

Incorporación del régimen de divorcio mixto en el ordenamiento jurídico colombiano: reflexión con fundamento en la constitucionalización del derecho privado de familia

Incorporation of the Mixed Divorce Regime in The Colombian Legal System: A Reflection Based on The Constitutionalization of Private Family Law

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.42.13013>

Resumen

El divorcio incausado es resultado de una reciente tendencia normativa que pretende responder a las exigencias de la constitucionalización del derecho privado y las nuevas dinámicas de las relaciones familiares que han encontrado restricciones a la autonomía de la voluntad, al derecho a la intimidad y al desarrollo de la personalidad en el tradicional sistema de divorcio causalista. En ese escenario, este artículo busca una aproximación a ese nuevo mecanismo como un puente que articula las normas de orden público del derecho de familia con los derechos individuales. Para lo cual plantea una comparación de la naturaleza jurídica de los dos sistemas de divorcio y establece las consecuencias que podrían derivarse de la adopción del sistema incausado, a través de un enfoque crítico propositivo de carácter cualitativo, que parte del análisis teórico y documental. Así, se concluye que las normas que regulan la institución del matrimonio y del divorcio deben reevaluar los principios que la rigen y fundamentalmente reconocer la

Abstract

Uncaused divorce is the result of a recent regulatory trend that aims to respond to the demands of the constitutionalization of private law and the new dynamics of family relationships that have found restrictions on the autonomy of will, the right to privacy and the development of personality in the traditional causalist divorce system. Under this scenario, this article seeks an approach to this new mechanism as a bridge that articulates the public order norms of family law with individual rights. To do this, it proposes a comparison of the legal nature of the two divorce systems and establishes the consequences that could arise from the adoption of the unfounded system, through a critical propositional approach of a qualitative nature that is based on theoretical and documentary analysis. Thus, it is concluded that the norms that regulate the institution of marriage and divorce must reevaluate the principles that govern it and fundamentally recognize the prevalence of consent, not only

Néstor Hernando Moreno Huertas
Docente de tiempo completo de la Universidad Santo Tomás.
Magíster en Derechos Humanos y Magíster en Literatura. <https://orcid.org/0000-0002-7098-5015>
nestor.moreno@usantoto.edu.co

Valentina Moreno Cristancho
Estudiante de Derecho de la Universidad Santo Tomás. <https://orcid.org/0009-0009-4592-8244>
Valentina.moreno@usantoto.edu.co

Yorlanth Stiven Peñalosa Correa
Estudiante de Derecho de la Universidad Santo Tomás. <https://orcid.org/0009-0005-0251-3859>
yorlanth.stivenm@usantoto.edu.co



Open Access

Recibido:
2 de septiembre de 2023

Aceptado:
9 de enero de 2024

Publicado:
22 de enero de 2024

Laura Stefany Orduz Gómez

Estudiante de Derecho de la Universidad Santo Tomás. <https://orcid.org/0009-0009-6060-2090> laura.orduzg@usantoto.edu.co

Como citar:

Moreno, H. N.; Moreno, C. V.; Peñalosa, C. Y.; Orduz, G. L. (2024) Incorporación del régimen de divorcio mixto en el ordenamiento jurídico colombiano: reflexión con fundamento en la constitucionalización del derecho privado de familia. *Advocatus*, 21(42), 117-143. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.42.13013>

prevalencia del consentimiento, no sólo en la formación del vínculo matrimonial sino en su disolución. De esto se deduce que el divorcio causado vulnera el núcleo esencial de los derechos individuales, los cuales son de obligatoria protección por el Estado.

Palabras claves: autonomía de la voluntad, constitucionalización, derecho de familia, divorcio mixto, ordenamiento jurídico colombiano.

in the formation of the marriage bond but also in its dissolution. From which it follows that caused divorce violates the essential core of individual rights, which are obligatory protection by the State.

Keywords: autonomy of will, constitutionalization, family law, mixed divorce, Colombian legal system.

INTRODUCCIÓN

En la legislación civil, antes de las modificaciones introducidas por la Ley 2442 del 2024, se establecía un riguroso sistema que imponía una serie de reglas sustanciales y procesales a fin de que uno de los cónyuges lograra el divorcio, la legitimación por activa únicamente reconocida al cónyuge inocente, el término de caducidad de un año o dos dependiendo de la causal alegada y la necesidad de invocar y probar alguno de los supuestos de hecho consagrados en el artículo 154 del Código Civil.

Aunque en cierta medida se superó la concepción indisoluble del vínculo matrimonial, en su momento sí fue notoria la renuencia a admitir la voluntad unilateral como elemento suficiente en la producción de efectos jurídicos.

Lo anterior no resultaba consecuente con la idea de consentimiento en la que se fundamenta el contrato de matrimonio. Si bien debe haber consentimiento libre y exento de vicios para configurar el vínculo, cuando se trataba de darle disolución, ese elemento perdía su valor y era desplazado por las disposiciones del legislador, dejando al cónyuge con intención de divorciarse en una situación desfavorable, en la que debía optar por probar una causal, tratar de conseguir el consentimiento del otro cónyuge o suspender la vida en común durante el término de dos años, y restringiendo la voluntad del cónyuge culpable de adelantar el proceso de divorcio.

En ese sentido, la poca preponderancia que se le otorgaba al consentimiento del cónyuge

al tomar la decisión de divorciarse resultaba contraria al reconocimiento de un conjunto importante de derechos fundamentales como la libertad, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y de principios como la autonomía de la voluntad -todo ello objeto de atención con la reciente constitucionalización del derecho privado de familia-, y fue consecuencia de una injerencia indebida del legislador en asuntos que, a pesar de requerir la aplicación de normas de orden público, involucran el ejercicio de derechos individuales.

Precisamente, en la idea anterior se sustenta la hipótesis de que el régimen de divorcio adoptado en el ordenamiento jurídico colombiano, previo a la expedición de la Ley 2442 de 2024, al exigir la demostración de una causal y limitar los casos de disolución del vínculo, vulneraba los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y la autonomía del cónyuge que pretendía divorciarse unilateralmente.

Otras legislaciones han evaluado esta situación y han encontrado soluciones jurídicas al respecto. En el caso de Colombia, se ha respondido tardíamente ante la dinamización que exigían los cambios sociales, pero sin desatender las normas de orden público ni la protección estatal de la que goza la institución familiar. De esta manera, se reconoció que su importancia no es un argumento jurídicamente razonable para anular la individualidad y singularidad de la que gozan sus miembros y se justifica la adopción del régimen unilateral de divorcio.

Expuesto así el divorcio incausado en el ordenamiento jurídico colombiano como tema de estudio, el presente artículo responde a la pregunta: ¿La aplicación del sistema de divorcio causalista adoptado en el ordenamiento jurídico colombiano, previo a la expedición de la Ley 2442 de 2024, vulneró los derechos individuales a la intimidad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad del cónyuge que pretendía unilateralmente disolver su vínculo matrimonial?

En ese sentido, el desarrollo del artículo se fundamenta en una metodología cualitativa y analítica con un enfoque crítico-propositivo, toda vez que se pretende comprender un fenómeno sociojurídico y sus cualidades a partir del ejercicio comparativo entre la naturaleza jurídica del sistema de divorcio causado e incausado, con el fin de establecer las consecuencias que podrían derivarse de la adopción de este último.

El análisis se efectúa con base en fuentes de estudio que incluyen la Constitución Política, legislación, jurisprudencia, el Proyecto de Ley 050 de 2021, el Proyecto de Ley 064 de 2023 y la Ley 2442 de 2024, artículos de investigación y doctrina referente a la materia. Lo anterior implica que el artículo se limite a un criterio temporal, que en este caso corresponde al periodo entre los siglos XIX y XXI, y delimite su criterio espacial al territorio colombiano, lo cual, a su vez, permite que las variables estudiadas, tales como regímenes de divorcio, legislación, derechos individuales y normas de orden público, sean básicas en la investigación.

Ahora bien, la pertinencia de la investigación se sustenta en si el divorcio o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso han sido objeto de transformaciones debido a cambios sociales y culturales, gozaban en el ordenamiento jurídico colombiano de una regulación estricta, en el sentido de que la autonomía para ejercer el divorcio estaba mediada por la demostración fáctica de alguna de las causales consagradas en la ley. A la luz de las exigencias de la reciente constitucionalización del derecho, se hicieron evidentes una serie de antinomias que hacían necesaria una revisión en términos conceptuales y prácticos del actual y único régimen de divorcio que ha consagrado la legislación colombiana, y como consecuencia de ese fenómeno se promulga la Ley 2442 de 2024, que permite el divorcio por la sola voluntad de cualquiera de los cónyuges.

