

DIVORCIO INCAUSADO

Rosario Movilla Suarez

Resumen

Este trabajo es un análisis de la figura del divorcio incausado, fundamentado en el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad y de la legislación civil de la libertad de autonomía de la voluntad privada. Para su estudio se han tenido en cuenta los avances legislativos en algunos sistemas donde se encuentra vigente, que al ser confrontados con los proyectos de ley y la incipiente jurisprudencia colombiana permiten iniciar un camino para desarrollar y expandir las instituciones colombianas.

Palabras Clave: Vínculo matrimonial, Divorcio incausado, libre desarrollo de la personalidad, libertad de autonomía de la voluntad privada.

Abstract

This project is an analysis of the uncaused divorce figure, which is based on the constitutional principle of the personality's free development and on the freedom's civil legislation of an individual's will of autonomy and privacy. For its study, we have taken into consideration the legislative advances in several systems where it is valid, thus when confronted with law projects and the incipient Colombian jurisprudence, it allows initiating a path for the development and expansion of the Colombian institutions.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se pretende reflexionar sobre el divorcio no causado como figura que se fundamenta en el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad y en el de la legislación civil, de la autonomía de la voluntad privada.

Para tratar de darle una estructura lógica al tema, se hizo una división por subtítulos, que comprenden: Acercamiento al tema, El cambio de paradigma en materia de protección de la familia, Un estudio comparado de la exposición de motivos del divorcio unilateral o sin causa en España, Argentina, México y Suecia, y la perspectiva de un divorcio incausado en la normatividad colombiana.

I) ACERCAMIENTO AL TEMA

El divorcio es la institución jurídica creada para la disolución vincular del matrimonio que en Colombia fue regulado por la Ley 1 de 1976, y por la ley 25 de 1992 creadora de nuevas causales que se incorporaron a la normatividad existente. Con la expedición de la norma, el legislador reconoce una realidad social evidente, las crisis que afrontan muchos matrimonios que los cónyuges no han podido resolver, y que precede la creación de mecanismos que conducen a la finalización de la relación matrimonial.

El divorcio puede llevarse a cabo de dos formas básicas: por voluntad de ambas partes o por la voluntad expresa de una sola, pero en ambos casos, con el lleno de procedimientos distintos y con la obligación para quien lo solicita, de satisfacer exigencias

de orden sustancial y procedimental contenidas en la ley. Esas causales fueron clasificadas por la doctrina y la jurisprudencia en subjetivas y objetivas. Las primeras están referidas al incumplimiento de los deberes conyugales y que en consecuencia, suelen ser invocadas por el cónyuge inocente. En este caso el divorcio se aplica como una censura y de allí su nombre de “divorcio sanción”. Las causales objetivas por su parte, son las que “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” (Corte Constitucional, Pretelt, J., 2010). Ellas pueden ser invocadas por las partes en cualquier tiempo, y sus conductas no requieren valoración por parte del juez que debe en todo caso respetar el deseo manifiesto de uno de los cónyuges de disolver finalmente el vínculo matrimonial.

Las causales objetivas se caracterizan porque no se fundamentan en el dolo ni en la culpa y su objeto consiste en probar o denunciar un hecho objetivo, como es el caso de las alteraciones mentales que trastornan la vida familiar o la interrupción de la cohabitación por el tiempo señalado en la ley.

Ahora bien, la separación de hecho ha sido hasta ahora la causal más invocada en Colombia por las parejas que quieren divorciarse y que no pueden acopiar las pruebas suficientes para hacer cesar el vínculo jurídico del matrimonio y esperan el transcurso del tiempo para su constitución. En ocasiones suele ser también la salida que les queda cuando el vínculo está definitivamente roto y no desean poner en conocimiento público las diferencias que hacen imposible la vida en familia.

Una de las causales que más conflictos genera es la de relaciones sexuales matrimoniales, no sólo por las dificultades para sacar a la luz hechos que generalmente forman parte de la intimidad de los actores, sino también por los efectos que produce en el marco familiar, cuyo daño puede no ser superado ni con el paso del tiempo.

Pero, aunque la finalidad intrínseca del divorcio es como se ha dicho, la disolución del vínculo, es indudable que se convierte además en una herramienta para señalar quiénes están habilitados para divorciarse y en qué situaciones es posible solicitar el vínculo matrimonial. Con ello se limitan las posibilidades de culminar el proceso resolutorio de la anómala situación marital y familiar, en el esfuerzo continuado del Estado de proteger a la familia y de asegurar el cuidado de los hijos dentro del vínculo natural y original.

