



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

**POSIBILIDAD DE DIVORCIO POR DECISIÓN UNILATERAL PARA LOS
COLOMBIANOS CASADOS Y DIVORCIADOS EN EL EXTRANJERO**

BETTY MONSALVE BLANDÓN

MÓNICA FERNANDA ZABALA PULIDO

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Familia, Conflictos Sociales y Proyección Social

SUBLINEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho para la justicia, la convivencia y la inclusión social

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

Bogotá D.C.

2019

1. ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| RESUMEN..... | 3 |
| INTRODUCCIÓN..... | 4 |
| MARCOS REFERENCIALES | 10 |
| MARCO CONCEPTUAL | 10 |
| ANTECEDENTES LEGALES | 14 |
| MARCO TEÓRICO | 16 |
| TRÁMITE DEL EXEQUÁTUR..... | 20 |
| APLICACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA EN EL REQUISITO DE EXEQUÁTUR..... | 26 |
| EXEQUÁTUR EN APLICACIÓN AL ESTATUTO PERSONAL..... | 31 |
| ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS | 40 |
| CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. | 48 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 57 |

RESUMEN

Todo colombiano es libre de contraer matrimonio, bien sea dentro o fuera del territorio nacional, y en este último caso, para que ese vínculo matrimonial civilmente contraído fuera del país sea válido y surta efectos en Colombia, debe registrarse ante el funcionario consular respectivo. La eventual disolución por divorcio del matrimonio civil que se haga en el extranjero, según el ordenamiento interno, deberá inscribirse en el registro civil correspondiente, para que produzca efectos personales y patrimoniales, siendo necesario que ese fallo dictado bajo ley foránea, sea homologado por medio del “Exequátur”, regulado en el Código General del Proceso, cuya procedencia se da siempre y cuando se cumplan los presupuestos legales y adicionalmente, cuando la causal que se invocó en aquel país extranjero, sea también una causal de divorcio en la normatividad colombiana.

Bajo los anteriores derroteros, encontramos que nuestra legislación presenta vacíos respecto a la homologación de sentencias de divorcio de matrimonio civil decretadas por juez foráneo, solicitudes que en la mayoría de los casos no son compatibles con el ordenamiento interno lo que impide su homologación, configurando ello una vulneración de los Derechos Humanos de los colombianos y extranjeros, más aun si tenemos en cuenta que en el contexto internacional la tendencia actual es eliminar las causales de divorcio, y ponderarlo por decisión unilateral o incausado, siendo entonces necesario, encontrar un punto de conexión entre legislaciones diversas, en aras de soslayar la trasgresión de derechos de rango constitucional.

INTRODUCCIÓN

Una de las consecuencias más habitual, generada por el fenómeno de la globalización, es el nacimiento de distintos tipos de relaciones entre individuos cuyos países de origen son distintos, pero las que aquí ocupan nuestra atención son las relaciones privadas entre personas que se unen a través del matrimonio civil; estos además de ser sujetos de nacionalidades distintas están abrigados por los regímenes legales de su país de origen, y entre una y otra normatividad, se presentan innumerables diferencias e incluso contradicciones, en cuanto al régimen que regulará no solo el vínculo contraído sino y también su terminación contenciosa o voluntaria, por lo cual, los estados deben estar preparados jurídicamente para brindar soluciones idóneas a los individuos que se rigen de acuerdo al marco legal de su nacionalidad.

El estatuto personal según el art. 19 del Código Civil (en adelante C.C.), establece que la ley nacional sigue a los colombianos en cualquier lugar donde se encuentren, es decir, define que el cónyuge colombiano, está sometido en múltiples situaciones a la ley nacional y no extranjera; regulando así el estado civil y la capacidad de las personas, por lo que son factores determinantes tanto en los derechos como en las obligaciones dentro del matrimonio y en un posterior divorcio, cuando se trate de la ejecución de actos cuyos efectos se deban surtir en Colombia.

Así las cosas, cuando un colombiano se une a otra persona por matrimonio civil en el extranjero, ese acto debe inscribirse en el consulado colombiano del respectivo país, además, es necesario que se haga su inscripción en el respectivo registro del estado civil de acuerdo al decreto

1260 de 1970. Dicho vínculo puede terminar o disolverse de acuerdo al art. 152 del C.C., por muerte real o presunta o por divorcio judicialmente decretado.

Sin embargo, cuando el divorcio se surte en el exterior, el estatuto personal es de aplicación preferente a los colombianos, bajo el principio de extraterritorialidad de la ley; por lo tanto tiene aplicación preferente frente a otras leyes y se aplica independientemente del domicilio o desplazamiento de la persona o de la pareja, se destina también como norma en el D.I. pri en Colombia; lo que significa que una persona casada en el extranjero lo será también en nuestro territorio; y si desea la terminación del vínculo mediante divorcio la sentencia judicial proferida en el extranjero deberá cumplir el requisito de Exequátur, entendido como el reconocimiento de esa sentencia extranjera aquí en Colombia, homologación cuyo conocimiento está en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, con el fin que el fallo de divorcio se reconozca y confirme en nuestra nación, o lo que es igual para que el estado civil del colombiano cambie conforme su realidad personal.

El derecho internacional privado (en adelante D.I p), busca que frente a una situación jurídica que afecte el estatuto personal y que contenga un elemento extranjero, hayan normas competentes para regular esa situación.

Y al tenor de lo anterior, el profesor Marín (2014) relacionando el estatuto personal con el derecho internacional privado, adujo:

El derecho internacional privado aborda ésta figura de una manera amplia, ya que incluye dentro de la misma no solo el estatuto individual como lo es el estado civil, los apellidos y el domicilio, sino también el estatuto familiar como lo pueden ser las relaciones entre los cónyuges (matrimonio) y las relaciones entre los padres y los hijos (filiación).(p.100).

En Colombia las causales de divorcio están reglamentadas mediante la ley 25 de 1992, la cual, modificó el art. 154 del C.C., dichas causales son consideradas como normas de orden público y como excepción a la aplicación de la ley extranjera, en caso de incompatibilidad manifiesta con aquellos principios y valores que se consideran fundamentales en el ordenamiento jurídico interno.

En este orden de ideas, al momento de solicitar la homologación por vía de Exequátur, la Corte Suprema de Justicia revisa que la causal de divorcio que sustentó el fallo de divorcio de matrimonio civil efectuado en el extranjero, sea también una causal válida en Colombia, sin analizar la nacionalidad y/o el domicilio de las partes que están solicitando tal homologación; panorama que en principio no presenta ningún problema, sin embargo, podría suceder y sucede muy frecuentemente que la causal por la que se disolvió el vínculo conyugal en el extranjero no existe en las causales establecidas en Colombia de manera taxativa, razón por la cual la Corte Suprema de Justicia niega su homologación; y ante este resultado desfavorable el cónyuge de nacionalidad colombiana debe adelantar nuevamente un trámite divorcio en Colombia cobijado bajo las causales fijadas en nuestra legislación.

Pero qué sucede si el cónyuge que solicita el divorcio en Colombia desconoce el paradero del cónyuge extranjero, o que pasa si no existe el mutuo acuerdo entre las partes, o no han transcurrido los dos (2) años desde la separación de cuerpos, judicial o de hecho, o si es el cónyuge culpable y quiere solicitar el divorcio, siendo estas las causales admitidas en nuestra legislación, por ende frente a la solicitud de reconocimiento no se tiene en cuenta la posibilidad de aplicar la ley extranjera con ocasión de que uno de los cónyuges es extranjero, por lo tanto, al momento de incoar la homologación de dicho divorcio en Colombia, su resultado será desfavorable y no generará los correspondientes efectos en el estatuto personal.

Ahora bien, la Ley 1ª de 1976 modificó el artículo 163 y 164 del C.C. aprobando el divorcio del matrimonio civil y reglamentándolo de acuerdo al lugar de celebración del matrimonio; de conformidad con esas normas, si el matrimonio civil se celebró en el extranjero, su eventual divorcio deberá regirse bajo la ley del domicilio conyugal; pero si el matrimonio civil se celebró en Colombia y su divorcio se decretó en el exterior, este se regirá por la ley del domicilio conyugal pero no producirá los efectos de disolución, salvo que la causal respectiva sea admitida por la ley colombiana.

De acuerdo a los anteriores derroteros normativos, hemos interpretado que es necesario tener en cuenta el lugar de la celebración del matrimonio civil; ya que si fue celebrado en el extranjero se debe regir necesariamente por la ley del domicilio conyugal en sus causales de divorcio. Por ende, la causal del divorcio en las sentencias extranjeras debe ser verificada solamente si el matrimonio se celebró en Colombia, ante lo cual, existe una posible vulneración de los derechos

de las personas que desean divorciarse cuando el matrimonio se celebra fuera del territorio nacional.