Otro aspecto tiene que ver con el lugar que ocupan los derechos individuales a la intimidad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad dentro de la institución del divorcio, en la que las normas que tienen el carácter de orden público y el rol intervencionista del Estado resultan ser un elemento esencial en la regulación de las relaciones familiares. Sin embargo, aún bajo ese carácter esencial, debe haber un espacio de discusión, pues los nuevos discursos sobre el tema señalan que la protección a la familia no es un asunto meramente público sino privado y que las decisiones que atañen a la persona no admiten injerencias indebidas del Estado.

Aunque no existe una sola vía metodológica para analizar el objeto de estudio, es claro que los propósitos del artículo advierten la idoneidad del método cualitativo en términos de acercamiento y profundización al fenómeno sociojurídico. De allí que las fuentes seleccionadas sean congruentes con cada objetivo específico, ya que su uso en la investigación posibilita la contextualización de la discusión desde varios puntos de vista, así como la identificación de los argumentos que se han enunciado a favor y en contra de cada uno de los regímenes.

La materialización de la investigación se logra dotándola de espacio y tiempo. Es por ello que al elegir a Colombia como límite espacial se piensa fundamentalmente en las razones por las cuales su ordenamiento jurídico, en comparación con otros como Argentina, España y Uruguay, se apartó durante mucho tiempo de la tendencia a privilegiar que cualquiera de los cónyuges pudiera disolver su vínculo matrimonial sin que mediara la demostración de determinada causal.

Al elegir los siglos XIX al XXI se pretende rastrear cómo se configuró el actual régimen mixto, tomando como referencia la expedición de la Ley del 20 de junio de 1853, que fue un hito, a pesar de su corta vigencia, al contemplar la disolución del vínculo mediante divorcio, ya sea por delito de uno de los cónyuges o por mutuo consentimiento, y analizar qué tan a la vanguardia se encuentra frente a los esfuerzos integradores que han impulsado los sistemas jurídicos.

El objetivo general de este estudio es determinar si la aplicación del sistema de divorcio causalista adoptado, previo a la expedición de la Ley 2442 de 2024, vulneró los derechos individuales a la libertad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad del cónyuge que pretendía disolver unilateralmente su vínculo matrimonial.

Para esto, se identifican tres momentos que dan estructura al presente artículo, de la siguiente manera: en un primer momento y dentro del acápite Naturaleza jurídica del divorcio en Colombia, se pretende identificar el régimen de divorcio incorporado en la legislación colombiana a partir de la revisión de la legislación sustancial y procesal, con el fin de determinar su naturaleza jurídica y regulación. Una vez efectuada dicha revisión, en la sección Regímenes de divorcio: causalista, incausado y mixto se presenta una comparación entre el contenido, los elementos y los alcances de cada uno de los sistemas de divorcio causalistas e incausados, con la finalidad de precisar la tendencia actual de la discusión. Por último, en los Efectos de un nuevo régimen de divorcio en el ordenamiento jurídico se analizan las posibles consecuencias de la incorporación del sistema de divorcio incausado a través de una interpretación sociojurídica, con el propósito de evaluar la capacidad del derecho de familia de adaptarse a las transformaciones sociales y culturales.

Finalmente, vale la pena indicar que el presente artículo valora no sólo el impacto

positivo o negativo que podría generar la Ley 2442 de 2024 frente a la incorporación de una causal que reconoce la voluntad de uno de los cónyuges como motivo suficiente de divorcio, sino que también procura un análisis sistemático del ordenamiento jurídico, con el fin de que las conquistas legales resulten armónicas con las constitucionales. De esta manera, este artículo puede servir de llamado a espíritus críticos, propositivos y reflexivos del derecho colombiano.

METODOLOGÍA

Este artículo se fundamenta en una metodología cualitativa y analítica, con un enfoque crítico-propositivo, orientado a analizar la incorporación del régimen de divorcio mixto en el ordenamiento jurídico colombiano desde la perspectiva de la constitucionalización del derecho privado de familia, conforme con la reciente promulgación de la Ley 2442 de 2024. Con este fin, se hace una revisión documental exhaustiva de la legislación vigente, la jurisprudencia constitucional y la doctrina relevante, para identificar las normas y principios que regulan el divorcio causalista y evaluar su compatibilidad con los derechos fundamentales, como la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad.

Así mismo, se emplea un método comparado para contrastar los sistemas de divorcio causalista e incausado, analizando sus requisitos, elementos y efectos, así como su impacto en la protección de derechos indi-

viduales y en la adaptación del derecho de familia a las transformaciones sociales contemporáneas. En ese sentido, se analizan los regímenes de divorcio causalista, incausado y mixto en Colombia y otros sistemas jurídicos de referencia como Argentina, España y Uruguay.

De allí que la selección de fuentes doctrinales, jurisprudenciales y legislativas nacionales e internacionales enriquezca la contextualización y el análisis crítico de la discusión. De manera complementaria se aplica una hermenéutica jurídica que evalúa la coherencia del régimen causalista con los principios constitucionales y propone lineamientos para un régimen mixto que equilibre el orden público con la autonomía personal.

Finalmente, se recurre a una interpretación sociojurídica, que considera el impacto de los cambios sociales y culturales en la regulación del derecho de familia, lo cual permite valorar la capacidad del sistema jurídico colombiano para adaptarse a las nuevas exigencias constitucionales y sociales, y determinar si la transición hacia un régimen más flexible y respetuoso de los derechos fundamentales contribuye a la armonización entre las conquistas legales y los principios constitucionales. Se espera demostrar que el régimen causalista limita derechos esenciales y que un sistema mixto, que reconozca la prevalencia del consentimiento, ofrece una respuesta más adecuada a las exigencias constitucionales y sociales, garantizando la protección jurídica de las partes involucradas.

I. Naturaleza jurídica del divorcio en Colombia

«Todas las familias felices se parecen unas a otras; pero cada familia infeliz tiene un motivo especial para sentirse desgraciada»
 (Tolstói)

El divorcio no se enmarca en un único concepto, pues alberga otras instituciones sociales y jurídicas, figuras y trámites que lo hacen mucho más prolífico en términos prácticos y teóricos. Sin embargo, es claro que para comprender lo que consagra hoy el ordenamiento jurídico, es necesario acudir al pasado para rastrear aquello que permanece vigente. Justamente allí pueden hallarse respuestas (en el mejor de los casos) o al menos aproximaciones relevantes al tema de análisis.

No puede obviarse su relación con el matrimonio y la religión, la cual se hizo evidente desde los primeros pronunciamientos legislativos ampliamente permeados por los discursos dominantes del siglo XIX. Estos discursos estaban sustentados en una concepción sacramental del matrimonio católico y en una fuerte carga moral impuesta a las mujeres. Dicha visión pretendía consolidar y proteger la constitución de una familia nuclear y las denominadas *sanas costumbres*, lo que se sintetiza en las conocidas afirmaciones: “lo que Dios ha unido, no lo separe el hombre” o “hasta que la muerte los separe”. La indisolubilidad matrimonial fue entonces el sustento de una regulación temerosa en materia de divorcio, lo que evidencia la relevancia que tuvo el concepto de familia en las decisiones adoptadas.

Si bien prevalecía un espíritu antidivisorista, ya que como se resaltó, las leyes que regulaban el matrimonio pertenecían al ámbito del derecho canónico, toda vez que la relación Iglesia-Estado propiciaba este tipo de injerencias, en 1853, durante el gobierno liberal de José María Obando, se profirió la Ley del 20 de junio de 1853, conocida también como Ley Obando. Esta normativa:

Contemplaba las condiciones mediante las cuales se podían realizar matrimonios, los cuales debían celebrarse ante jueces parroquiales de cada distrito en presencia de dos testigos hábiles; determinaba los deberes y derechos de los cónyuges; trataba sobre las demandas de nulidad del matrimonio y, lo que fue motivo de mayor polémica, definía la disolución del vínculo mediante divorcio, bien por delito de uno de los cónyuges¹ o por mutuo consentimiento (Aristizábal, 2017).