Por todo ello se hace necesario que los sistemas busquen continuamente las salidas que permitan la disolución del vínculo de la forma más digna y con respeto a los derechos fundamentales de los actores.

II) EL CAMBIO DE PARADIGMA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

Por ser considerada la familia como la célula principal de la sociedad, el Estado ha asumido la tarea de protegerla, y convirtiéndose en guardián de la misma se propuso en principio impedir la existencia de eventos que como el divorcio suelen originar su destrucción. Por ello no ha sido fácil el tránsito hacia la aceptación de la ruptura del vínculo matrimonial que en Colombia sólo se permitió desde 1976, con la expedición de la

Ley 1a. Sin embargo, el legislador no pudo sustraerse a los vientos de cambio y a la certeza cada vez mayor de que mantener un vínculo entre personas que ya no desean estar juntas, solo conduce a agravar las crisis fomentando familias infelices.

Es por ello que ha dicho la Corte:

“Ha precisado la jurisprudencia que el imperativo constitucional en lo que refiere a la protección y promoción de la institución familiar no es la duración del matrimonio -como una de sus formas de constitución-. Es lograr la estabilidad y armonía del grupo familiar, no solo como presupuesto social, sino como condición sine qua non para permitir la realización humana y el desarrollo integral de cada uno de sus miembros en un clima de respeto, óptima convivencia y libre expresión de sus sentimientos y emociones. Dichos objetivos no se garantizan ni se logran manteniendo vigente el contrato matrimonial, en aquellos casos en los que surgen diferencias, desavenencias o conflictos entre los cónyuges que hacen imposible o dificultan gravemente la convivencia y que perturban la estabilidad familiar, sometiéndolo a sus integrantes, entre los que se cuentan los hijos, a crecer y desarrollarse en un ambiente hostil o que afecta sensiblemente su proceso de desarrollo y formación” (Corte Constitucional, Pretelt, J., 2010).

A partir de la reforma producida por la Ley 1ª de 1976, el divorcio se aceptó finalmente como un recurso ante una situación irreversible, de ahí que se exigiera la demostración del cese efectivo de la

convivencia o de la violación grave y reiterada de las obligaciones conyugales. Con el tiempo, el acuerdo de voluntades se hizo suficiente y los esposos pudieron formalizar públicamente una desunión que habían mantenido por largo tiempo en privado, con grave deterioro de las relaciones al interior del hogar.

Una nueva concepción del divorcio permite verlo hoy, no como el fin de la familia, sino como la oportunidad de recomponer situaciones y de abrir paso a la creación de relaciones más felices, mejor construídas y dotadas para educar ciudadanos respetuosos de la ley y constructores de una mejor sociedad. Por lo tanto, y como al Estado le compete ponderar la integración de la familia en lo que respecta a su integración, ha ido adquiriendo conciencia de que este tipo de relaciones está sujeto a circunstancias cambiantes. Por lo tanto, si las parejas no quieren permanecer en una relación es perentorio que se les facilite el modo de disolverla, en el marco de un ordenamiento creado para tal fin.

De lo anterior puede inferirse la formación de un pensamiento nuevo que reinterpreta paulatinamente las relaciones de pareja en lugar de “perpetuar el conflicto entre los cónyuges, cuando en el curso del proceso se hace patente tanto la quiebra de la convivencia como la voluntad de ambos de no continuar su matrimonio, como la inutilidad de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas por ella vinculadas” (España, Cortes Generales, 2005).

Si se tiene en cuenta que las relaciones familiares se basan en el afecto que las motiva, es necesario reconocer que cuando éste desaparece es imposible que el Estado pueda mantener la cohesión familiar a pesar de la imposición de una rígida normatividad. Ello significa que por el bienestar de la familia, el Estado debe permitir una mayor intervención de las decisiones particulares en la resolución del divorcio.

Así, con las decisiones de diversas legislaciones de permitir el divorcio sin causa señalada más que la objetiva decisión del cónyuge, se abre paso a un nuevo paradigma que resuelve las crisis del matrimonio por una vía menos conflictiva y más expedita.