Niboyet (1928) citado por Marín Fuentes (2014. P. 34) menciona que:

Al hacer referencia al objeto del derecho internacional privado (D.I.pr.), no se puede acudir a un método que consista en tratar las relaciones internacionales como si fueran internas (*lex fori*). Dicha técnica conduciría a someter una situación jurídica a una ley que no presente necesariamente vínculos con dicha situación (p.34).

Así las cosas, se requiere determinar a partir de la legislación colombiana bajo qué preceptos procede la homologación mediante Exequátur en los divorcios de matrimonio civil decretado en el extranjero, para que se produzcan los efectos buscados la terminación de dicho vínculo matrimonial, en lo relativo al estado civil de las personas y a las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia.

En el contexto internacional países como España, con el fin de amparar y armonizar derechos como la libre autonomía de la voluntad de los contrayentes en la conformación del vínculo mediante el matrimonio y en su disolución, ha establecido como causal del divorcio la decisión unilateral, por lo tanto consideramos que es necesario que en Colombia se estudie regulación normativa al respecto, ante la necesidad de encontrar un punto de conexión en la diversidad de legislaciones que se aplican al divorcio de matrimonio civil realizado en el extranjero.

Lo anterior teniendo en cuenta, que cuando uno de los cónyuges que desea el divorcio es de nacionalidad extranjera, se presenta conflicto de normas, conocidas como leyes de colisión o de elección que encuentran posibilidad de aplicación mediante las normas de "remisión", como cuando el ordenamiento remite la solución de un conflicto a la ley extranjera, de lo cual es ejemplo en nuestro sistema el artículo 646 del Código de Comercio; o mediante normas de colisión "bilaterales" o "perfectas" en virtud de las cuales el legislador señala un punto general de enlace que permite, según cada caso, la aplicación de la ley nacional o la extranjera, como acontece con el artículo 13 de la ley 1ª de 1976.

Así las cosas, exigir que los divorcios de los matrimonios civiles celebrados en el exterior en el que uno de los cónyuges es extranjero se sustenten en las mismas causales colombianas, genera conflictos de leyes, ya que los actos o relaciones de los no nacionales se deberán regular por la ley colombiana aplicable para los divorcios (Ley 25 de 1992).

En este punto es necesario traer a estudio, cómo el principio de la dignidad humana se justifica con la consagración de los derechos humanos como elemento esencial de la Constitución Política de Colombia y debe obrar como factor de consenso entre los Estados de acuerdo al art. 93 de la Carta Magna, en el que la autonomía de la voluntad, se considera como una manifestación de la libertad del individuo; traducido en la libertad que tienen las personas de regular libremente sus intereses.

Por todo lo anterior, este tema de investigación otorga primacía a la sistematización de conceptos de carácter jurídico como normas, jurisprudencia y doctrina y se desarrolla dándole un

enfoque metodológico cualitativo, ya que se estudia una realidad en su contexto natural, se interpretan los fenómenos de acuerdo a las personas y tal y como sucede para resolver preguntas planteadas previamente en el inicio de la investigación y de ésta manera probar la hipótesis establecida.

Por lo tanto surge el siguiente interrogante:

¿En Colombia es viable admitir el divorcio incausado o por decisión unilateral?

El enfoque epistemológico de este trabajo es jurídico, ya que en ésta investigación se planteará, qué posibilidades tiene un divorcio decretado por juez extranjero y con legislación foránea por causales diversas a las planteadas en la ley 25 de 1992, de ser homologado en Colombia por medio de Exequátur.

Las fuentes utilizadas son los tratados internacionales de DD.HH, la constitución política de Colombia de 1991, la Ley nacional y extranjera, la jurisprudencia nacional y extranjera con base en la solución de casos concretos de las altas cortes y la doctrina.

MARCOS REFERENCIALES

MARCO CONCEPTUAL

El divorcio es la disolución legal de un vínculo personal y patrimonial contraído por personas mediante matrimonio civil o religioso, cuya regulación compete al legislador; las causales de

divorcio en Colombia están establecidas en el artículo 154 del C.C. y son consideradas normas de orden público, cuya función es impedir la aplicación de una ley extranjera si es incompatible con el ordenamiento interno, por el principio de Soberanía Estatal e independencia de los Estados, en virtud del cual, cada nación es autónoma en la expedición y aplicación de sus normas.

En este orden de ideas, para el Derecho Internacional privado, el orden público es un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido se fija por los jueces de cada país en cada momento histórico, es variable en el espacio y en el tiempo, es decir, cambia de un país a otro; está integrado por principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada.

Y como se ha dicho a lo largo de ésta documento, si un colombiano se divorcia en el extranjero deberá homologar esa sentencia en Colombia mediante el trámite de Exequátur, para que produzca efectos personales y patrimoniales en el estado civil de las personas dentro del territorio nacional; es decir, para que esa persona quede divorciada; todo esto en aplicación al principio del estatuto personal "*Statuta personalis*", del art. 19 del Código Civil, en lo que regula el estado civil y la capacidad de las personas para contraer derechos y obligaciones

Ese "*Statuta personalis*" define que la ley nacional sigue a la persona donde se encuentre, en efecto dispone que "Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles en lo relativo al Estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos

actos que hayan de tener efecto alguno en los territorios administrados por el Gobierno general, o en asuntos de competencia de la Nación; y en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero solo respecto de cónyuges y parientes”.

Sin embargo, en Colombia, como excepción al “*Statuta personalis*” encontramos “leyes de remisión”, por ejemplo cuando el ordenamiento remite la solución de un conflicto a la ley extranjera; del cual como ejemplo se puede señalar ley 1 de 1976 art. 13 que modificó el artículo 163 del C.C., y la ley 33 de 1992 art. 12, las cuales nos remiten a la ley del domicilio conyugal “*lex domicilium nuptiae*”

Ley 1 de 1976

Artículo 13. El artículo 163 del Código Civil quedará así:

El divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero se regirá por la ley del domicilio conyugal. Para estos efectos, entiéndese por domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en su defecto, se reputa como tal el del cónyuge demandado.

Ley 33 de 1992

Artículo 12. Los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto afecta sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio matrimonial.

Estas leyes de remisión están determinadas por la nacionalidad y el domicilio, de acuerdo con la ley interesada “*teoría de puntos de conexión o vinculación personal*”.

De acuerdo a la “*Teoría del conflicto móvil de leyes*” se debe buscar un método de aplicación de las normas de derecho internacional privado es decir, se debe someter la situación a una ley que sea preferente en su aplicación frente a las otras.

En amparo de la “*teoría de los Derechos Humanos*”, por el reconocimiento del respeto que el hombre merece como integrante de una comunidad universal; en el contexto internacional se ha optado por eliminar las causales de divorcio y amparar la “*decisión unilateral*”, es decir, el divorcio incausado (sin más causas que el deseo de uno de los cónyuges) como razón válida para solicitarlo.

De conformidad a la “*teoría del principio de proporcionalidad*” se debe establecer que en busca de la protección de un principio constitucional no se vulneren principios constitucionales más importantes:

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. Corte Constitucional (1996, enero) Sentencia C 022/96. [M.P. Carlos Gaviria Díaz].

ANTECEDENTES LEGALES

El ex -magistrado Monroy (2014) expone en su libro que:

En el derecho comparado existen varias concepciones del divorcio a saber:

1. Divorcio-repudio a disposición del marido, quien tiene derecho a dejar a su mujer;
2. Divorcio por voluntad unilateral, que deja a cada esposo la facultad de recobrar su libertad;
3. Divorcio por mutuo acuerdo, inspirado en la teoría del matrimonio contrato y que permite a los esposos desatar el vínculo que de consuno habían creado;
4. Divorcio remedio, que limita sus causas a los acontecimientos que han hecho imposible o difícil la vida conyugal, pero sin existir ninguna falta, como la enfermedad mental o separación prolongada, etc.;
5. Divorcio – sanción, que no acepta como causa de divorcio sino las faltas graves cometidas por uno de los cónyuges; y
6. Divorcio que se decretará cuando el juez considere que la comunión material y espiritual entre los cónyuges se ha roto sin necesidad de alegar causales. (Monroy, 2014, pp. 324-325)

Como antecedentes legales del divorcio, en el contexto internacional encontramos la Declaración Universal de Los Derechos Humanos de 1948.

Artículo 16:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y

disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. (O.N.U. 1948.)