Así, se estableció por primera vez tanto la posibilidad del matrimonio civil como la del divorcio vincular en Colombia, lo que implicaba no sólo la suspensión de la vida en común sino la disolución efectiva del vínculo matrimonial. Vale aclarar que, si bien a partir de este momento se reconocieron efectos al divorcio por mutuo consentimiento, eran limitados los casos que podían acogerse a esta

¹ Entiéndase por delito: (a) el adulterio de la mujer; (b) el amancebamiento del marido; (c) las graves y frecuentes injurias, los maltratamientos de obra, la sevicia de uno de los cónyuges hacia el otro, si con ello peligra la vida de los consortes o se hace imposible la paz o el sosiego domésticos; (d) la ausencia de un cónyuge abandonado por el otro por más de tres años.

figura. Por ejemplo, quedaban exceptuados los matrimonios en que la mujer tuviera cuarenta años cumplidos y cuando los padres de los cónyuges no estuvieran de acuerdo con el divorcio.

Sin embargo, estos efectos los modificó la Ley del 8 de abril de 1856, la cual, aunque derogó la figura del divorcio vincular, mantuvo la posibilidad de que los cónyuges contrajeran matrimonio por rito religioso o por rito civil. Los años posteriores dan cuenta de una serie de debates en torno a los alcances del divorcio, que se acentuaron en una u otra posición, de acuerdo con las posturas políticas defendidas.

A razón del federalismo, en 1869 cada Estado colombiano disponía de su propio Código Civil, lo que implicaba distintas formas de regular aspectos como la filiación, el matrimonio y el divorcio. Cuatro años después, el Congreso consideró necesario unificar la normatividad civil y ajustarla a los preceptos de la Constitución Nacional. Por ello, mediante la Ley 84 de 1873, se adoptó el Código Civil de la Unión, que entre otros aspectos definió el matrimonio, estableció causales de nulidad y, con respecto al divorcio, señaló en el artículo 153 que el divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados.

Esto refleja la persistente relación entre la legislación civil y el derecho canónico, ya que en todo caso subsistía el lazo conyugal. El divorcio no podía configurarse por la simple voluntad de los cónyuges, sino que debía ser decretado por un juez, a petición del cónyu-

ge inocente y con intervención del Ministerio Público, siempre que se lograra probar alguna de las cinco causales específicas para suspender el vínculo, que siempre exigía mayores e injustificados requisitos probatorios a las mujeres por los marcados roles de género. Como afirma Beltrán (2020):

El proyecto del liberalismo radical del siglo XIX era un intento de modernización del derecho de familia por su énfasis en cambiar ciertas normas familiares que olían a “tradición”, pero sin lograr deshacerse de la idea de familia nuclear basada en el matrimonio, que la iglesia católica y la corona española habían desarrollado durante la época colonial (...) Así, tanto los liberales radicales como los conservadores y la iglesia, coincidían en que el matrimonio era la institución adecuada para regular la propiedad y la sexualidad entre las parejas. (p. 51)

Con la Constitución de 1886 se unificaron ciertos criterios en el terreno jurídico y político, lo que tuvo como consecuencia el restablecimiento de la hegemonía de la iglesia católica. Por esta razón, la regulación de la familia tuvo como eje orientador los principios y valores católicos, y gozó de la protección del Estado, el Estado Vaticano y la iglesia católica. Este escenario propició que, mediante la Ley 57 de 1887, se reincorporara la jurisdicción de la iglesia católica en asuntos matrimoniales, así como en la regulación de la vida privada y de las relaciones conyugales, lo cual otorgó nuevamente prevalencia al matrimonio religioso sobre el civil. Este hecho se acentuó con

la celebración de un Concordato con la Santa Sede en 1887, al ampliar la participación de la institución eclesiástica en las decisiones políticas.

Fue difícil entonces defender y promover desde el órgano legislativo la secularización de la sociedad, o al menos de la vida cotidiana. Prueba de ello es la Ley 30 de 1888, que consagró lo que se conoció como el privilegio paulino, el cual consistía en que un matrimonio celebrado bajo el rito católico anulaba de pleno derecho un matrimonio anterior contraído bajo las leyes civiles. Además, dispuso que solo el matrimonio celebrado conforme a las estipulaciones del Concilio de Trento tendría efectos civiles, lo que implicaba la obligatoriedad, es decir, aquel bautizado en la religión católica, de casarse por el rito canónico para que su matrimonio fuera considerado válido.

El mencionado privilegio paulino fue derogado por la Ley 54 de 1924, conocida como la Ley Concha, que haciendo un nuevo ejercicio hermenéutico dispuso la posibilidad de permitir el matrimonio civil y reconocerle efectos, siempre y cuando los contrayentes hubieran manifestado de manera solemne la separación de su credo religioso e, incluso, la aceptación de las sanciones eclesiásticas correspondientes.

Hasta este punto es claro que la historia de las reformas al divorcio en Colombia está ligada principalmente a tres factores: a) las relaciones del Estado con la iglesia católica, b) el

turno del poder entre liberales y conservadores y c) la tensión entre una visión católica y una visión laica. De manera que es clave haber identificado los cimientos del derecho de familia y su relación con el contexto político y social en que discurre:

En virtud de la naturaleza contractual del matrimonio, que se basaba en el libre consentimiento y la voluntad de las partes, no se entendía cómo el legislador obligaba a “vivir eternamente unidos” a los contrayentes. La disputa de si el matrimonio era un contrato civil o un sacramento estuvo presente en los debates sobre la regulación del divorcio vincular. Como se explicó en una nota del diario *El Radical*, “esta diferencia de apreciación es importantísima porque de ella depende el criterio que se tenga para analizar y juzgar el punto relacionado con el divorcio vincular o perpetuo”. Estas reformas -al igual que un nuevo Concordato- se veían por los liberales radicales como imperativas para la época (Beltrán, 2020, pp. 90-91).

En este nuevo panorama, y con el progresivo reconocimiento legal de los derechos de la mujer, se propició un ambiente de discusión que redundó en la presentación de varios proyectos de ley sobre matrimonio civil y sobre las posibilidades de disolver el vínculo por acuerdo de los cónyuges o por hechos graves que afectaran la armonía conyugal. Aunque no fueron aprobados ni bien recibidos por la comunidad religiosa, estos proyectos sirvieron como referente para empezar a resquebrajar la idea de estabilidad familiar y pulcritud que

sólo concedía un matrimonio sacramental e indisoluble.

El divorcio vincular, acotado a los matrimonios civiles, se convirtió en la Ley 1^a de 1976, que modificó varios artículos del Código Civil y de procedimientos civiles, entre ellos el artículo 154 del Código Civil, estableciendo nueve causales de divorcio [no se incluía el mutuo consentimiento de los cónyuges], reguló la separación de cuerpos y de bienes, y concedió a la mujer el derecho de solicitar el divorcio en condiciones iguales a las reconocidas al hombre. Se constituyó en esta norma el divorcio sanción, el cual sólo lo podía solicitar el cónyuge inocente. Los altos tribunales ratificaron el carácter taxativo de las causales de divorcio, toda vez que:

Debe haber declaración judicial de certeza en lo relativo a los hechos que se le imputan al culpable o a aquellos que, desbordando los aspectos propiamente sancionatorios atribuibles a la institución, son catalogados por el legislador como contrarios al estado matrimonial y perturbadores de los fines mismos de la familia (Alarcón, 2019, p. 31).

Este giro de perspectiva puede entenderse en virtud del proceso de secularización social y de los cambios propiciados por las revoluciones culturales ocurridas en el siglo XX, que exigían soluciones en el plano jurídico a la condición de la mujer, la familia y los matrimonios irregulares. Se pretendía armonizar la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio religioso con la necesidad del Estado

de regular sus consecuencias civiles, basadas en el reconocimiento de la libertad civil de las personas casadas y su derecho a buscar la felicidad cuando no la hallaron en ese matrimonio. Hacia 1989 se profirió el Decreto 1900, que facultó a los notarios para tramitar el divorcio cuando la separación de cuerpos decretada por el juez o formalizada ante notario hubiera perdurado por más de dos años y los cónyuges convinieran el divorcio.

Vale recordar que a partir de la Ley 1^a de 1976 se reconoció la disolución del vínculo para el matrimonio civil y la separación de cuerpos, pero se mantuvo el carácter indisoluble del matrimonio católico. Sin embargo, con la Ley 25 de 1992 -y tras haber transitado por una de las oportunidades políticas más importantes en la historia contemporánea de Colombia para transformar el derecho y las concepciones sobre la familia y las mujeres- se permitió el divorcio como medio para cesar todos los efectos civiles de los matrimonios celebrados por los ritos de cualquier confesión religiosa, incluida la católica, siempre y cuando se configurara alguna de las causales previstas en el sistema tradicional causalista del Código Civil. En ese sentido, la norma desarrolla parcialmente el artículo 42 de la Constitución Política, lo que implica que el divorcio dejó de ser considerado exclusivamente un asunto civil para convertirse en una figura con fundamento constitucional. De este modo, el divorcio adquiere un carácter protector de la institución familiar, orientado por los principios de libertad e igualdad.