III) UN ESTUDIO COMPARADO DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DIVORCIO UNILATERAL O SIN CAUSA EN ESPAÑA Y ARGENTINA

***El divorcio no causado en España**

En la actualidad, la evolución de algunas instituciones ha permitido que en países como España y Argentina, la simple decisión de uno de los cónyuges se constituya en causal de divorcio, liberando así a la parte interesada de la necesidad de asumir la carga de la prueba o de convencer a la contraparte de la necesidad de un acuerdo para lograr el objetivo. En estas naciones, el legislador ha sido consciente de la inconveniencia de prolongar el conflicto entre los cónyuges y ha decidido que “es inútil sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas por ella vinculadas” (España, Jefatura del Estado, Ley 5ª de 2005).

El divorcio no causado es aquel que se produce sin acuerdo, mediante la solicitud de uno de los cónyuges. Se considera un “mecanismo legal con mayor agilidad y menor desgaste en sus distintos órdenes, privilegiando la impartición de justicia al colmar el postulado de una justicia pronta y expedita” (Mendoza, Garcés et al. (s/f). Sin embargo, su aceptación ha sido lenta debido a la compleja naturaleza del matrimonio y a los diversos valores que protege. En España, por ejemplo, el derecho a contraer matrimonio se configura como un derecho constitucional y por tal razón la normatividad debió tener en cuenta a partir de las reformas de 1978, que su ejercicio no podía afectar y tampoco menoscabar la posición jurídica de alguno de los esposos. El mandato hacia el legislador consistente en regular los derechos y deberes de los cónyuges se constituyó para respetar la plena igualdad jurídica y así también lo hacen las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos.

Al darle una mayor trascendencia a la voluntad de la persona, el legislador garantiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad contenido en la Constitución. Entonces, el ejercicio del derecho a no continuar casado se hace real, pues no depende de demostración de la existencia de alguna causal.

De conformidad con estos nuevos principios, se reformaron los procesos de nulidad, separación y divorcio, adoptando como valor superior la libertad. Por esta razón la Ley amplió el ámbito de libertad de los cónyuges permitiéndoles solicitar de manera individual la disolución de la relación matrimonial cuando ya no se desea

permanecer vinculado a la otra parte. Se aceptó en consecuencia que “el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación” (España, Jefatura del Estado, 2005).

Para lograr que la solicitud de disolución del vínculo prospere, hoy en día es suficiente que uno de los esposos no quiera continuar la relación matrimonial, “sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales” (España, Jefatura del Estado, 2005) tres meses después de la separación, a menos que el interés de los hijos o del cónyuge demandante exija la suspensión o disolución de la convivencia con anterioridad a ese término. La ley exige además que en la solicitud contengan la propuesta de las medidas encargadas de regular los efectos de la separación.

Con esta última disposición, el legislador pretende que el demandado de respuesta a las medidas que solicite el demandante, que tenga oportunidad de hacer las propuestas que considere necesarias y también que el juez pueda propiciar un acuerdo entre las partes.

La intervención judicial se reserva para cuando el pacto no es posible, o el contenido de los acuerdos sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados. Pero la existencia del divorcio incausado no elimina la posibilidad de que los cónyuges puedan

presentar de manera conjunta la separación o el divorcio.

***El Divorcio incausado en el nuevo Código Civil y Comercial argentino**

El divorcio incausado también se ha abierto espacio en la legislación argentina. Esta nueva figura se desarrolla dentro de la de la gran reforma nacional que ha proveído a la nación de un nuevo Código Civil en 2015 que trata ampliamente diversos aspectos del derecho de familia.

Las transformaciones han concluido en un proceso de constitucionalización del derecho de familia que apunta a una interpretación de los derechos desde la perspectiva internacional de los derechos humanos y se enmarca en principios como el de la igualdad y la no discriminación, así como la libertad y autonomía personal.

Dichos principios de libertad e igualdad constituyen el marco general para la interpretación de las normas sobre el matrimonio y su aplicación se entiende en el sentido de que no puede existir restricción, exclusión o limitaciones con respecto a la igualdad entre los cónyuges. La igualdad jurídica de los integrantes del matrimonio es el resultado de una larga evolución que se ha consolidado en el nuevo Código Civil y Comercial del año 2015.

Por su parte, la autonomía de la voluntad de las personas se refiere al cuándo y en qué forma quieren dar por finalizado su matrimonio. Este es el camino que lleva al divorcio incausado que se define como “aquél en donde no se exige la prueba de la culpa o del desquiciamiento matrimonial”.