Por su parte, en Colombia la ley 1 de 1976 estableció el divorcio únicamente en cuanto al matrimonio civil celebrado en el extranjero, ésta ley no ha sido derogada, por lo que continua siendo aplicada, como una solución menos rígida y más cercana a las necesidades actuales del individuo en el contexto internacional. De igual manera, la Constitución Política de Colombia (1991), en su preámbulo y artículos 5 y 42, regula lo relativo a la familia como institución básica de la sociedad, y consagra los principios que deben regir y reglamentar las relaciones y vínculos familiares, los efectos que se generan tanto al momento de contraer matrimonio como al momento de su terminación por medio del divorcio, y el artículo 93 establece la prevalencia de los tratados y convenios que reconocen derechos humanos ratificados por Colombia en el ordenamiento interno (Bloque de Constitucionalidad).

Posteriormente, para desarrollar y reglamentar los artículos constitucionales, arriba enunciados (5 y 42) se expidió la ley 25 de 1992, mediante la cual se desarrollan los incisos noveno a trece de este artículo y se fijan las causales de divorcio o cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, en la legislación colombiana.

La ley 33 de 1992, por medio de la cual se aprobó el "Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional", firmados en Montevideo el 12 de febrero de 1989, establece la ley del domicilio conyugal. Además entre Colombia y España se suscribió un Convenio sobre ejecución de sentencias civiles de 1908. Ante estos convenios y tratados deberá aplicarse la ley del domicilio conyugal a las sentencias extranjeras en el trámite de Exequátur.

MARCO TEÓRICO

Jürgen Habermas (1998) citado por Díaz, Z., Márquez, A., (2008), hace un estudio crítico a la estructura social de la modernidad, en el que adujo que para él, la legitimación jurídico política no puede provenir más de la religión y de la ética, ya que no pueden continuar siendo el fundamento público para una moral común.

Sin embargo, con el paso (típicamente moderno) al pluralismo de las visiones del mundo, la religión y la eticidad en ella arraigada no pueden más fungir como fundamento público para una moral común. En cada caso, la validez de las reglas morales generalmente vinculantes no es más explicable con razones e interpretaciones que hagan apelación a la existencia y al rol de un creador y de un salvador trascendente (Habermas, 1998, p. 23).

En la actualidad existe pluralismo de visiones del mundo y de los valores, lo que significa que ya no hay conceptos universales fundamentales de una teoría jurídica y política; por lo se deben legitimar a través de un orden universal por medio del reconocimiento de los derechos humanos.

Y es así, que Habermas propone la legitimación de un orden universal de los Derechos Humanos que deben ser establecidos por medio de mecanismos democráticos, por pertenecer al derecho positivo y tener necesidad de legitimación.

Sin embargo, siendo parte de un orden jurídico democrático, también los derechos fundamentales gozan pues (como todas las otras normas jurídicas) de una validez ideal [Gultigkeit]. En el sentido que no son tan sólo vigentes de hecho (o sea, impuestos con sanciones del Estado), sino que pueden también pretender legitimidad en cuanto son susceptibles de justificación racional” (Habermas, 1998, p, 216).

La legitimidad a través de mecanismos de democracia se da a través de su participación en el proceso de producción de normas. “Un orden jurídico es de consecuencia legítimo si garantiza en modo igualitario la autonomía de todos los ciudadanos. Éstos son autónomos, solo si los destinatarios del derecho pueden entenderse a sí mismos simultáneamente como los autores”. (Habermas, 1998, p, 202).

Adicionalmente, el pluricitado autor, Habermas propone que los derechos se deben validar en correspondencia con las necesidades y tendencias actuales, así mismo, que sean garantes de los Derechos Humanos ya que su contenido es susceptible de ser argumentado moralmente y además constituyen normas de derecho positivo por lo que para nuestra investigación constituye un punto de conexión entre normas en conflicto de legislaciones foráneas.

En este punto, es oportuno traer a colación los derechos fundamentales, los cuales son dotados de ésta universal pretensión de validez en cuanto ellos pueden ser fundados tan sólo de una perspectiva moral...en cambio los derechos fundamentales regulan materias tan generales que los argumentos morales son seguramente suficientes a su fundamentación. Se trata de argumentos que justifican en cuál sentido la garantía de estas reglas refleje el interés de todas las personas, por lo tanto, en qué sentido estas reglas son buenas para todos (Habermas, 1998, p, 204).

Lo anterior, teniendo en cuenta que de la globalización y el desplazamiento resultan fenómenos como el multiculturalismo, y conflicto de leyes las cuales deben ser objetivos políticos en un orden jurídico universal, Habermas reconoce que ellos no representan un fenómeno unitario pero si propende por la neutralidad ética del orden jurídico y de la política. El procedimiento democrático debe poder incluir la garantía de la coexistencia en paridad de los derechos de los diferentes grupos étnicos y formas culturales de vida.

Lo que el autor propone es que en las sociedades actuales en la configuración democrática del sistema de los derechos, sean incorporados, al lado de los objetivos colectivos políticos generales, fines colectivos que puedan articularse como luchas para el reconocimiento.

Habermas pone en evidencia la crisis de la función de integración social a través de la identidad nacional, ya que ha sido instrumento de las elites políticas con fenómenos como el imperialismo europeo (1871-1941) y en el siglo pasado con el nazismo: “una teoría de los derechos rectamente entendida exige de todos modos una política de reconocimiento

que proteja la integridad del individuo también respecto al nexo de vida constitutivo de su identidad” (Taylor; Habermas, 1994, p, 70).

Así, el principio de integración propuesto por el escritor, deja ver que las sociedades actuales están cada vez más diferenciadas y multiculturales, y con aceleración de sus componentes, aceleración demográfica y problemas como el flujo migratorio y que la identidad nacional no puede absorber la función de integración de los derechos humanos y el DI.pr. Ya que no se protege la integridad del individuo por lo tanto se deben transformar los discursos políticos públicos en derechos subjetivos exigibles y en políticas públicas que garanticen su integridad.

El principio de integración propuesto por Habermas debe lograr integrar el procedimiento legislativo y el poder “El universalismo de los principios jurídicos se refleja en el consentimiento procedimental que, entre otro, debe insertarse en el contexto de una cultura política, determinada históricamente, que podría ser denominada patriotismo constitucional.” (Taylor; Habermas, 1994, p, 84).

Por su parte, las sociedades multiculturales deben pasar a través del derecho, como integrador social, la solidaridad jurídica entre legislaciones foráneas y una participación democrática que incluya el desarrollo de una política y legislación común, cuyos principios contenidos en la carta constitucional amparen la diversidad.

Lo importante es que el procedimiento democrático asuma sobre sí la garantía total de la integración de una sociedad cada vez más diferenciada. Dado el pluralismo social de las

culturas y de las visiones del mundo, este deber integrador no puede ser sustraído del plano de la formación política de la voluntad y de la comunicación pública ni mucho menos hacerlo recaer en el sustrato (aparentemente naturalista) de un pueblo presuntamente homogéneo.” (Taylor; Habermas, 1994, p, 70).

TRÁMITE DEL EXEQUÁTUR

El exequátur es el instrumento jurídico procesal fijado por la legislación colombiana, para homologar decisiones judiciales que se profirieron en otros países, el cual exige el cumplimiento de algunos requisitos y su finalidad no es otra, que permitir que una decisión adoptada en un país foráneo surta efectos en nuestro territorio, siempre y cuando reúna las exigencias de forma y de fondo previamente establecidas.

Dicha figura cobra especial importancia, ante el auge de la migración y la globalización, por los efectos que derivan de dichos fenómenos, específicamente en los casos que un nacional colombiano, se radica en otro país, desarrolla su vida allí, se rige bajo el ordenamiento jurídico de aquel estado y decide entablar relaciones de índole personal en aquel territorio, las cuales se rigen por la normatividad de dicha nación. Sin embargo, un colombiano al entablar relaciones afectivas con un extranjero, en un país distinto a Colombia, supedita ese vínculo a la legislación de esa nación foránea, y en caso de contraer matrimonio, su vínculo y la eventual cesación del mismo, se acoge a dicha legislación. En ese orden de ideas, la terminación de ese matrimonio por divorcio, en caso que se invoque y se decrete en dicho país, debe ser homologado en Colombia, para que surta efectos respecto del estado civil del colombiano.

Ahora bien, en nuestra legislación Colombiana, el divorcio está regulado por la ley 1 de 1976 art. 1,3 respecto al matrimonio civil celebrado en el extranjero, en el que se estipuló la ley aplicable y a la vez una solución menos rígida y más cercana a las necesidades actuales del individuo.