En cuanto al régimen causalista, la ley modificó el artículo 154 del Código Civil al establecer:

Dos tipos de causales para solicitar el divorcio: unas denominadas subjetivas, relacionadas con el incumplimiento de obligaciones y deberes conyugales, sólo alegables por el cónyuge inocente, y que dan lugar al divorcio sanción, dentro de las que se encuentran las causales 1, 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 154. Otras, llamadas causales objetivas, que se relacionan con el rompimiento de los lazos afectivos que motivan el matrimonio, alegables por cualquiera de los cónyuges que desee disolver el vínculo matrimonial, como las causales de los numerales 6, 8 y 9 (Alarcón, 2019, pp. 31-32).

En materia sustancial, es necesario señalar que se reconoce una serie de efectos una vez se decrete el divorcio o la cesación de efectos civiles, consagrados en los artículos 160, 161 y 162 del Código Civil. Principalmente se dispone lo relativo al régimen de alimentos, custodia, visitas, donaciones y se advierte que no sólo se disuelve el vínculo, sino también la sociedad conyugal, lo cual no significa eximir a las partes de los derechos y deberes que les corresponde.

En materia procesal, el Código General del Proceso establece las reglas aplicables a los procesos declarativos, entre ellos el divorcio y la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso. En cuanto al divorcio contencioso, los artículos 388 y 389 señalan reglas prescriptivas para las partes y para el juez, así como

otras meramente facultativas que pretenden la protección y garantía de los derechos de los cónyuges y de sus hijos menores, en caso de tenerlos. La misma norma, en el artículo 577, numeral décimo, consagra las reglas aplicables a la demanda de divorcio por mutuo consentimiento, caso en el cual se acudirá a lo relativo a los procesos de jurisdicción voluntaria, sin perjuicio de la competencia de los notarios. El requisito esencial en este caso es aportar el acuerdo frente a los derechos y obligaciones derivados del divorcio, firmado por ambos cónyuges.

Desde ese momento no han sido pocos los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de divorcio. En la actualidad, esta corporación defiende la postura que antepone al divorcio la demostración de alguna de las causales, tal como se desprende de la sentencia C-394/17 por medio de la cual la Corte resolvió declarar exequibles las expresiones “sólo” y “por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan”, contenidas en el artículo 156 del Código Civil, por el cargo relativo a la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y en la que señaló que:

El segmento demandado no resulta violatorio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, debido a que, una vez los contrayentes aceptan el contrato de matrimonio, al que concurren de forma voluntaria, aceptan también las cláusulas de las que se derivan restricciones para su autonomía, y ello incluye las relativas a los mecanismos que existen para

disolverlo. En tal sentido, la Sala consideró que si los cónyuges no desean continuar con el vínculo matrimonial, cuentan con posibilidades jurídicas para disolverlo como el mutuo acuerdo, o la posibilidad que ambos cónyuges tienen de acudir a la separación de cuerpos para luego de transcurridos dos años, proceder a solicitar el divorcio, restricción que no es desproporcionada si se tiene en cuenta que la finalidad es proteger a la familia y tratar de recomponer el vínculo matrimonial (Corte Constitucional, Sentencia C-394/17, 2017).

El divorcio o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso es una institución jurídica que gozaba en el ordenamiento jurídico colombiano de una regulación estricta a pesar de las transformaciones que exigían los cambios sociales y culturales. Sin embargo, la Ley 2442 de 2024 procuró solucionar las dificultades a las que debían enfrentarse los cónyuges al disolver su vínculo matrimonial. Como se comentó, no ha sido poca la regulación en torno a las causales de divorcio, pues al ser uno de sus elementos esenciales, se ha intentado armonizarla con otras figuras e instituciones del ordenamiento.

Es necesario aclarar que antes de las modificaciones implementadas el divorcio era una figura de estricto acceso por su carácter taxativo, tanto en lo sustancial como en lo procedural, pues podía ejercerse de manera voluntaria por ambas partes o de manera contenciosa por uno de los cónyuges. En ambos casos debían satisfacerse las exigencias de orden legal. Entonces, para visualizar

los antecedentes de la naturaleza jurídica de esta figura, vale tener en cuenta lo señalado por Movilla (2016), “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” (p. 53).

El carácter de contrato bilateral que tiene el matrimonio, los efectos personales y patrimoniales que implican, aunado al deber de proteger la familia como núcleo de la sociedad, es lo que justificó la aplicación de un sistema causalista y, por lo tanto, la mengua “proporcionada” y “razonable” a derechos como el libre desarrollo de la personalidad y la libertad individual. Los siguientes argumentos condensan esta postura:

- (i) dada la naturaleza especial del contrato de matrimonio, que se celebra con pleno consentimiento de los contrayentes, quien es culpable del hecho no puede alegar en su favor la propia culpa para generar la ruptura matrimonial;
- (ii) es admisible que el legislador fije un régimen de divorcio que requiera la acreditación del incumplimiento de las obligaciones y fines del matrimonio, toda vez que impacta la institución de la familia, y
- (iii) no obliga al cónyuge culpable a mantener el vínculo matrimonial en contra de su voluntad, ya que éste puede invocar en todo momento la disolución por otra de las causales de divorcio contempladas en la ley (Corte Constitucional, Sentencia C-394/17, 2017).

Es justamente esta postura la que generó conflictos y discusiones teóricas y prácticas, ya que evidenció cuán arraigados fueron los cuestionables fundamentos en los que el ordenamiento jurídico sustentó el divorcio como una figura absolutamente causalista. No se trata de renunciar a las instituciones en que se funda un tema tan profundo sino de repensar, en términos de interpretación, su regulación a la luz de los demás derechos y garantías que abandera el Estado Social de Derecho. En esos términos se explican los motivos de la promulgación de la Ley 2442 de 2024.

II. Regímenes de divorcio: causalista, incausado y mixto

«Y no es que el divorcio sea institución deseable: es que libra a los espíritus, fatalmente arrastrados a la satisfacción de sus deseos, del crimen, —¡huésped bárbaro! Le quita la ventura, que queda sepultada para siempre en el hogar roto, pero les deja la estimación de sí mismos»
 (Martí, 1882, p.490).

Una vez identificadas las formas como se reguló el régimen de divorcio implementado por el ordenamiento jurídico colombiano en sus distintas iniciativas legislativas, y estudiada su regulación tanto sustancial como procesal, se establece al matrimonio como una de las instituciones de mayor relevancia y de las más antiguas. En esta, dos partes, hombre y mujer, con la anotación de que hoy se contemplan las uniones homoparentales, deciden de manera voluntaria conformar una unión singular y permanente.

Dicha unión encuentra sustento normativo en el artículo 113 del Código Civil Colombiano, otorgándole el carácter de contrato solemne que puede terminarse. Es en este contexto que se avizora la figura del divorcio, la cual se encuentra íntimamente supeditada al cumplimiento de una de dos situaciones: la primera contempla la terminación del vínculo por la muerte de uno de los cónyuges; la segunda, la existencia de alguna de las causales taxativas de terminación del vínculo matrimonial, consagradas en el artículo 154 del Código Civil.

Previo a la expedición de la Ley 2442 de 2024, el divorcio contemplaba una problemática que requería mayor atención, y era precisamente la relacionada con el divorcio contencioso, en el cual no existe acuerdo entre las partes para la terminación del vínculo. En efecto, el régimen causalista exigía que el cónyuge con intenciones de divorciarse acreditara alguna de las causales contempladas en la ley, las cuales, en su mayoría, corresponden a situaciones extremas, como cuando la vida propia o la de los hijos está en peligro, para poder acceder a este mecanismo.

Esto indica que dicho régimen se encontraba supeditado a circunstancias en las que se obligaba a uno de los cónyuges a mantenerse atado o atada al otro, a pesar de que la voluntad de una de las partes fuera no continuar con el vínculo matrimonial. Por esa razón, en Colombia el divorcio incausado o unilateral ha surgido como una figura que nace de la preocupación de los cónyuges y de la sociedad frente al hermético régimen causalista, el cual

excluye de su marco normativo la posibilidad de disolución unilateral del vínculo.