La fuerza vinculante se concede por la sola solicitud del cónyuge, sin que se invoque ninguna causa ante el tribunal. Ahora bien, si no hay causa la categoría de culpa desaparece y también la responsabilidad con respecto al inocente. Se consideran los efectos, pero no se relacionan con la culpabilidad. La función de la ley en este caso “es regular en términos generales las secuelas del divorcio, en atención a pautas ético-sociales que se consideren aceptables, que no son sancionatorias, sino trasunto de situaciones que trascienden el conflicto mismo”. (Zannoni, 1998, 11).

Este divorcio incausado que puede ser bilateral o unilateral está siendo promovido por las legislaciones más avanzadas que no están dispuestas a permitir una exagerada intromisión del juez en los asuntos familiares porque resulta contraria a la libertad de intimidad de los afectados. Lo que sucede es que como lo dice Zannoni, “la incompreensión recíproca, los desencuentros afectivos, la quiebra del proyecto común, en suma, no se materializan fatalmente en conductas que puedan proponerse ante los estrados, y menos aún, probarse como ‘causa’ del divorcio” (2000, 29).

El cambio fundamental que daría lugar a las distintas transformaciones se produjo en el artículo 19 de la Constitución Nacional. En él se dice que: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados", lo que convierte al juez en guardián de la libertad que se manifiesta en la petición que hacen los cónyuges. De allí surge un único tipo de divorcio, el divorcio sin causa, que

elimina las causales que antes existían para desvincularse de la relación matrimonial (Congreso de la Nación, 1995).

Igual que en las legislaciones española y francesa, se considera el divorcio como un derecho que se suma a los demás derechos subjetivos recientes. Esta consideración “confiere un nuevo impulso a la voluntad de descasar. Ya sea recíproca o aislada, la voluntad adquiere un papel mayor dentro de los supuestos de divorcio”. (Peterka, 2004).

En el modelo de la reforma española de 2005 que fue tomado, se consideró como suficiente el deseo de uno de los esposos para solicitar la disolución del vínculo matrimonial, sin tener en cuenta el consentimiento de la contraparte. También se eliminaron los tiempos de espera que iban desde la separación de hecho hasta la celebración del matrimonio con el propósito de evitar que salgan a la luz aspectos íntimos de la vida familiar.

Se mantiene la fórmula del mutuo acuerdo mediante el trámite relativamente sencillo que se puede solicitar después de tres años de celebrado el matrimonio; también mediante la alegación de la cohabitación interrumpida por el mismo término y por supuesto, la posibilidad en todo tiempo de iniciar el divorcio contencioso donde el cónyuge que lo emprende debe invocar por lo menos una de las causales de culpabilidad.

Esta última opción sin embargo, puede dar lugar a un conflicto dilatado con graves consecuencias para los hijos y para la pareja. Ante esta situación surge el divorcio vincular que “se puede solicitar por uno o ambos cónyuges sin necesidad de acordar

conjuntamente, invocar separación de hecho o alguna causal de culpabilidad” (Savariano, 2015).

El anteproyecto de la ley explica así los fundamentos de esta clase de divorcio:

“...la experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido, y el Anteproyecto pretendió contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. Esto implica que, la eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la conflictiva matrimonial de la manera menos dolorosa. De este modo y siguiendo la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes se prevé un único sistema de divorcio remedio...” (Galeazzo, 2016).

***Divorcio incausado o express en México**

El divorcio incausado coexiste en México con otros tipos de divorcio, el divorcio necesario, el divorcio por mutuo consentimiento o voluntario y el divorcio administrativo.

El divorcio incausado o express es considerado como “la figura o instrumento jurídico mediante el cual cualquiera de los cónyuges podrá acudir ante el órgano jurisdiccional competente para solicitar la disolución del vínculo matrimonial”, con el requisito de haber estado casados por más de un año.

En la exposición de motivos se dice que “la estabilidad matrimonial no es una razón por la cual el individuo deba permanecer encadenado al vínculo que lo une como cónyuge, así que los motivos personales se consideran suficientes para determinar la necesidad de disolución del vínculo. Si bien es cierto que las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público y el estado debe hacer lo necesario para procurar su organización y desarrollo, no es menos cierto que en algunos matrimonios la convivencia pacífica resulte imposible de lograr. Para evitar lesiones a la familia, la mejor salida puede ser un divorcio” (Méndez, A., 2014).