Sin embargo, cuando el divorcio se obtuvo con sentencia judicial en país extranjero, para su validez en Colombia en menester someter dicho fallo al trámite de exequátur, regulado por el C.G.P. bajo el título de homologación de sentencias y laudos proferidos en el exterior, específicamente en los artículos 605 y siguientes de dicho compendio procesal, y para los cuales se exige el lleno de unos requisitos para que ese divorcio surta efectos en Colombia. Adicionalmente, la jurisprudencia ha establecido ciertas exigencias para poder iniciar el trámite de exequátur, a saber:

1. El matrimonio debe estar inscrito en el consulado de Colombia del país respectivo.
2. Este matrimonio debe estar inscrito en el registro civil de matrimonio del ciudadano colombiano.
3. La sentencia emanada de país extranjero debe estar ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen y debe presentarse en copia debidamente legalizada.
4. Los demás requisitos contenidos en el artículo 606 del Código General del Proceso.

Ahora bien, el artículo 606 del C.G.P., fija los siguientes requisitos:

Para que la sentencia extranjera surta efectos en el país, deberá reunir los siguientes requisitos:

1. Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió.
2. Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento.
3. Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente legalizada.
4. Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos.
5. Que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto.
6. Que si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria.
7. Que se cumpla el requisito del exequátur.

A su turno, la competencia para el trámite de exequátur esta atribuida a la Corte Suprema de Justicia sala de casación civil, y se requiere tramitarla mediante demanda de conformidad con el artículo 607 del C.G.P., que se describe a continuación:

Trámite de exequátur. La demanda sobre exequátur de una sentencia extranjera, con el fin de que produzca efectos en Colombia, se presentará por el interesado a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, salvo que conforme a los tratados internacionales corresponda a otro

juez, y ante ella deberá citarse a la parte afectada por la sentencia, si hubiere sido dictado en proceso contencioso.

Cuando la sentencia o cualquier documento que se aporte no estén en castellano, se presentará con la copia del original su traducción en legal forma.

Para el exequátur se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. En la demanda deberán pedirse las pruebas que se consideren pertinentes.
2. La Corte rechazará la demanda si faltare alguno de los requisitos exigidos en los numerales 1 a 4 del artículo precedente.
3. De la demanda se dará traslado a la parte afectada con la sentencia y al procurador delegado que corresponda en razón de la naturaleza del asunto, en la forma señalada en el artículo 91, por el término de cinco (5) días.
4. Vencido el traslado se decretarán las pruebas y se fijará audiencia para practicarlas, oír los alegatos de las partes y dictar la sentencia.
5. Si la Corte concede el exequátur y la sentencia extranjera requiere ejecución, conocerá de ésta el juez competente conforme a las reglas generales.

La Corte Suprema de Justicia en reiteradas Sentencias se ha pronunciado sobre los requisitos para que proceda el Exequátur de una sentencia proferida por autoridad extranjera, y es así como en pronunciamiento de seis (06) de junio de dos mil dieciocho (2018). SC -1926-2018 con radicado N°.11001-02-03-000-2015-02858-00 enunció:

«[P]ara que los fallos extranjeros produzcan efectos en el territorio colombiano, necesariamente deberá acreditarse la existencia de un tratado suscrito entre Colombia y el país que dictó la sentencia, es decir lo que es conocido como la reciprocidad diplomática; o, en su defecto, lo que a ese respecto prevea la ley foránea o la práctica jurisprudencial imperante, en orden a reconocerle también efectividad a las sentencias dictadas en Colombia, fenómenos denominados en su orden reciprocidad legislativa y reciprocidad de hecho» (CSJ SC, 17 jul. 2001, Rad. 0012, reiterada en SC14776-2015).

En palabras de la Corte, se hace necesario en primer lugar que exista y se acredite la reciprocidad diplomática, lo que significa que haya un tratado suscrito entre Colombia y el país de donde provenga la sentencia, y a falta de esa reciprocidad diplomática ese país foráneo deberá reconocer efectos a las sentencias que se dicten en Colombia, esto se conoce como reciprocidad legislativa o de hecho.

No siendo estos los únicos requisitos deben además acogerse y cumplirse con los de la norma procesal contenidos en los artículos 605, 606 y 607 del C.G.P., y es oportuno precisar el trámite, así:

- i. Como ya se dijo el exequátur se radicará y tramitará ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante una solicitud que debe cumplir los requisitos generales fijados para la presentación de cualquier demanda, en el artículo 82 del Código General del Proceso, con el requisito adicional de aportar la sentencia proferida en el país foráneo, ejecutoriada y apostillada, y de ser el caso, debidamente traducida, el registro civil de

matrimonio del ciudadano colombiano, en el que conste la inscripción de vínculo inicialmente contraído. Por la naturaleza este asunto debe hacerse a través de apoderado.

ii. En caso que se admita dicha solicitud, se proferirá auto en el cual se dispondrá el enteramiento y traslado a la contraparte, y al procurador de familia por 5 días, tiempo en el cual los convocados pueden aportar o incoar las pruebas que estimen pertinentes.

iii. Fenecido dicho traslado, hay un plazo de 10 días para practicar las pruebas y finalizada dicha etapa, se conferirán cinco (5) días nuevamente para los alegatos correspondientes y se proferirá el fallo a que haya lugar, determinando si concede o no el exequátur.

iv. El Rechazo de la solicitud de exequátur tiene lugar, cuando se vislumbra el incumplimiento de los requisitos fijados en el artículo 606 del Código General del Proceso, ya enunciados con antelación y que se precisan así:

1. Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió. Este aspecto corresponde al principio de la territorialidad de las normas, por virtud del cual lo que refiere que los bienes, su propiedad, el dominio y transferencia de los mismos, se supedita a la legislación del lugar en que estén situados, independientemente la ubicación o nacionalidad de su titular (Artículo 20 Código Civil Colombiano).

2. Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento. Entendido como la prohibición se ejecutar una sentencia proferida bajo legislación extranjera, que contraría los principios de nuestra legislación, impidiendo entonces que surta sus efectos, todo en amparo de la soberanía estatal, seguridad jurídica y orden público de cara a la protección y garantía de los derechos fundamentales de los nacionales colombianos.

3. Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente legalizada. Entiéndase dicha ejecutoria, como la firmeza de la decisión dictada en un país ajeno, por virtud, o bien del silencio de las partes, o porque habiendo ejercido recursos contra la decisión ya están resueltos. Luego de lo anterior, dicha decisión judicial debe autenticarse y apostillarse (Convenio de la Haya de 1958 ratificado en Colombia por la Ley 455 de 1998) y de ser menester según el idioma del lugar de origen deben ser traducidos (Artículo 251 del Código General del Proceso, Documentos en idioma extranjero y otorgados en el extranjero).

APLICACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA EN EL REQUISITO DE EXEQUÁTUR

El divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero está reglamentado por la ley del domicilio conyugal o matrimonial (Ley 1ª de 1976). A este respecto, el magistrado Monroy hace referencia a la ley del domicilio conyugal y dice que la ley del domicilio conyugal fue adoptada por el Tratado de derecho civil de Montevideo de 1889, por el código de Bustamante y por la mayoría de las convenciones del *Common Law* (p. 316).

De la misma manera nos ilustra que:

Las posibilidades internacionales aplicadas al divorcio en el exterior son las siguientes:

- a. Ley nacional del marido;
- b. Ley nacional de la mujer;
- c. Ley del domicilio conyugal;
- d. Lex fori
- e. Aplicar las dos leyes en conflicto, con igual eficacia y en forma acumulativa;
- f. Otros han propuesto combinar la ley nacional con la ley del domicilio o del foro, la ley domiciliar con la del foro, o la ley domiciliar con la del demandante (p. 316.par.3)

Ante este planteamiento el magistrado citado, propone aplicar la ley del domicilio conyugal, aceptada por Colombia al ratificar el Tratado de derecho civil internacional de Montevideo, de 1889, en su libro dice lo siguiente ante la propuesta de adoptar el domicilio conyugal en el divorcio en el exterior “y por esto la comisión que elaboró el proyecto, y de la cual formamos parte, optó por esta solución”. (p.316, par.4).

Por su parte, el código civil define el domicilio conyugal como aquel lugar donde los cónyuges viven de consuno o a falta de este se presumirá como tal el del cónyuge demandado; por lo tanto, la ley aplicable al divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero debe ser sometido a la regulación del país en donde la pareja establezca su domicilio y el derecho aplicable a este divorcio y sus causales dependerá de la legislación de este país.

Ahora bien, como ya se ha dicho, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Colombia es el órgano competente para la homologación de fallos de divorcios emitidos en el extranjero para que estos produzcan efectos en nuestro país mediante el trámite de exequátur, como ya se expuso en el objetivo primero de este análisis, para que a su vez proceda la modificación de los registros del estado civil del cónyuge divorciado, mediante la inscripción de la providencia en el registro correspondiente.