Si bien el contrato del matrimonio nace del querer y de la voluntad libre de vicios de las partes, podría pensarse en la necesidad de una readaptación del modelo de disolución del vínculo matrimonial convencional y causal, de acuerdo con los avances contemporáneos de la sociedad, hacia uno unilateral y volitivo. Es por esto que en el territorio colombiano, a pesar de cierta tardanza y resistencia, se habían contemplado escenarios en los que resultaba viable la implementación del régimen unilateral como una nueva causal de divorcio.

En ese sentido, la reciente adopción de una nueva causal de divorcio que reconoce la sola voluntad de una de las partes no elimina el régimen causalista de vieja data, ni su contenido, alcances o los elementos que lo constituyen, sino que refuerza significativamente libertades y derechos constitucionalmente protegidos.

Con respecto al régimen causalista aplicado, previa expedición y promulgación de la Ley 2442 de 2024, se identifican tres acercamientos. El primero hace parte de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el numeral 9 del artículo 6, parcial, de la Ley 25 de 1992, que modificó el artículo 154 del Código Civil, numeral 9, que desarrolla el divorcio por mutuo acuerdo entre los cónyuges. Los actores consideran que la norma es violatoria “(...) de los artículos 13 y 16 superiores en lo relacionado con la libertad, debido a que, la disposición acusada coarta y coaccionan mo-

ralmente al cónyuge que quiera divorciarse, limitando su voluntad a la del otro contraíente (...)” (Corte constitucional, C-589/19, 2019). Con esto se piensa, entonces, en la idea de un régimen que contemple la libre elección del divorcio ante el órgano competente para cesar el vínculo matrimonial sin concurrencia de una causal de las que regula la materia.

Con respecto a los argumentos que dieron origen a la demanda de inconstitucionalidad, estos adolecen de sentido toda vez que se manifiesta que el numeral noveno del citado artículo expresa como causal de divorcio el consentimiento de ambos cónyuges, manifestado ante juez competente y reconocido por este mediante sentencia, y que, por consiguiente, este es violatorio de los derechos a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la intimidad.

Si se hace esta precisión y se realiza un análisis del artículo en su conjunto, como lo expone en la sentencia el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, todos los numerales deberían entrar en control de inconstitucionalidad por ser violatorios de los mismos derechos, toda vez que ninguno considera la voluntad de un solo cónyuge para dar por terminado el matrimonio.

Ese otro foco de análisis suscita el siguiente planteamiento, que fue el que de alguna forma le dio vida al Proyecto de Ley 064 de 2023, antecedente importante en la adición de la nueva causal de divorcio. Si de reconocer la autonomía se trata, lo más coherente, o al

menos la solución más viable para este caso, sería desarrollar una tendencia a permitir el divorcio incausado. Además, esto guarda total relación con la manera en la que en la actualidad se concibe el matrimonio, si por la mera liberalidad se accede, por la mera liberalidad se puede considerar disuelto. El no reconocimiento de esto seguirá suscitando un problema. Por lo anterior, fue dable pensar en un régimen de divorcio mixto o híbrido, en el que se incorporara al artículo 154 la causal de disolución del vínculo por la mera liberalidad de una de las partes.

El segundo acercamiento al régimen incausado se presenta con el Proyecto de Ley 050 del 2021, el cual tenía por objeto incorporar a la legislación civil una causal que permita el divorcio y la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, sin culpabilidad, por la sola manifestación de la voluntad de cualquiera de los cónyuges. Para ello, modifica la normatividad vigente en la materia y parte de una concepción de respeto por la dignidad humana y en atención a los principios constitucionales de libertad, libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad (Cámara de Representantes, 2021).

Según Mondragón y Ropero (s.f.), es indispensable establecer que la implementación de un modelo incausado en el ordenamiento jurídico colombiano resquebrajaría el modelo causalista, en el que el contrato de matrimonio sólo podría ser disuelto por dos vías, como puede ser la muerte o por sentencia judicial en firme que decrete el divorcio por la acredi-

tación de por lo menos una causal de divorcio (p. 2).

El tercer acercamiento al modelo incausado del divorcio se da con la presentación del Proyecto de Ley 064 del 2023, el cual pretende la implementación de un nuevo régimen de divorcio incausado “en virtud del cual se permite el divorcio, sin culpabilidad, por la sola manifestación de la voluntad de cualquiera de los cónyuges” (Congreso de la República, 2023, p.6), permitiendo así la articulación de estos dos regímenes de manera simultánea.

Esta iniciativa del Congreso resultó acorde con las recientes tendencias de otras legislaciones que han adoptado un régimen completamente incausado del divorcio. Es el caso de países como Argentina y Nicaragua, en los que basta con la sola voluntad de uno de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial.

Se presentan también situaciones en las que países como Uruguay mantienen una mixtura y consideran un modelo híbrido, no sólo por reconocer las causales justificativas que llevan a la ruptura del vínculo, sino también por reconocer la voluntad de una de las partes como medio suficiente para buscar el divorcio, permitiendo de esta manera una armonización (Alarcón, 2019, p. 25). Tanto la mixtura como la implementación del régimen incausado, a diferencia del régimen causalista, permiten un mayor margen de voluntad a la hora de acudir ante el órgano jurisdiccional para alegar un divorcio.

El régimen causalista limita el libre desarrollo de la personalidad, lo cual supone que los cónyuges se vean obligados a mantener un vínculo matrimonial cuando ya no es dable que ese lazo se mantenga, viéndose afectado el núcleo esencial de estos derechos. Esto contraría el imperativo jurisprudencial al que alude la Constitución cuando establece la protección y promoción de la institución familiar, la cual no evalúa la duración del matrimonio, sino supone el desarrollo integral de cada uno de sus miembros en un clima de respeto, óptima convivencia y libre expresión de sus sentimientos y emociones (Movilla, 2016).

Por esta razón, es importante resaltar un régimen de divorcio incausado que proteja los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y la dignidad humana y que de esta manera, salvaguarde la capacidad de las personas para definir, de manera autónoma, las opciones vitales que habrían de guiar el curso de su existencia y, en lo que atañe a este punto de discusión, tener la capacidad volitiva de reconocer su propio estado civil.

Ahora, con respecto a lo anterior y teniendo en entredicho los derechos fundamentales, no es dable pensar, por su incoherencia y contravención con principios y preceptos legales, lo señalado por la actora en la sentencia C-394-17, relacionada con los cargos contra el artículo 156 del Código Civil, que refiere la legitimación y la oportunidad para presentar la demanda de divorcio, en la que (se) expresa que el divorcio sólo lo podrá solicitar el cón-

yuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan, es decir, la imposibilidad de que el cónyuge culpable se legitime por activa para adelantar el proceso de divorcio. En la sentencia en mención, la actora sostiene que:

El precepto acusado quebranta el derecho a la igualdad al facultar únicamente al cónyuge *inocente* para demandar el divorcio en relación con las causales 1, 2, 3, 4, 5 y 7 previstas en el artículo 154 del Código Civil, en menoscabo del denominado cónyuge *culpable*, quien está desprovisto de esta posibilidad (Corte Constitucional, C-394/17, 2017).

Puntualmente, cuando se señala la incoherencia de la acción con principios y preceptos legales, se hace hincapié en la *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, principio universal del derecho que establece que ninguna persona puede alegar a su favor su propia culpa, en razón de que sus actos y consecuencias son su responsabilidad. Es por esto que no se podría pensar que el cónyuge culpable pueda adelantar el proceso, siendo este el responsable de los hechos que darían paso al litigio. La accionante agrega que

No es necesario limitar la acción jurídica del divorcio para un único cónyuge, en caso de culpabilidad, al considerar que la característica sancionatoria de las causales subjetivas se suplía a la perfección con las prestaciones económicas en contra del cónyuge culpable, agregando que era desproporcional e innecesario, quitarle su derecho a solicitar el divorcio (Corte Constitucional, C-394/17, 2017).

Si bien el artículo 41, numeral 4, del Código Civil establece que es obligación del cónyuge culpable el pago de alimentos al cónyuge inocente, como sanción por la conducta que dio origen al rompimiento del vínculo matrimonial, no se puede considerar que el pago de esos alimentos lo faculta para iniciar el proceso de divorcio, esto como lo sustenta la actora en las motivaciones de la demanda.