Ahora bien, el legislador también es consciente de que debe proteger la familia pero sin violentar “la individualidad y el derecho de toda persona a un ambiente para su desarrollo y bienestar, sustentado en la falta de libertad e igualdad...”(Méndez, A., 2014).

Siguiendo esta línea de pensamiento, se sabe del “desgaste y afectación emocional y económico que un divorcio implica para los miembros de la familia, por lo que, partiendo de la premisa de que el matrimonio se sustenta fundamentalmente en la autonomía de la voluntad de las personas” (Méndez, A., 2014), el legislador establece en México el divorcio sin causa, en el cual el matrimonio pueda terminarse por la voluntad de los contrayentes.

***El divorcio uncausal en Suecia**

En Suecia (Red Judicial Europea, 2015) cada cónyuge o los dos de manera conjunta pueden solicitar el divorcio. Sin embargo la

legislación exige un período de reflexión de seis meses, en ciertas circunstancias, como:

- que ambos lo soliciten;
- que uno de los cónyuges viva con su hijo menor de 16 años del que tenga su custodia, o
- que sólo uno de los cónyuges quiera disolver el matrimonio

Excepcionalmente las partes pueden solicitar la dispensa del período de reflexión, como cuando la pareja ha estado separada durante dos años o porque se descubre que uno de los cónyuges fue forzado para contraer matrimonio o si contrajo matrimonio antes de los 18 años.

Una cosa es clara dentro de este sistema, el cónyuge tiene siempre derecho a conseguir el divorcio. No se contempla la separación legal, ni la anulación, y la solicitud siempre debe dirigirse al órgano jurisdiccional competente.

4) LA PERSPECTIVA DE UN DIVORCIO INCAUSADO EN LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA

La simple solicitud de uno de los cónyuges para la cancelación del vínculo matrimonial no ha sido contemplada por la ley colombiana. En Colombia el vínculo matrimonial se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por el divorcio decretado por el juez. Sin embargo, se han intentado algunas demandas de inexequibilidad con respecto a la causal del artículo 6º de la Ley 25 de 1992, según la cual deben pasar dos años de la separación de hecho para que una de las partes o ambas puedan alegarla y se presentó ante el

Congreso un proyecto que no culminó positivamente.

Haciendo uso de la Acción Pública un ciudadano demanda la inconstitucionalidad del numeral 8 (parcial) del Artículo 154 del Código Civil, Modificado por el Artículo 6º de la Ley 25 de 1992 (Sentencia C-746/11, M.P. González).

Según el actuante, el aparte demandado del artículo acusado lesiona el derecho al libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 16 de la Constitución Política, al establecer como una de las causales objetivas de divorcio la separación de cuerpos judicial o de hecho que haya perdurado por más de dos (2) años.

En el debate se muestra conforme con la reclamación la Universidad de Santo Tomás cuando dice que:

La Corte debe declarar la inexecutable del aparte demandado del numeral 8 del artículo 154 del c.c., ya que el término de dos años de separación de cuerpos exigidos por la ley para que se constituya en causal de divorcio es una limitación a la órbita de la libertad personal de dos sujetos o uno de ellos que ya no quieren compartir y mantener la relación, que carece de justificación constitucional. La norma acusada vulnera la Constitución pues impide que una decisión de la persona tenga efectos inmediatos buscados por el sujeto, imponiendo a los individuos un vínculo que no desean, coaccionando la libertad por un término demasiado largo y dificultando la separación de las vidas en común (Sentencia C-746/11, M.P. González).

El cargo de violación expuesto no prospera, según el organismo superior porque “no es la norma acusada la que desconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad del cónyuge que quiere solicitar el divorcio de manera unilateral, sino que el desconocimiento de ese derecho estaría dado por la ausencia de legislación que consagre la figura del divorcio unilateral, razón por la cual no es viable para la Corte realizar un examen de constitucionalidad por ausencia de objeto sobre el que recaiga” (Sentencia C-746/11, M.P. González). Por lo tanto declara su exequibilidad.

Otra acción pública de inconstitucionalidad está en curso contra el art. 156 del Código Civil, sobre la legitimación y oportunidad para presentar la demanda de divorcio, el cual dispone que: “El divorcio solo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales 1a. y 7a. o desde cuando se sucedieron, en tratándose de las causas 2a, 3a, 4a, y 5a. En todo caso, las causas 1a. y 7a. sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia” (Código Civil).