El Dr. Marín Fuentes, refiriéndose al domicilio adujo:

“Se deduce de la relación entre un individuo y un territorio. Este se determina a la vez, por elementos materiales que caracterizan el establecimiento principal de una persona, y por elementos psicológicos como lo son la intención [animus manendi] de permanecer allí por un tiempo indefinido”. (Marín, 2014, p.107)

Debe señalarse también, que nuestro código Civil define el domicilio en su artículo 76 y nos dice que consiste en la residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella.

En este punto, y afincados en los anteriores derroteros normativos, analizando jurisprudencia, se evidencia que reiteradamente la Corte Suprema de Justicia sala de casación civil, al decidir sobre la homologación del divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero analiza, además de los requisitos y trámites para que proceda el exequátur de sentencias y laudos proferidos en el extranjero, que la causal de divorcio también exista en la legislación colombiana

de acuerdo al artículo 154 del código civil que establece las causales de divorcio inaplicando la ley del domicilio conyugal establecida en la ley, y es así Como en sentencia SC2228-2017, 2017, ese cuerpo colegiado, enunció en el caso concreto los accionantes de la demanda de exequátur de nacionalidad colombiana y peruana, contrajeron matrimonio en Chiba, Japón, en 2014, la esposa presentó demanda contenciosa de divorcio ante el Tribunal de Familia de la ciudad extranjera referida, el juzgador foráneo, en sentencia de 9 de junio de 2014, accedió a las pretensiones, esto es, a la disolución del vínculo existente, luego de verificar que las partes deseaban de común acuerdo culminar su enlace. La demanda se admitió el 3 de diciembre de 2015, para la homologación mediante el trámite de exequátur bajo los principios de cooperación internacional y reciprocidad y su inscripción en el registro civil correspondiente, para que produzca efectos ésta sentencia extranjera en Colombia. Pero en apartes de ésta sentencia se contempló lo siguiente:

“En asuntos como el que es objeto del presente análisis, la jurisprudencia ha aceptado que los fallos que en el exterior declaren el divorcio del matrimonio civil son susceptibles de homologarse en Colombia, comoquiera que en aplicación del artículo 1º de la Ley 1ª de 1976 el domicilio en el extranjero de los cónyuges determina que *“esa ley extranjera -la del domicilio conyugal que allí se tenga- es la reguladora de la procedencia, causa, procedimiento y clase de divorcio”*.

Para el caso analizado, vemos que se acreditó la reciprocidad legislativa y los demás requisitos del Código General del Proceso, pero además la Corte Suprema de Justicia, verificó que la causal de divorcio de esa pareja cuyo domicilio conyugal era Japón, estuviera dentro de los contenidos en el artículo 154 del código civil que regula las causales de divorcio en Colombia e inaplicado la ley

del domicilio conyugal Ley 1ª de 1976 que modificó el artículo 163 del C.C. resultando indiferente que este matrimonio civil se celebró en Chiba, Japón en 2014.

Por su parte, otra sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, corresponde al año 2016, se analizó, encontrando en ésta ocasión que las partes eran de nacionalidad alemana y colombiana, y en el 2003 contrajeron matrimonio civil en el país de Alemania en la ciudad de Hessisch Oldendorf, el año de 2009 el juzgado Municipal de Braunschweig decretó el divorcio de matrimonio civil por mutuo consentimiento puesto que estaban separados por más de un año y en países diferentes. En ese caso, no se logró acreditar la reciprocidad diplomática ya que la cancillería informó que no existían tratados bilaterales ni multilaterales Alemania y Colombia que regulara el reconocimiento mutuo de las sentencias producidas en uno y otro país, pero se acreditó la reciprocidad legislativa ya que Alemania hace reconocimiento de sentencias extranjeras en asuntos de familia; cumplidos los requisitos para homologar mediante Exequátur, la corte sin hacer distinción entre si el matrimonio civil se celebró en Colombia o en Alemania procede nuevamente a comprobar si la causal que decretó el divorcio en Alemania es válida en las causales de Colombia, así,

7.3. Por otra parte, no se observa ninguna oposición entre lo dispuesto en ella y el ordenamiento jurídico interno, porque el divorcio se produjo por mutuo acuerdo, lo que tiene plena correspondencia en la normatividad patria, numeral 9 del artículo 154 del Código Civil Colombiano, que prevé: *“El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia”*. Colombia.

Corte Suprema de Justicia Sala Civil (2017, diciembre). Sentencia SC18560-2016, [M.P. Álvaro Fernando García Restrepo].

De esta manera, se puede concluir que un colombiano casado por lo civil en el extranjero con una persona de distinta nacionalidad, que deseen divorciarse en el exterior y que su domicilio sea extranjero deberá acreditar como causal válida para que proceda la validación de esta sentencia mediante Exequátur las únicas validas en Colombia conforme al art. 154 del C.C. ante esta exigencia la ley 1ª de 1976 vigente aún, queda sin aplicación.

EXEQUÁTUR EN APLICACIÓN AL ESTATUTO PERSONAL

Es de anotar que en el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras de divorcio entre personas de distintas nacionalidades se crean conflictos de leyes y de jurisdicciones lo que plantea problemas para el Derecho Internacional Privado (D.Ip) como la ley aplicable, la jurisdicción competente y el reconocimiento y ejecución mediante exequátur.

En el contexto colombiano, esta sentencia extranjera para que produzca efectos personales y patrimoniales debe agotar el trámite de exequátur, razón por la cual debe acudirse a la honorable Corte Suprema de Justicia que previo a decretar la homologación del divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero, revisa que estén dadas todos los requisitos del art. 606 del C.G.P. Entre estas la del N° 2. "Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las del procedimiento".

Así las cosas y dada la importancia que tienen las leyes de orden público el concepto de familia está amparado por nuestra Constitución Política al tenor del artículo 5° en el cual reconoce y ampara la familia como institución básica de la sociedad y el artículo 42 que protege la familia, el matrimonio, divorcio y estado civil de las personas y nos remite a la ley civil para la disolución del vínculo del matrimonio y para que los efectos civiles de todo matrimonio cesen debe ser con arreglo a la ley civil.

El profesor Marín (2014) haciendo referencia al orden público nos dice:

Las normas de orden público pueden reunir un conjunto de principios que han sido señalados como fundamentales por la y que no pueden ser desconocidos ni por las partes, en sus relaciones jurídicas de carácter privado ni por las decisiones emanadas de tribunales extranjeros que pretendan tener eficacia en Colombia. (p.75).

Es por eso, que con base al orden público en Colombia se rechaza la sentencia extranjera que conoció del divorcio, declarada anteriormente como competente si no está dada por las causales de divorcio en Colombia.

Como lo menciona Bernard Audit (s.f.) citado por Marín (2014):

El orden público tal como debe ser entendido en el campo del conflicto de leyes interviene en una última y necesaria etapa de aplicación de la regla de conflicto cuando aquella conduce a la aplicación de una ley extranjera. El contenido de esta ley será tenido

en consideración con el fin de verificar que el mismo no lesiona los principios y valores fundamentales del orden jurídico en el cual se pretende aplicar la ley extranjera; de esta forma el orden público es visto como aquel mecanismo funcional mediante el cual se produce el rechazo de la ley extranjera que ha sido declarada anteriormente como competente. (p. 75).

Calvo y Carrasco (2009) haciendo referencia a los posibles motivos de rechazo del reconocimiento entre ellos la vulneración de orden público del estado requerido dice lo siguiente:

“Se deniega el reconocimiento de resoluciones dictadas por tribunales de otros Estados miembros cuando dicho reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, esto es, cuando vulnera de manera manifiesta principios jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido en el momento del que se trate”, (p.405).

Estos autores además haciendo referencia al orden público señalan que: “cada Estado miembro define que entiende por su propio “orden público”, ya que cada estado dispone de su propio ordenamiento jurídico con sus propios principios” (Calvo, Carrascosa, 2009, p. 406).

Bajo este requisito se debe entender en el contexto colombiano las causales de divorcio del artículo 154 del C.C. armonizado a su vez con el art. 19 del mismo código. El artículo dice que los colombianos residentes o domiciliados en el extranjero permanecerán sujetos a la ley colombiana en lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos y contratos que

hayan de tener efecto en Colombia y en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia pero solo respecto de sus cónyuges y parientes. Esa norma desarrolla lo inherente a la Statuta Personalis y define que:

“Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

1.) En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la Unión.

2.) En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior.”

Colombia (2014), Código Civil. Bogotá, Leyer.