Ahora bien, una vez establecidas las diferencias entre el anterior régimen causalista, establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, y el contenido de la iniciativa propuesta en el Proyecto de Ley 064 de 2023, recientemente convertido en la Ley 2442 de 2024, en sus cinco artículos, a saber: objetivo del proyecto, adición de una causal de divorcio, modificación de la legitimación y oportunidad para presentar la demanda de divorcio, efectos del divorcio, modificación respecto a la figura de alimentos, extensión y aplicación al divorcio de mutuo acuerdo. Finalmente, sobre la vigencia y derogación de las normas que le sean contrarias se hará un breve acercamiento a la manera como se establece la implementación del régimen incausado en otros países, tomando como ejemplos a Argentina y España, que han adoptado un régimen completamente incausado, y a Uruguay, que contempla una fórmula mixta.

El Código Civil de la República Argentina dio un cambio radical a su legislación interna en lo concerniente al modelo de divorcio causalista, al adoptar un único régimen incausado o sin asignación de culpas, mediante la Ley

26.994 de 2014. En esta se estipuló: “Artículo 437.- Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges” (Ley 26.994, 2014). En la implementación de este régimen también se exige que la demanda de divorcio debe estar acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados del divorcio, estableciendo que la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

El decreto real de España incorporó el sistema incausado mediante la Ley 15 del 8 de julio de 2005, que modificó sustancialmente el Código Civil al modificar el artículo 86, en el que se estipuló: “Se decretará judicialmente el divorcio (...) A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81” (Ley 15, 2005).

Este artículo evidencia una incoherencia frente a la posibilidad de adelantar el proceso de divorcio por uno solo de los cónyuges, pero con el consentimiento del otro, encontrándose impedido el cónyuge que quiera el divorcio a la voluntad del otro. El numeral segundo de la misma ley, en su artículo 81, posibilita el divorcio incausado con la condición de hacerlo una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, siempre que no exista un riesgo para la vida. Por otra parte, la demanda también debe acompañar una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 del mismo código.

Otros sistemas legales adoptan una posición todavía conservadora, pero con miras al reconocimiento de la voluntad de los cónyuges para dar por terminado el vínculo matrimonial sin invocar causal alguna. Es el caso del derecho uruguayo, que en su Código Civil, reformado por la Ley 18.387 de 2008, establece en su artículo 187 las razones por las cuales se podrá invocar el divorcio: “Artículo 187. El divorcio sólo puede pedirse: 1º. Por las causas anunciadas en el artículo 148 de este Código. 2º. Por el mutuo consentimiento de los cónyuges. 3º. Por la sola voluntad de la mujer”. (Ley 18387, 2008)

Con respecto a esta legislación se presenta una distinción en el numeral tres del artículo en mención, y es la posibilidad de adelantar el proceso de divorcio únicamente por las mujeres, la única excepción se establece en el divorcio de parejas homoparentales, donde se les otorga a los hombres la posibilidad de divorciarse por su sola voluntad. En esta legislación, al igual que en la anterior, se establece un requisito de tiempo para poder acceder a la figura del divorcio, en este caso es de dos años después de celebrado el matrimonio

Finalmente, es válido considerar que como consecuencia del precario régimen causalista vigente en Colombia, surgió la necesidad de implementar un nuevo sistema que garantizara y protegiera los derechos de los cónyuges, principalmente el del libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y el de la dignidad humana, para aquellos que deseen ponerle fin al vínculo matrimonial de forma unilateral,

situación que se concretó el 27 de diciembre de 2024 con la Ley de divorcio unilateral. Como advierte Lasarte (2005), “a estas alturas de la civilización, la verdad es que lo mejor es certificar la defunción del matrimonio, sin ambages, y permitir que, con la mayor celeridad posible, los cónyuges procuren rehacer su vida” (pp. 11-12).

III. Efectos de un nuevo régimen de divorcio en el ordenamiento jurídico

«El amor, hecho deber, no es ya el amor: es el matrimonio; el más largo, el más vulgar y el más pesado de todos los deberes»
 (Vargas Vila, s.f., como se citó en Jaramillo, 2011, p. 24).

El divorcio incausado es una propuesta que ha generado gran impacto social y jurídico, debido al amplio recorrido histórico otorgado a la institución de la familia. Esto se debe a que cuando se habla de matrimonio se incorporan distintas concepciones, algunas de tinte ideológico como el “juntos para siempre” e incluso una común en la religión: “hasta que la muerte los separe”.

De igual manera, es desde el ámbito religioso, especialmente en el catolicismo, que se propugna la indisolubilidad del vínculo matrimonial, al considerarse que la unión entre un hombre y una mujer, con el fin de formar una familia, es consolidada por Dios a través del sacramento. Sin embargo, desde el mismo ámbito religioso, y especialmente desde la iglesia católica, ha habido pronunciamientos de los soberanos del Vaticano, como el Papa

Francisco, que buscan un acercamiento de los deberes religiosos a la realidad social.

Desde el punto de vista jurídico sí se ha concebido la idea del divorcio, pero durante mucho tiempo bajo un estricto régimen causalista, que se limitaba a la ocurrencia de situaciones fácticas y a un amplio y dispendioso recorrido procesal y probatorio, especialmente cuando no coexistiera la voluntad de los cónyuges. Teniendo en cuenta que en los últimos años se ha discutido sobre la constitucionalización, no sólo del derecho en general sino también de cada una de sus ramas, como el derecho de familia, han surgido nuevas teorías que propenden por la garantía de diversos derechos fundamentales, que con la aplicación del régimen causalista se han visto afectados, como el derecho a la autonomía, la intimidad, la libertad e, incluso, al libre desarrollo de la personalidad.

De las teorías jurídicas la que más se destaca es la contractualista, cuya tesis es que *el derecho se deshace como se hace*. Por esta razón, al concebir el matrimonio como uno más de los contratos que regula el Código Civil Colombiano, cuya validez y eficacia dependen del cumplimiento de diversas formalidades, esta también debería ser la vía a través de la cual el vínculo se pueda dar por terminado, incluso cuando sea uno solo de los cónyuges quien quiera dar por finalizada su vida matrimonial, dado que no existe el ánimo recíproco sobre la permanencia conyugal que dio origen al vínculo.

Además, esto guarda total prelación y evidencia una problemática con el artículo 3 de la Ley 2442 de 2024, que modificó el primer inciso del artículo 156 del Código Civil de la siguiente manera:

Artículo 156. Legitimación y oportunidad para presentar la demanda: El divorcio sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan, con excepción de lo previsto en el presente artículo con respecto a la causal 10 del artículo 154 (Congreso de la República, 2023, p. 2).

En estos términos, la modificación propuesta por este proyecto podría reflejar una problemática respecto a la legitimación de las partes para adelantar el proceso de divorcio. También podría pensarse que se trata de una vasta y absurda mixtura entre el régimen incausado o volitivo y el causalista, toda vez que legitimar a la parte que dio origen al rompimiento del vínculo matrimonial para adelantar el proceso de divorcio; primero, violenta el principio universal del derecho *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*² y, segundo, deja al descubierto la ineeficiencia de las nueve causales originales que expresa el artículo 154 del Código Civil. Toda vez que las causales que no modifica el proyecto de ley, que son todas porque este sólo adiciona la décima, impide al cónyuge culpable adelantar el proceso, pero lo faculta en la décima causal, siempre que presente una propuesta de divorcio ante

² Nadie puede ser oído, invocando su propia torpeza.

el juez, la cual podrá ser controvertida por la otra parte y decidida por este ante un eventual desacuerdo.

Con respecto a lo anterior, se podría establecer que el hecho de que el cónyuge culpable se legitime por activa en la causal décima podría ser problemático, ya que contravía principios legales y dejaría sin sentido el régimen causalista, porque si bien frente a las nueve casuales de que trata el artículo 154 del Código Civil se le impide iniciar el proceso de divorcio, en la décima se le faculta.

Qué sentido tendría contar con un régimen causalista y pensar en la implementación de un régimen mixto³, y no únicamente en un régimen incausado, si de todas maneras la demanda de divorcio la podrá presentar el cónyuge culpable, en atención al numeral décimo, con el cumplimiento, claro, de la propuesta de divorcio que tendría alcances de alimentos, pero esta vez para la parte que acredite encontrarse en situación de dependencia económica y carezca de medios para su subsistencia⁴.