El actuante considera que se han restringido los siguientes derechos: el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, considerados derechos fundamentales y de aplicación inmediata. La norma se considera inconstitucional porque establece una desigualdad con respecto a los cónyuges en el divorcio y además porque limita de forma injustificada el libre desarrollo de la personalidad al cónyuge culpable (Moreno, 2016).

El artículo 13 de la Constitución Nacional se dice que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación...” (Corte Constitucional, 2015) .No obstante, la norma le otorga al cónyuge inocente prerrogativas que quiebran el equilibrio del proceso porque solo él puede instaurar la demanda de divorcio.

La Corte Constitucional ha dicho además que el derecho a la libertad se desconoce en primer lugar cuando “una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas”, es decir cuando se reconocen consecuencias jurídicas diferentes a las personas que se encuentran subsumidas en un mismo supuesto normativo. También cuando no se confiere igualdad de trato, es decir, que la ley no puede regular en forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual. Finalmente, cuando las personas no reciben igual protección, lo cual se presenta cuando se efectúan distinciones protectivas (Sentencia C-008/10, M.P. González, M.).

Por otra parte, con respecto al libre desarrollo de la personalidad dice la Corte que

“...busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos

y el orden constitucional. Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social. Se configura una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia. Así, para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado” (Sentencia C-330 de 2008).

En el caso del divorcio, se viola la potestad de la parte a autodeterminarse cuando se le impide iniciar el proceso de divorcio libremente, en el momento en que así lo quiere porque si bien la libertad para contraer el vínculo está garantizada por la ley, de igual manera debe estar protegido el derecho a deshacer el vínculo cuando estime que es necesario para conseguir sus aspiraciones legítimas.

Identificado con el número 223 de 2007 se presentó en el Congreso un proyecto de ley que pretendía hacer posible el divorcio por la

sola decisión de uno de los cónyuges. Esta causal podía ser alegada por cualquiera de los cónyuges después de transcurrido el primer año de matrimonio.

A través de esta nueva causal se pretendía eliminar la difícil y compleja situación probatoria que suscitan las diferentes causales de divorcio, así como rescatar el compromiso y la voluntad libre como condición idónea para la existencia del vínculo matrimonial.

El proyecto también establecía limitantes. En primer lugar, que sólo se empleara después del primer año de matrimonio y en segundo lugar que se suspendiese por 6 meses la solicitud cuando una vez presentada y admitida la demanda exista oposición a la misma por parte del otro cónyuge o de los hijos menores.

A la luz de la Jurisprudencia de la Corte, en Colombia podría ser viable el desarrollo de un proyecto que teniendo como fundamentos la figura de la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad, adopte como única causal de divorcio la simple decisión de uno de los cónyuges, lo que se llama divorcio incausado.

“El concepto de autonomía de la personalidad, dice la Corte, comprende toda decisión que incida en la evolución de la persona en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de juicio suficientes para tomarla. Su finalidad es comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona

goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida. Es aquí donde se manifiesta el derecho de opción y es deber de las personas respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” (Corte Constitucional. Sentencia T-542 de 1992, M.P. Martínez, A.)

Cuando el individuo decide dar por terminado un vínculo legal como pareja, está haciendo uso de unos elementos de juicio que son suficientes para tal determinación, y debe contar con una protección constitucional para dirigir sus acciones en tal sentido, sin presiones, ni imposiciones.

En el mismo sentido también dice la Corte Constitucional:

“Vivir en comunidad y experimentar la sensación de ser iguales y libres constitucionalmente frente a los demás, incluye también la posibilidad de actuar y sentir de una manera diferente, en lo que concierne a las aspiraciones y a la autodeterminación personal. La potestad de cada quien para fijar esas opciones de vida de conformidad con las propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente, es lo que llamamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho, protegido constitucionalmente y ligado sin duda alguna a los factores más internos de la persona y a su dignidad, se manifiesta singularmente en la definición consciente y responsable que cada persona puede hacer frente a sus propias opciones de vida y a su plan como ser humano, y

colectivamente, en la pretensión de respeto de esas decisiones por parte de los demás miembros de la sociedad (Sentencia T-124 de 1998, M.P. Martínez, A.).

La autodeterminación es el impulso continuado que guía al individuo a cumplir sus opciones de vida.