Por su parte, el Consejo de Estado (1971). Citado por Código Civil Colombiano (trigésima tercera edición. P. 21. Ed. Leyer) menciona que:

“Este estatuto personal define cómo los colombianos están sometidos a su ley nacional o lex fori, y no a una ley extranjera en cuanto al estado civil, capacidad, derechos y obligaciones de familia entre parientes colombianos y entre parientes colombianos y extranjeros, desde luego cuando se trate de ejecutar actos que deban tener efectos en Colombia... por lo mismo será la ley colombiana la que determina los derechos que se

deriven del patrimonio, separación, divorcio etc.”. Colombia (2014), Código Civil.
Bogotá, Leyer

También hay autores que resaltan que:

El estatuto de las personas o personal también puede ser entendido como aquel conjunto de condiciones y calidades jurídicas que le dan una posición dentro de la familia o de la sociedad (estado civil o político), además la capacidad de este mismo conjunto de condiciones puesto en acción, una vez cumplidos los requisitos que la ley exige.

El derecho internacional privado aborda este tema de una manera amplia, ya que incluye dentro de la misma no solo el estatuto individual como lo es el estado civil, los apellidos y el domicilio, sino también el estatuto familiar como pueden ser las relaciones entre los cónyuges (matrimonio).

Generalmente ha sido la ley nacional del individuo la que ha sido elegida frente a otras leyes; ello debido a que la misma se presenta como la más apta y competente para regular la materia. (Marín, 2014, p.99-100).

Es de resaltar que el estatuto personal consagra una excepción al homologar las sentencias de divorcio de matrimonio civil decretado en el extranjero, en cuanto difiere de la aplicación de la ley del domicilio conyugal presentándose así una contradicción en las normas del código civil en su

artículo 19 con el artículo 163 del mismo estatuto, que fue modificado por la ley 1 de 1976, artículo 13 que señala otra cosa diferente:

Artículo 163. Divorcio de matrimonio realizado en el extranjero. El divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero se regirá por la ley del domicilio conyugal.

Para estos efectos, entiéndese por domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en su defecto, se reputa como tal el del cónyuge demandado. Colombia (2014), Código Civil. Bogotá, Leyer

De igual manera, el estatuto personal consagrado en el artículo 19 del Código Civil contraría el artículo 1° de la ley 33 de 1992, por medio de la cual se ratificó el Tratado de derecho civil internacional y comercial de Montevideo, de 1989.

Artículo 1°. La capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio.

Artículo 8°. El domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio y en defecto de éste, se reputa por tal el del marido.

Por lo tanto en aplicación de la ley 1ª de 1976 que modificó el art. 163 del C.C. la sentencia que en el exterior resuelve sobre la pretensión de divorcio puede ser en sus causales diferente a en la que resuelve sobre la solicitud de exequátur; sin observar que la causal de divorcio exista en la normativa colombiana. Así lo resaltó el magistrado Nicolás Bechara Simancas en sentencia del 10 de julio del año 2000, al expresar:

“Más exactamente la sentencia que resuelve sobre una pretensión es en un todo diferente a la que provee sobre la solicitud de exequátur, puesto que esta obedece a un trámite inspirado en el principio de soberanía estatal, hasta el punto de que en él no se discute la justicia o el acierto del fallo extranjero, sino que, de modo exclusivo, se verifican o controlan otros aspectos de ese proceso que pueden llegar a afectar el orden jurídico nacional.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, Expediente No. 7735, 2000).

Para sustentar el caso en cuestión nos remitimos a la sentencia SC21037-2017, en esta ocasión se solicita homologar sentencia de divorcio proferida en España por decisión unilateral de divorcio de uno de los cónyuges, aclarando además que la solicitud tramitada no fue de mutuo acuerdo, sino de manera contenciosa entre las partes ya que una de las partes solicitantes se encontraba en situación de rebeldía pese a que el divorcio fue solicitado inicialmente por ambas partes, por lo tanto no se concedió el exequátur, caso en que se consideró:

“...para que pueda homologarse la sentencia de divorcio proferida por las autoridades jurisdiccionales españolas, el demandante debe demostrar clara e inequívocamente que el divorcio fue resuelto de una causa que sea compatible con la legislación nacional. Al analizar el fallo, se encuentra que el divorcio fue solicitado por ambos cónyuges (sic), y que en la providencia se cataloga el divorcio como “contencioso” como así lo certificó la Subdirectora General Adjunta de Cooperación Jurídica Internacional de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones (folio 13). Hecho que se reafirma al revisar el contenido de la sentencia proferida por el juzgado

español, cuando expone que el demandado Edgar Hernán Estela Buenaventura, precluída la fase de alegaciones se encontraba en situación de rebeldía (folio 9), lo que reafirma que el mutuo acuerdo alegado no existió”.

Por tanto, consideró que: *“no es viable otorgar el exequátur solicitado, toda vez que la sentencia del 21 de mayo de 2007, proferida por el Juzgado de Primera Instancia número 9 (Familia), Murcia, España, mediante la cual se declaró la disolución por divorcio del matrimonio formado por Constanza Linares Rodríguez y Edgar Hernán Estela Buenaventura, no aparece probado que esté sustentada en una causal que guarde consonancia con el ordenamiento jurídico colombiano y viola las normas de orden público”*. (Corte Suprema de Justicia, sala de casación Civil SC21037, 2017)

En esta ocasión además la corte se refirió, a las causales taxativas de divorcio en Colombia como normas de orden público instituidas para salvaguardar la institución de la familia y darle estabilidad y al comparar las causales de divorcio en España con las causales de divorcio en Colombia encontró, que solo podría proceder el exequátur por mutuo acuerdo contemplado en la ley de enjuiciamiento civil española, en el artículo 81, que regula lo concerniente con el divorcio en dicho Estado, se establece que: Artículo 81. Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. Y entonces, determinó:

[...] De concederse exequátur, se socavaría el orden público, no solo porque la providencia está fundada en un motivo de ningún modo reconocido en el derecho patrio, sino también porque se habilitaría, sin más, el mero paso injustificado del tiempo como motivo de divorcio, todo lo cual atenta contra la institución de la familia, concebida por la norma superior como el núcleo fundamental de la sociedad, y contra la protección integral que, a partir de hacer taxativas las causales de divorcio, el Estado se propone garantizar (art. 42, C. P.), para darle estabilidad. (Corte Suprema de Justicia, sala de casación Civil SC21037, 2017)

Para que procediera la homologación se requería en esta ocasión, que la causal de divorcio no contraviniera el orden público colombiano, específicamente las causales de divorcio contempladas en el art. 154 del C.C., por lo tanto no se concedió la homologación y sus efectos en el estado de las personas, vulnerando la autonomía de sus voluntades y el principio general del derecho “*Ad impossibilia nemo tenetur*, nadie está obligado a lo imposible”, ya que en esta ocasión la parte actora desconocía el paradero del sujeto demandado.

Para finalizar en fallos similares, ha dictaminado, que: “

...razón que a todas luces no tiene reconocimiento en Colombia, pues la legislación nacional no contempla este motivo dentro de los expuestos en el mencionado artículo 154 del estatuto civil, por consiguiente, pretender la concesión de su homologación en el territorio patrio, bajo la causal citada, estaría vulnerando abiertamente el orden público colombiano. (Corte Suprema de Justicia, sala de casación Civil SC21037, 2017).

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

A través de lo investigado y enunciado, es evidente que existe una problemática social que enfrentan los connacionales cuando se unen con un extranjero mediante el matrimonio y posteriormente desean disolver este vínculo mediante el divorcio, cuando la causal invocada para el divorcio en el exterior, no está reconocida como tal en la norma colombiana bajo el art. 154 del C.C.

Por ende es viable concluir que las causales de divorcio establecidas taxativamente en la normatividad Colombiana, son insuficientes para amparar las garantías de las personas a causa de la falta de normatividad que armonice con las nuevas tendencias del derecho internacional y una sociedad pluralista.

Ante los casos de divorcio internacional que deban homologarse en Colombia surtiendo el trámite de Exequátur y que contengan un elemento extranjero, existen tratados y ley aplicable preferente; para el caso colombiano, la ley del domicilio conyugal, de conformidad con la ley 1 de 1976 art. 13 que modificó el art. 163 del C.C., cuando el matrimonio civil se celebró en el extranjero.

La necesidad de amparar las consecuencias que el divorcio del matrimonio civil decretado en el extranjero debe generar en el estado civil de las personas, nos lleva a plantear la necesidad de legislar causales de divorcio que vayan en concordancia con las actuales tendencias del derecho global.

Como lo resalta Domingo:

“No se trata ya del eterno problema de si el Derecho internacional está más próximo a la moral que a la ciencia jurídica o de si es más o menos independiente de los ordenamientos nacionales, cuestiones ellas todas sumamente interesantes, sobre todo en el plano teórico. Estamos más bien ante una crisis que proviene de la propia estructura del derecho internacional, basada en unos principios que han devenido obsoletos, barridos por el espacio-tiempo histórico: la soberanía, la territorialidad, el Estado-nación. Sirvieron, si, para solucionar durante siglos unas relaciones entre Estados decididos a ejercer su poder merced a diversos contrapesos de amenazas y hegemonías, pero hoy en día, por más que se intenten aplicar de poco sirven, dada la complejidad que acarrea el nuevo orden mundial.” (2009, p.101).

