara Inés Vargas Hernández). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-074-04.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia 577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Recuperado el 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia 967 de 2014, Referencia: expediente T-4143116. ( M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado). Recuperado el 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-967-14.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C – 029 del 28 de enero de 2009, Referencia: expediente D-7290 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). Recuperado el 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). Recuperado el 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>

- Corte Constitucional, Sentencia C-283 de 2011, Referencia: expediente D-8112 ( M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Recuperado el 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-283-11.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-309 de 1997 ( M.P. Alejandro Matrinez Caballero ). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-309-97.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-811/07 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Recuperado el 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-811-07.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia SU214/16, Referencia: expediente T- 4.167.863 AC ( M.P. Alberto Rojas Ríos). Recuperado el 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>
- Corte Constitucional Sentencia SU-642/98, Referencia: Expediente T-164970 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Recuperado el 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU642-98.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T 406 de 1992 ( M.P. Ciro Angarita Baron ). Recuperado el 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T 716 de 2011 ( M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Recuperado el 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-716-11.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-268/00, Referencia: expediente T-270030 (M.P. Alejandro Martinez Caballero). Recuperado el 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-268-00.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T-532 de 1992, REF: Expediente T-3007 ( M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Recuperado el 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-532-92.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T-967/14, Referencia: expediente T-4143116. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado). Recuperado el 01 de Mayo de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-967-14.htm>
- Decreto 1260 de 1970, Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las Personas (Presidente de la República). Recuperado el 2019, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1254136>
- Decreto 158 de 1994, por el cual se subrogan unos artículos del Decreto 1379 de 1972 (Presidente de la Republica). Recuperado el 2019, de [https://www.registraduria.gov.co/rev\\_electro/rev\\_elec\\_jul/images/dec0158191994.pdf](https://www.registraduria.gov.co/rev_electro/rev_elec_jul/images/dec0158191994.pdf)
- Decreto 2282 de 1989, Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil (Presidente de la República). Recuperado el 2019, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1430725>
- Decreto 2737 de 1989, Código Del Menor (Presidencia de la Republica ). Recuperado el 2019, de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/codigo\\_menor.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/codigo_menor.htm)
- Decreto 2820 de 1974, Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones. (Presidente de la República de Colombia). Recuperado el 2019, de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto\\_2820\\_1974.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2820_1974.htm)
- Decreto 902 de 1988, Por el cual se autoriza la liquidación de herencias y sociedades conyugales vinculadas a ellas ante notario público y se dictan otras disposiciones (Presidencia de la Republica ). Recuperado el 2019, de <http://suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1187399>

- Delgado, C. M. (s.f.). *Divorcio Unilateral, Aproximaciones A Una Causal Taxativa A Partir Del Matrimonio Como Contrato En El Código Civil Colombiano* . Universidad Santo Tomás. Recuperado el 2019, de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1977/Delgadamery2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Giraldo, A. J. (1996). *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional .
- Herrera, B. S., & Molina, P. A. (s.f.). *La disolución del matrimonio canónico y sus diferencias con la disolución del matrimonio civil*. Pontificia universidad javeriana de cali. Recuperado el 2019, de [http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/10556/Disolucion\\_matrimonio\\_canonico.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/10556/Disolucion_matrimonio_canonico.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Hinestrosa, F. (1974). *Concordato, matrimonio y divorcio*. . Bogotá:: Editorial Tercer Mundo.
- Hinestrosa, F. (2006). *El Código Civil de Bello en Colombia*.
- Inhua, G. (1941). *El Concordato en Colombia en algunos puntos principales* . Editorial Santafe.
- León, G. (1993). *Nuevo régimen de divorcio y separación de cuerpos*. Medellín: Señal Editora.
- Martínez, R. .. (2013). “ANÁLISIS SOBRE LA APLICACIÓN DEL DIVORCIO INCAUSADO EN EL ESTADO DE MÉXICO”. Universidad Autónoma Del Estado De México. Recuperado el 2019, de <http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/30008/TESIS%20TODO%2012-oct-13%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Oliva, G. E., & Villa, G. V. (2013). *Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización* . Mexico : Universidad Autonoma del Estado de Morelos .
- Perez, T. F. (2010). *Proceso y nulidad matrimonial canonica* . Recuperado el 2019, de <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/06-tl-02.pdf>
- Ruiz, M. M. (2017). *El Divorcio En Colombia Y Su Relación Con El Posicionamiento Social De La Mujer* . Universidad del Norte . Recuperado el 01 de Mayo de 2019, de <http://manglar.uninorte.edu.co/bitstream/handle/10584/8229/131157.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Suarez, F. R. (2006). *Derecho de Familia. Tomo I. Regimen de las personas* . Bogotá: Temis. Novena edicion.