En otro dictamen expresa la misma Corte:

“Así las cosas, si una estudiante toma la decisión de escoger una opción de vida como puede ser la de definir un nuevo estado civil y vivir en unión libre con otra persona, y tales condiciones no entorpecen su actividad académica ni alteran el cumplimiento de sus deberes, no es razonable controvertir a través de los manuales de convivencia aspiraciones legítimas de vida de las personas o entrar a valorar la escogencia libre de otras personas respecto de las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia específica” (Sentencia T- 015 de 1999).

Cada persona entonces tiene la libertad de optar por su propio plan de vida de acuerdo con sus intereses y convicciones, por supuesto siempre que no afecte los derechos de los demás.

En otra sentencia ajustada al caso, dice la Corte Constitucional:

“La Constitución opta por un orden jurídico que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individuales (C.P. artículos 1 ° y 16), por lo

cual, en principio, no corresponde al Estado ni a la sociedad sino a las propias personas decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos de vida y sus modelos de realización personal. En eso consiste el derecho al libre desarrollo de la personalidad, frente al cual, como se desprende de la amplia jurisprudencia de esta Corporación al respecto, debe hacerse énfasis en la palabra “libre”, más que en la expresión “desarrollo de la personalidad”. En efecto, este derecho del artículo 16 constitucional no significa que existen determinados modelos de personalidad que son admisibles y otros que se encuentran excluidos por el ordenamiento, sino que esa norma implica que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional” (Sentencia C-309/971, Citada por Cuellar, 2007).

El libre desarrollo de la personalidad se enmarca dentro de los derechos fundamentales y se caracteriza por encargarse de la construcción del proyecto de vida del individuo al tiempo. Ha sido tanto su impacto que fue desarrollado en lo que se ha llamado “Constitucionalización del derecho familiar” (Revista *Advocatus*, Riaño, 2013) e irradia todos los ámbitos de la familia, en tanto en cuanto esta se encuentra conformada por seres independientes. No obstante, nuestra legislación se ha quedado corta en el reconocimiento de todos los frentes en que debe ser reconocida su primacía.

Es preciso anotar que cuando la reforma contenida en la Ley 25 de 1992 instituyó las causales objetivas de divorcio realizó un avance significativo en esta materia, puesto que ellas, que no fueron previstas en la Ley 1 de 1976, permitieron remediar conflictos de la pareja, sin establecer culpa. Estas causales, la del mutuo acuerdo y la separación de cuerpos por más de dos años, se convirtieron sin embargo, en el impedimento para una plena realización de la autonomía personal, puesto que en el primer caso se requiere del concurso de voluntades que no siempre es posible y en el segundo, de la limitación de dos años para obtener el divorcio.

Ahora bien, aunque se trata de un divorcio incausado, en realidad la causa sí existe, y consiste en la simple voluntad de uno de los cónyuges. Con ella se busca excluir las otras causales, cuya exigencia probatoria hace más difícil y confuso el proceso, además de reclamar el compromiso y la voluntad permanente como fuente del vínculo matrimonial.

Definitivamente no es posible pensar en el matrimonio como una convivencia obligatoria, cuando esto sucede las relaciones de afecto que deben mediar entre los cónyuges dan paso a un simple compromiso que no se compadece con la naturaleza humana del vínculo. Por lo mismo, tampoco es posible entender el divorcio como una sanción contra el cónyuge que incurre en la falta porque cuando ello es así, y la conducta del culpable lesiona derechos del otro cónyuge o de los hijos, la ley se encarga de su sanción.

Como sanciones fueron concebidas inicialmente las causales de derecho que castigaban al cónyuge culpable. Hoy en día el divorcio no constituye una sanción, sino un remedio para situaciones que no tienen solución.

CONCLUSIONES

El divorcio incausado se trata de una iniciativa moderna, que en modo alguno debilita la institución del matrimonio, sino todo lo contrario, estimula a aquellos que ven en él obstáculos y trabas a la libertad, razón por la cual terminan optando por la unión libre.

Los países de lengua hispana que lo han adoptado, a pesar de la naturaleza diferente de sus sistemas, se apoyan fundamentalmente en los principios de la autonomía de la voluntad privada y el libre desarrollo de la personalidad que son protegidos y desarrollados en la legislación internacional.

Son múltiples las garantías que ofrece el divorcio incausado, como por ejemplo que dispensa a las partes de justificar e invocar causas, lo que hace más expedito el proceso porque además desaparecen los términos probatorios y los trámites innecesarios.