Internacionalmente encontramos el ejemplo de España, que aprobó la decisión unilateral como causal de divorcio con la finalidad de proteger las necesidades actuales de las personas y armonizar estas causales con los Derechos Humanos.

La ley española 15 de 2005 modificó la ley 30 de 1981 en materia de separación y divorcio, esta modificación se fundamentó en el evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en sociedad y consecuentemente se ha privado paulatinamente a estas normas de sus condicionantes originales.

Esta ley estableció únicamente dos causales de divorcio: el mutuo acuerdo y la decisión unilateral, amparados en la libertad como valor superior y a la vez en derechos constitucionales como el de contraer matrimonio y al libre desarrollo de la personalidad justificado en reconocer trascendencia a la voluntad de una persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge.

Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado, no puede depender obligatoriamente de la demostración de la concurrencia de una causal, 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.

El artículo 86 de esta ley regula el divorcio por decisión unilateral exigiendo únicamente que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio; pero este requisito no se podrá exigir cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

Hoy día, las relaciones personales ya no se pueden regir bajo normas que desconocen la globalización, amparadas únicamente en los Estados como sujetos de derecho internacional en donde la persona ocupa un lugar secundario, ya que los sujetos son la razón de ser de todo ordenamiento jurídico, por lo que se les debe otorgar un nivel privilegiado amparando sus garantías. Por lo tanto, al negar la homologación, bajo la premisa que la causal aceptada en el otro país para destruir el vínculo matrimonial, no es causal aceptada en Colombia, vulnera los Derechos Humanos amparados de los colombianos y las prerrogativas constitucionales, ya que de

no existir el mutuo acuerdo entre las partes solicitantes, habría entonces que recurrir obligatoriamente a un proceso contencioso.

Así lo expresó el Magistrado de la Corte Suprema de Justicia Álvaro Fernando García Restrepo en Salvamento de Voto que realizó ante la decisión de no homologar sentencia de divorcio decretada en España porque la causal no era compatible con las leyes colombianas, al aducir:

“aunque considero que exigir causales es inconstitucional, ya la Corte Constitucional Colombiana dijo lo contrario y mientras tanto debe exigirse que para dar el exequátur por divorcio contencioso debe estar probada una de las causales vigentes en Colombia, quedando por ahora solamente la posibilidad de concederlo cuando el divorcio en España se solicitó de mutuo acuerdo, lo cual quedó claro en la providencia.” (Corte Suprema de Justicia, sala de casación Civil SC21037, 2017)

Al analizar la sentencia de la Corte Constitucional C- 394 de 2017 en la que la actora solicitaba declarar inconstitucional el artículo 156 del C.C. en su expresión “ *el divorcio solo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan*” por ser violatorio del derecho constitucional a la igualdad contenido en el artículo 13 ya que este solo podrá ser invocado por el cónyuge que no haya dado lugar a las causales contenidas en el artículo 154 del C.C. en sus numerales 1,2,3,4,5,y 7, desconociendo que el cónyuge culpable también pueda solicitar divorcio.

Entre los argumentos de la demandante para solicitar que se declare inconstitucional esta norma, adujo:

“el Estado no puede obligar a los cónyuges a mantener el vínculo matrimonial en contra de su voluntad”, por lo cual, estima que debe existir una igualdad entre la pareja para demandar el divorcio. En esa sentencia la Corte Constitucional, no resuelve el asunto de fondo por ineptitud sustancial de la demanda y decide declarar constitucional la expresión “solo” contenida en el artículo 156 del CC. dejando que sea el transcurso de dos años y un proceso contencioso el que resuelva la solicitud de divorcio, además de que continúe siendo el sujeto activo en la posible demanda el cónyuge inocente.

Centrándose con exclusividad en el análisis de mérito del segundo cargo que plantea la demanda, la Corte declarará exequible la expresión “por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan”, así como la frase “sólo” integrada para conformar la proposición jurídica completa, contenida en el artículo 156 del Código Civil, porque no desconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad del cónyuge que incumple sus deberes, habida cuenta que resulta ser una restricción admisible desde la óptica constitucional y, por tanto, razonable y proporcionada a la finalidad que persigue de proteger la familia constituida mediante el vínculo jurídico del matrimonio.(Corte Constitucional, C 394-17, 2017).

Al hacer análisis del salvamento de voto de esta sentencia por el Magistrado Alberto Rojas Ríos, señala que el matrimonio más allá de ser visto como un contrato debe ser visto como un vínculo humano susceptible de cambio y no declararse inhibida para fallar de fondo ya que la

existencia de causales subjetivas de divorcio vulnera gravemente el principio de la autonomía de la voluntad. (Corte Constitucional, C 394-17, 2017).

AUTONOMÍA DE LA PERSONA HUMANA-Categoría fundante que da lugar a que el juez pueda decretar el divorcio por la sola voluntad de uno de los contrayentes (Salvamento de voto)/LEY-No puede inmiscuirse en la decisión libre de un cónyuge de divorciarse unilateralmente bajo criterios obsoletos de incumplimiento o culpabilidad (Salvamento de voto). (Corte Constitucional, C 394-17, 2017).

De la misma manera expresa el magistrado que al divorcio en Colombia se le ha dado un tratamiento contractual, por lo que se hace necesario interpretarlo a la luz de principios, valores y derechos consagrados en nuestra constitución política y alejarlo de conceptos y vínculos como religión, contractual, económico, y cultural entre otros que no permiten el desarrollo del divorcio de acuerdo a la necesidad de amparo de los individuos en la disolución del vínculo matrimonial mediante el divorcio.

El tratamiento legislativo del divorcio demuestra que su regulación, así como las instituciones que le son accesorias, son el resultado de la constante interacción entre factores de orden cultural, sociológico, económico, ideológico, lingüístico y, especialmente de orden religioso, que lo han configurado bajo diversas acepciones como: sacramento, contrato, institución, vínculo solemne, etc., que han dado lugar al establecimiento de restricciones basadas en el origen social de los contrayentes, la edad,

la nacionalidad, la raza, la culpa, la religión y, sobre todo, la orientación sexual. (Corte Constitucional, C 394-17, 2017).

Como consecuencia de ello, la regulación legal del matrimonio en Colombia (capacidad para contraerlo, consentimiento, efectos jurídicos, relaciones patrimoniales, disolución, etc.), ha sido ajena a una comprensión basada en la interpretación de los derechos fundamentales. Esta preocupación fue consignada por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-214 de 2016:

“Una revisión de esta compleja historia, pone de presente la existencia de, al menos, las siguientes constantes y tensiones: (i) a lo largo de los siglos, el matrimonio ha conocido una ininterrumpida evolución; (ii) el derecho a contraer matrimonio ha sido objeto de diversas restricciones, fundadas en aspectos relacionados con el origen social de los contrayentes, nacionalidad, raza, religión y orientación sexual; (iii) de allí que, secularmente, la unión entre personas discriminadas no fuera calificada en términos de “matrimonio”, ni gozaba de los mismos derechos y reconocimiento social que los cónyuges; (iv) la regulación jurídica del matrimonio (vgr. Capacidad para contraerlo, consentimiento, efectos jurídicos, fines, disolución, etc.) ha sido fuente de controversias entre las autoridades religiosas y civiles; (v) correlativamente, la naturaleza jurídica del matrimonio ha sido abordada desde diversas ópticas (vgr. sacramento, contrato, institución de derecho natural, entre otras); y (vi) en la actualidad, en un Estado Social de Derecho, en un paradigma de separación entre la Iglesia y el Estado, la regulación del matrimonio desborda los clásicos cánones del derecho legislado (contrato civil), para ser comprendido desde la perspectiva de los derechos fundamentales.”

A la luz de una consideración como esta, la legislación aún prevista en el Código Civil actualmente vigente, al haber sido expedida hace más de un siglo (Ley 57 de 1887) y sufrir pocas modificaciones, continua otorgando un tratamiento exclusivamente contractual al matrimonio, el cual está signado por criterios rectores como la indisolubilidad, el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo y la culpa. Es por esta razón que desatiende las opciones de vida propias de una sociedad diversa y pluralista en el contexto de una nueva realidad que requiere protección constitucional en el ámbito de la libertad y la igualdad.

El matrimonio y sus instituciones accesorias desbordan el ámbito de lo estrictamente legal y deben analizarse en punto de sus verdaderas implicaciones sociológicas y humanas en perspectiva de su alcance constitucional, y no meramente como un contrato sometido al régimen sinalagmático de carácter prestacional y culposo con penas y sanciones que obviamente desconocen su naturaleza soportada en el ejercicio de derechos fundamentales. (Corte Constitucional, C 394-17, 2017).