Sin embargo, el escenario de incorporar un régimen absolutamente incausado para el divorcio de manera intempestiva podría haber

afectado principios del derecho, en primer lugar, la seguridad jurídica, la cual, según la Corte Constitucional:

En la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justa y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que sólo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite. (Corte Constitucional, SU072-18, 2018)

Esta afectación devendría del posible vacío normativo que dejaría la derogatoria del artículo 154 del Código Civil, ya que al no existir una norma que regule las situaciones que conllevan al divorcio, ajena a la voluntad de los cónyuges, como por ejemplo el incumplimiento de los deberes como padres y como cónyuges; los ultrajes, trato cruel, maltratamiento de obra; la enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o psíquica, de uno de los cónyuges; corrompimiento del otro cónyuge, entre otras causales, que, en caso de ser probadas o acreditadas dentro de un proceso de divorcio, llevan consigo un carácter sancionatorio, ya sea de tipo económico o penal, para el cónyuge culpable que dio lugar a la configuración y procedencia de la causal.

De igual modo, se puede interpretar que las causales existentes no son fruto de una discrecionalidad por parte del legislador, sino que así como todas las normas tienen su origen en situaciones fácticas que obligaron a que fueran reguladas sus consecuencias

³ Establecimiento del régimen causalista implementado en el ordenamiento jurídico colombiano en conjunto con un régimen unilateral o sin causa.

⁴ Artículo 5. Alimentos para divorcio incausado. (proyecto de ley) Adíjíñese un numeral nuevo al artículo 411 del Código Civil, como numeral 11, el cual quedará así: Artículo 411. Se deben alimentos: (...) 11. Al cónyuge al que por ocasión de divorcio tramitado bajo la causal 10^a, carezca de medios para la subsistencia.

jurídicas para evitar que se continuaran vulnerando los derechos del cónyuge inocente, que le fueron afectados durante la convivencia matrimonial.

La permanencia de estas causales dentro del ordenamiento jurídico permite garantizar la efectividad de los derechos de las personas que se encuentran bajo la institución del matrimonio, al otorgarles herramientas jurídicas por las que puede optar cuando el respeto, la ayuda mutua, la solidaridad, entre otros fines del matrimonio, se han visto ultrajados por el comportamiento de uno de los cónyuges.

En segundo lugar, otro de los principios que podría verse afectado es el de justicia. En una situación concreta de divorcio, si uno de los cónyuges ha atentado contra la dignidad, integridad o libertad del otro, o de manera general se le puede imputar culpa en alguna de las causales subjetivas de divorcio, debe ser obligado a cumplir con lo que la ley disponga para resarcir los perjuicios ocasionados, además del pago de alimentos en favor del cónyuge inocente, como lo consagra la ley. Teniendo en cuenta que si se eliminaran las causales que dan lugar a una sanción, el cónyuge culpable encontraría protección en un régimen absolutamente incausado, en el cual, mediante la simple manifestación de su voluntad de no continuar con el matrimonio, se liberaría de toda culpa y responsabilidad impuestas por el régimen causalista, dejando así desprotegido al cónyuge inocente.

De este modo, y en concordancia con los principios de un Estado Social de Derecho, se hace necesario que el artículo 154 del Código Civil continúe produciendo efectos jurídicos, no sólo para garantizar preventivamente la efectividad de los derechos de las personas en caso de ser vulnerados por su cónyuge, sino también para permitir su materialización a través de un proceso de divorcio en el que se invoque y pruebe la causal subjetiva correspondiente.

Por otra parte, aunque la sustitución de un sistema causalista por uno absolutamente incausado no responde a las necesidades de la constitucionalización del derecho de familia y, por el contrario, podría generar mayores problemáticas jurídicas y de protección de derechos, no se debe perder de vista que también es necesaria la búsqueda de una solución. Esta la aborda la Ley 2442 de 2024, que cobija a aquellas personas que por razones distintas al incumplimiento de los deberes conyugales optan por la terminación del vínculo, en lo que comúnmente se denomina *se acabó la chispa del amor*, teniendo en cuenta que:

Nadie está obligado a divorciarse mientras permanezcan los dos cónyuges en sus propias convicciones frente a su relación; por el contrario, cuando ese proyecto de vida matrimonial ha fracasado, cuando no cumple con las expectativas personales, debe tener ese cónyuge el derecho a divorciarse, a dar por terminado su vínculo aun cuando no tenga una causal para invocar. (Rosalba, 2019, p. 72)

Por esta razón, cuando el Estado, el legislador o incluso los jueces a través de sus providencias buscan dar prevalencia a la *vocación de permanencia* propia del matrimonio sobre la voluntad de uno de los cónyuges, a la luz de la Constitución y de un Estado Social de Derecho se puede determinar que dicho rol paternalista de estas autoridades, al pretender hacer permanente el vínculo matrimonial, incurre en la vulneración de varios derechos fundamentales del cónyuge que ya no desea continuar en dicha unión y esto ocurre porque el vínculo matrimonial se reduce a un carácter meramente legal, sin tener en cuenta que una relación de pareja está siempre expuesta a situaciones que implican un cambio en el comportamiento de los cónyuges y que pueden llevar a uno o ambos a buscar su independencia y desarrollo personal fuera del núcleo familiar constituido. Por tanto, el vínculo matrimonial debe necesariamente estar fundamentado en el vínculo afectivo, de manera que si este último ya ha sido disuelto fácticamente, el Estado y sus leyes no pueden impedir que de manera jurídica se disuelva también el vínculo matrimonial.

En cuanto a los derechos que se vulneraban con mayor intensidad al no contemplarse la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial por voluntad de uno de los cónyuges, previa promulgación de la reciente Ley 2442 de 2024, es preciso señalar que:

En primer lugar, respecto al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad,

consagrado en el artículo 16 constitucional⁵, se entiende que existe una vulneración a este derecho cuando de manera arbitraria se limita la autonomía que tiene el cónyuge frente a la toma de decisiones en asuntos de carácter personal, como lo es la permanencia o no en matrimonio, impidiéndole de esta manera, a pesar de gozar de plena capacidad para hacerlo, adoptar nuevos proyectos de vida que le permitan desarrollarse como persona, conformar una nueva familia o estar en estado de divorcio.

Segundo, en relación con el derecho a la intimidad, que se encuentra regulado en el artículo 15 constitucional⁶, es claro que se produce una vulneración cuando el Estado limita la decisión de una persona de divorciarse por circunstancias que se desarrollan al interior de su familia, ya sea por motivos de convivencia, indiferencia u otros. En estos casos, el Estado toma la decisión, a través de sus leyes, de que mientras el cónyuge no demuestre la existencia de una justa causa taxativa debe propender por la permanencia del matrimonio. Además, se argumenta que esta permanencia también promueve la protección de los niños, niñas y adolescentes [NNA] que se encuentren involucrados y su derecho a crecer y desarrollarse dentro de una familia.

⁵ Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

⁶ Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

Por último, en cuanto al derecho a la igualdad, comprendido en el artículo 13 constitucional⁷, hay que advertir que a pesar de la existencia de este tipo de normas, a lo largo de la historia las mujeres se han visto expuestas a situaciones de indefensión y vulneración de sus derechos, lo que ha dado lugar al desarrollo de diversos movimientos, como el feminismo, para materializar la igualdad que por ley les ha sido otorgada.

Sin embargo, muchas situaciones en las que la mujer se ha visto vulnerable se han desarrollado en su propio hogar, donde el sometimiento a la voluntad de su pareja atenta incluso contra su integridad y alcanza otros aspectos, como el obstáculo de acudir ante un juez para que declare su divorcio. Esto se debe a las implicaciones de un proceso ordinario en cuanto a recursos económicos, material probatorio y un largo periodo de tiempo, de los cuales, en muchas ocasiones, no goza la mujer, dejándola en desventaja frente a su cónyuge, quien fungirá como demandado dentro del proceso.

Por esto, ante la imposibilidad de que la mujer pruebe la justa causa para que proceda el

divorcio como *ultima ratio*, la incorporación de una causal que verse sobre la manifestación unilateral del cónyuge tendiente a dar por disuelto el vínculo matrimonial garantiza sus derechos y empodera a las mujeres al permitirles tomar decisiones autónomas sobre su vida y su futuro, sin estar atadas a relaciones abusivas e insatisfactorias.

Ahora bien, teniendo en cuenta los posibles efectos que se pueden originar con la incorporación al ordenamiento jurídico colombiano; por un lado, de un régimen absolutamente incausado o, por otro, de una nueva causal de divorcio unilateral, la opción que resulta más acorde a la constitucionalización del derecho de familia es la segunda. Esta se materializó mediante la Ley 2442 de 2024, que se traduce en un sistema de divorcio mixto, compuesto por las causales de que ya disponía el artículo 154 del Código Civil y la inclusión de la causal “*Por la sola voluntad de cualquiera de los cónyuges*”, propuesta en el Proyecto de Ley 064 de 2023.