En este mismo sentido, uno de los aspectos en que más se aprecian las bondades del proceso es su capacidad para llevar a cabo actuaciones más limpias. Con frecuencia se aprecia en los procesos la realización de todo tipo de argucias por parte del demandante para demostrar la culpabilidad de su cónyuge. Falsedades de todo tipo, en los testigos, los testimonios, los juramentos e

inclusive, el fraude procesal, son alentadas por la dificultad en la obtención de la prueba. Paradójicamente, en muchas ocasiones salen avante.

La eficacia de este accionar y la dispensa de la presentación de la prueba actúa además de forma beneficiosa sobre las relaciones de familia que deberán mantenerse después del divorcio. No tener que buscar culpables en el fracaso de las relaciones conyugales permite que las partes y los hijos superen más prontamente el trauma de la separación y no se produzcan daños permanentes en las relaciones filiales.

Otro aspecto fundamental es la certidumbre que se deriva del proceso. La claridad con que se hace la solicitud y con la que el juez resuelve los asuntos, permite que la contraparte acepte las decisiones, sin el temor de una sentencia sesgada, originada por la solidaridad de género y la presunción de que la mujer siempre es la víctima.

BIBLIOGRAFÍA

Argentina, Congreso de la Nación (1995). Constitución de la Nación Argentina. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Colombia, Congreso de la República, Ley 1ª. De 1976. Disponible en: <https://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?id=1556211>

Colombia, Congreso de la República, Código Civil, última actualización 15 de Noviembre 2016. Disponible en:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Colombia, Congreso de la República, Ley 25 de 1992. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=30900>.

Colombia, Corte Constitucional. Constitución Política de Colombia. Actualizada con los Actos Legislativos a 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/Inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

Cuellar P. Proyecto de Ley 223 de 2007. Disponible en: http://www.tnrelaciones.com/cm/preguntas_y_respuestas/content/5/961/es/proyecto-de-ley-que-crea-nueva-causal-de-divorcio-en-colombia.html

Colombia, Corte Constitucional. C-985/2010, Pretelt, J. Magistrado ponente. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-985-10.htm>

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-746/11, González, M. M.P. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-746-11.htm>

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-542 de 1992. Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Martínez, A. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-542-92.htm>

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-124 de 1998. M.P. Martínez, A. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-124-98.htm>

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 1999. M.P. Martínez, A. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-015-99.htm>

España. Cortes Generales (2005). Ley 15 de 2015. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_15_2_192005_es.htm

Galeazzo, F. (2016). El nuevo paradigma del divorcio express vs. el divorcio sanción". Disponible en:

<http://www.saij.gob.ar/florencia-galeazzo-goffredo-nuevo-paradigma-divorcio-express-vs-divorcio-sancion-dacf160393-2016-08-10/123456789-0abc-defg3930-61fcanirtcod?&o=5&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7CTema/Derecho%20civil/relaciones%20de%20familia%5B2%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D&t=377>

Méndez, A. (2014). El Divorcio incausado en México. México, Universidad Iberoamericana. Disponible en: <http://www.bib.uia.mx/tesis/pdf/015906/015906.pdf>

Mendoza, Garcés et al. (s/f). El divorcio incausado. Disponible en: file:///F:/Artículo%20Jurídico/Investigacion-Divorcio_Incausado.pdf

Minyysky, N. (2015). El impacto del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/el-impacto-del-proyecto-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-en-instituciones-del-derecho-de-familia.pdf>

Moreno, J. (2016). Acción Pública de Inconstitucionalidad. Radicación 11785; Octubre 18 de 2016.

Peterka, N. (2000). "El divorcio francés, tras la ley 26 de Mayo de 2004. Un divorcio bajo la influencia de la voluntad". En Lasarte, C. Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las reformas del Derecho de Familia. IDADFE-UNED, El Derecho, Madrid.

Red Judicial Europea (2015). Divorcio. Suecia. Disponible en: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-se-es.do?member=1

Riaño, V. (2013). La constitucionalización del derecho familiar. Advocatus. Edición especial No. 20: 297 - 310, 2013. Universidad Libre Seccional Barranquilla

Savariano, R. (2015). El Divorcio incausado en el nuevo Código Civil: un modelo de paz social. Disponible en: www.rionegro.com.ar/columnistas/el-divorcio-incausado-en-el-nuevo-codigo-civil-KPRN_7562800

Zannoni, E. (1998). Derecho Civil. Derecho de Familia. T.2. 3ed. Astrea, Buenos Aires.

_____ (2000). “Las causas objetivas de separación y divorcio en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en RDF N°16, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.