Finalmente, frente a la incorporación de esta nueva causal, no es cierto que atente contra la institución de la familia, pues la jurisprudencia ha establecido 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 sólo como presupuesto social, sino como condición *sine qua non* para permitir

⁷ 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 por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

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, sometiendo 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, Sentencia C-985/10, 2010).

Así como tampoco desconoce los derechos de los NNA, ya que “el divorcio (...) no afecta el estatus y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en tanto la relación filial permanece y con ello los deberes y las obligaciones que se adscriben a los progenitores” (Corte Constitucional, Sentencia T-384/18, 2018).

En ese sentido, si bien a los cónyuges se les permite la disolución del vínculo matrimonial sin tener que probar causal alguna, no pueden desconocer las obligaciones que surgieron durante el matrimonio con los hijos engendrados; cuestiones jurídicas que no deben dejarse de lado en razón a la prevalencia de los derechos de los NNA. Tampoco se pueden desconocer sus obligaciones, ya sean económicas o penales, en caso de haber cometido alguna falta en su matrimonio, pues esta nueva causal garantiza una serie de derechos que,

contrario sensu, en un régimen completamente causalista hubiesen sido desconocidos.

Así, aunque una modificación de este talante en el ordenamiento jurídico podría traer complicaciones estructurales al momento de aplicar las disposiciones normativas que lo conforman, debido a la armonía o unidad que de estas se presume, también es cierto que se trata de un desafío que no es desconocido por el derecho. Máxime cuando este cambio normativo demuestra el compromiso del Estado en garantizar a todos los ciudadanos el efectivo ejercicio de sus derechos, como el de proyectar un modelo de vida personal y familiar de acuerdo con sus objetivos de vida. De igual manera,

la circunstancia de que el constituyente no sea insensible a la institución familiar y que disponga su protección, no significa que esa protección alcance un grado tal que incida negativamente en la individualidad de sus integrantes; la singularidad propia de la persona no queda anulada por la pertenencia a la familia. La familia ha de concebirse al servicio de sus componentes y no a la inversa. (Roca, 2016, p. 205)

Quiere decir que el divorcio vincular no es un atentado contra la familia, sino una herramienta que permite el goce pleno de los derechos humanos cuando estos se están viendo afectados en un vínculo matrimonial fracasado que encontraba barreras en la anterior rigidez del sistema causalista colombiano.

A manera de conclusión, y teniendo en cuenta que el matrimonio debe fundamentarse en el amor, el respeto y la voluntad mutua de los cónyuges y no en la coerción legal o social, se está en favor de la nueva causal de divorcio por voluntad unilateral incorporada vía Ley 2442 de 2024. Sin embargo, no quiere decir que el divorcio escape de los controles legales y judiciales, pues el Estado, a pesar de ser el principal garante de los derechos de las personas, entre estos, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y la igualdad, también cuenta con la obligación de establecer los límites y condiciones en que deben ser ejercidos, de manera que no se afecten derechos e intereses de terceros, en especial los de los NNA.

REFERENCIAS

- Alarcón, R. (2019). Aplicación del sistema de divorcio incausado en la legislación civil colombiana. Análisis de los sistemas causado e incausado (tesis de maestría). Universidad Santo Tomás. Recuperado de <http://hdl.handle.net/11634/18993>.
- Aristizábal, M. (2017). La efímera existencia del matrimonio civil en el siglo XIX. Un debate que perdieron los liberales radicales. *Credencial Historia*, 269. Recuperado de <https://www.banrep cultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-269/la-efimera-existencia-del-matrimonio-civil-en-el-siglo-xix>.
- Beltrán, A. (2020). Movilización feminista y derecho de familia: la regulación del divorcio civil en Colombia (1930-1991) (tesis doctoral). Universidad de los Andes. Recuperado de <http://hdl.handle.net/1992/41235>.
- Cámara de Representantes de Colombia (2021). Por medio de la cual se permite el divorcio y la cesación de efectos civiles del matrimonio civil y religioso por la sola voluntad de cualquiera de los cónyuges y se dictan otras disposiciones. Recuperado de <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2022-09/prop%20proy%20ley%200050-2021.pdf>.
- Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay (2008, 23 de octubre) [Ley 18387 de 2008]. Recuperado de <https://faolex.fao.org/docs/pdf/uru200518.pdf>.
- Congreso de la República de Colombia (2023). Proyecto de ley 064 de 2023 “Por medio del cual se permite el divorcio por la sola voluntad de cualquier de los cónyuges y se dictan otras disposiciones”. Recuperado de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2023%20-%202024/PL%20064-23%20Divorcio.pdf>.
- Congreso de la República de Colombia (26 de mayo de 1873). Código civil. [Ley 84 de 1873]. DO: 2.867. Recuperado de http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Congreso de la República de Colombia (15 de abril de 1887). Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional. [Ley 57 de 1887]. DO: 7019. Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/personales/hbermude/leycontable/contadores/1887-ley-57.pdf>.

Congreso de la República de Colombia (25 de febrero de 1888). Que reforma el Código judicial y varias otras Leyes. [Ley 30 de 1888]. DO: 7.308. Recuperado de https://www.redjurista.com/Documents/ley_30_de_1888_congreso_de_la_republica.a.spx#.

Congreso de la República de Colombia (05 de diciembre de 1924). Por la cual se aclara la legislación existente sobre matrimonio civil. [Ley 54 de 1924]. DO: 19773. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/835441365/Ley-54-de-1924>.

Congreso de la República de Colombia (19 de agosto de 1990). Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines. [Decreto 1900 de 1990]. DO: 39.507. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2581>.

Congreso de la República de Colombia (19 de enero de 1976). 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 de Familia. [Ley 1 de 1976]. DO: 34492. Recuperado de <https://www.suin-juriscol.gov.co/view-Document.asp?id=1556211>.

Constitución Política de Colombia [C.P.]
(1991). Recuperado de
http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

Corte Constitucional (2 de diciembre de 2010). Sentencia C-985-10. [M.P: Pretelt, J.]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-985-10.htm>.

Corte Constitucional (21 de junio de 2017).
Sentencia C-394/17. [M.P: Fajardo, R.].
Recuperado de
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-394-17.htm>.

Corte Constitucional (20 de septiembre de 2018). Sentencia T-384/2018. [M.P: Paro, C.]. Recuperado de: Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-384-18.htm>.

Corte Constitucional (05 de diciembre de 2019). C-589/2019. [M.P: Lizarazo, A.]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C58919.htm#:~:text=En%20el%20art%C3%ADculo%2010%20de%20la%20Constituci%C3%B3n%20de%20Colombia>

- text=(ii)%20El%20divorcio%20consensuado%2C, las%20partes%20y%20sus%20hijos.
- Corte Constitucional (13 de octubre de 2022). Sentencia SU355-22. [M.P: Pardo, C.]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/SU355-22.htm>.
- Honorable Congreso de la Nación Argentina (2014, 1 de octubre). [Ley 26.994 de 2014]. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26994-235975/actualizacion>.
- Jaramillo, J. (2011). *Método fácil y rápido para ser poeta. Tomo II*. Luna Libros.
- Juan Carlos I Rey de España (2005, 8 de julio). [Ley 15 de 2005]. Recuperado de <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=2196&tipo=documento>.
- Lasarte, C. (2005). Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales. Recuperado de <https://www2.uned.es/dptodcivil/imgs/Divorcio%20Acausal%20Lasarte.pdf>.
- Martí, J. (1882). Escenas europeas. Recuperado de
- <https://biblioteca.clacso.edu.ar/Cuba/cem-cu/20150114050747/Vol14.pdf>.
- Mondragón, L. & Ropero, J. (s.f.). La decisión unilateral como causal de divorcio en el ordenamiento jurídico colombiano (trabajo de grado). Universidad Libre, seccional Cúcuta. Recuperado de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/24764/16%20FEB.%20ART.%20-%20JUAN%20JOSE%CC%81%20ROPERO%20%26%20LUISA%20MONDRAGO%CC%81N%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Movilla, R. (2016) Divorcio incausado. *Derectum*, 1(2), 51-66. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/derectum/article/view/3638>.
- Roca, E. (2016). Familia y cambio social, de la “casa a la persona”, *Cuadernos Civitas*, Editorial Thomson Reuters. Recuperado de <https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/9071/8679>.
- Tolstói, L (1878). *Anna Karenina*. [Анна Каренина]. Luarna Ediciones. Recuperado de <https://cesarcallejas.wordpress.com/wp-content/uploads/2018/09/ana-karenina.pdf>.