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las tendencias de gobierno de los Estados, requieren una mayor inclusión de normas para lograr una protección efectiva de los Derechos Humanos y principios fundamentales consagrados en el derecho internacional y contenidos en la Constitución Política de Colombia como garante de esas prerrogativas, por lo tanto las leyes que regulen conflictos deben ser pensadas de una manera pluralista y democrática para lograr una legitimación jurídico-política.

]De este modo, se deben valorar nuevas formas de desarrollar esa participación de los principales actores de un Estado en donde se refleje como consecuencia la inclusión social de todos los grupos y así lograr una mayor reciprocidad de los ciudadanos sin desproteger la seguridad jurídica, bajo normas que sean de aceptación general a nivel nacional e internacional.

A través del derecho especialmente, para el caso que nos ocupa, el de índole internacional privado D.pr., se logra alcanzar reconocimiento de las diferencias culturales ya que el derecho es la unión de la moral y la política para una determinada sociedad.

Por tanto, exigir que los divorcios de los matrimonios civiles celebrados en el extranjero sean regulados bajo las mismas premisas y/o causales, fijadas para los matrimonios celebrados en Colombia, genera conflictos territoriales de leyes pues los actos o relaciones de los no nacionales celebradas bajo el imperio de una norma extranjera, deberán regirse por leyes nacionales que reglamentan las causales de divorcio en Colombia en la Ley 25 de 1992.

Actualmente un divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero, entre un colombiano y una persona de cualquier otro país; pese a ser una situación de índole internacional, se trata como una circunstancia del derecho interno colombiano y por ende se le aplica la *lex fori*, desconociendo las decisiones personales de cada sujeto y vulnerando entonces, las prerrogativas y principios fundamentales contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como son la autonomía de la voluntad, libertades y el derecho a la familia.

Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 16. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

En Colombia el exequátur es entendido como una expresión de soberanía estatal y el principio de competencia territorial derivada de esta, cuando se trata de divorcio decretado por autoridad extranjera se requiere homologar la sentencia para que esta produzca efectos personales y patrimoniales pertinentes, trámite atribuido en competencia a la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, cuya norma procesal aplicable es el C.G.P.

Pero además previo a que el divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero produzca efectos en Colombia se somete y verifica que la causa invocada en el extranjero exista también en las norma colombiana de acuerdo a la ley 25 de 1992 desconociendo las normas del domicilio conyugal.

Resulta claro, que la exigencia de los requisitos de exequátur conforme al artículo 606 del Código General del Proceso más específicamente el numeral 2° para los divorcios de matrimonios civiles celebrados en el extranjero deja sin aplicación el art. 163 del Código Civil, exactamente la ley del domicilio conyugal; ya que la Corte Suprema de justicia Sala de Casación Civil examina y exige para la homologación de las sentencias de divorcio foráneas que la causal de divorcio invocada bajo el ordenamiento jurídico extranjero, sea también válida en Colombia lo cual no se resuelve o brinda una solución real a las situaciones jurídicas de las personas que lo requieren.

Todo lo anterior desconoce lo contemplado en el art. 93 Constitución Política Colombiana, por virtud del cual los tratados y convenios ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden jurídico interno.

Por tanto, es evidente que las relaciones personales a nivel internacional deben ser protegidas en su causa y consecuencias, se requiere de normas flexibles de acuerdo al contexto mundial actual que regulen el divorcio cuando se da entre legislaciones foráneas y contiene en una de sus partes el elemento extranjero ya sea por una nacionalidad diversa de la colombiana o por la aplicación de la ley del domicilio conyugal.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y órgano competente para homologar las sentencias de divorcio decretado en el extranjero no hace diferencia entre el artículo 163 y 164 del Código Civil, el artículo 163 modificado por la ley 1 de 1976 art. 12 no especifica ni exige que previo a homologar sentencias de divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero se deba verificar si la causal es existente en Colombia, mientras que el artículo 164 del código civil modificado por la ley 1 de 1976 art. 14 nos dice que cuando el matrimonio civil fue celebrado en Colombia, pese a que el divorcio se decreta en el exterior la causal por la que se decretó el divorcio debe ser admitida por la ley colombiana.

Bajo esta perspectiva, la sentencia extranjera para que surta efectos en Colombia debe ser inscrita en el registro civil correspondiente y así pueda generar un nuevo estado civil es decir para que la persona sea nuevamente soltera y se posibilite con esto volver a contraer un vínculo matrimonial si así lo desea, se requiere darle trámite mediante exequátur pero en los requisitos para este trámite se encuentran contemplados en el C. G. del P. el Art. 606 N° 2 se exige que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público; así las cosas siempre que se requiera homologar divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero se verificará previo además de los otros requisitos que la causal sea válida o exista en Colombia ya que de lo contrario se opone a leyes de orden público.

Así, la ley sustancial extranjera que regula las causas de divorcio puede diferir ampliamente de la ley sustancial que regula las causales de divorcio en Colombia por lo tanto bajo el principio de soberanía estatal en Colombia para tramitar el exequátur se debe aplicar únicamente la norma procesal regulada en el Código General del Proceso para que esta sentencia

de divorcio dictada por juez foráneo produzca efectos en Colombia ya que es un acto sujeto a registro por lo cual debe ser inscrita en el competente registro civil de las personas produciendo a la vez los efectos deseados en el estatuto personal de acuerdo al decreto 1260 de 1970 N° 5.

Por lo tanto se hace necesario en consonancia con el derecho global y las relaciones personales encontrar un punto de conexión en la normatividad aplicada a las situaciones privadas internacionales en el divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero de acuerdo al art. 164 del C.C.

El ex magistrado Monroy Cabra resalta que:

“Es indudable que en un mundo internacionalizado se presenten conflictos de leyes y de jurisdicciones. A título de ejemplo, se puede mencionar la celebración de matrimonios entre personas de distintas nacionalidades, el divorcio pedido en lugar distinto de la celebración del matrimonio, el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras de divorcio...”

Estas hipótesis plantean problemas de derecho internacional privado como la ley aplicable, la jurisdicción internacional competente, y el exequátur o reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras en materia de derecho de familia.

En los casos que involucran un elemento extranjero hay tratados que son de aplicación preferente, y en ausencia de los mismos hay teorías para la escogencia de la ley que tenga más puntos de contacto con el caso, factores para determinar la

competencia internacional, y factores como el de reciprocidad para el exequátur. (Monroy, 2014, p.624).

Es imprescindible en Colombia establecer como causal del divorcio la decisión unilateral en todo tiempo y por la sola voluntad de alguno de los contrayentes y armonizar así estas causales con las nuevas tendencias de divorcio en el contexto internacional para salvaguardar Derechos Humanos amparados también en la carta magna de 1991 estableciendo una separación entre la dualidad iglesia- Estado y Matrimonio-contrato, entendiendo que este vínculo parte de la autonomía de la voluntad de los contrayentes de obligarse y que por la autonomía de la voluntad de cualquiera de los contrayentes y en cualquier momento puede terminar y el Estado no puede sobreponer el principio de soberanía estatal por encima de los sujetos ya que somos el fin primero y último de los derechos humanos.

De esta manera en el salvamento de voto de la sentencia de la Corte Constitucional el magistrado Alberto Rojas Ríos expone que:

Esta nueva concepción atiende a la influencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las diversas instituciones jurídicas y, a su vez, al distanciamiento con las diversas doctrinas religiosas. En particular, se debe al reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación de quienes contraen matrimonio, como una manifestación de la dignidad de la persona y, más aún, de la dignidad de la pareja y, consecuentemente, de la familia.

En el marco de la aludida tendencia, es evidente que aquellos Estados en los que el principio de la separación entre la iglesia y el Estado contribuyó a cimentar las instituciones jurídicas, con mayor prontitud abolieron la concepción según la cual el vínculo matrimonial es un contrato indisoluble en el que, sin importar las condiciones de dignidad de la pareja se mantienen las obligaciones recíprocas derivadas del mismo, aun contra su voluntad a manera de castigo. (Corte Constitucional, C 394-2017, 2017)

Kelsen citado por Domingo (2009, p. 106) menciona que:

Es insostenible la doctrina que defiende que el Derecho internacional impone deberes y responsabilidades y confiere derecho solo a los Estado, y no a los individuos. En efecto Kelsen sostiene que los sujetos de Derecho internacional son los Estados en cuanto personas jurídicas, pero ello no implica que no puedan serlo los individuos, sino que estos son sujetos de una manera distinta a como lo son en un ordenamiento nacional.

El autor también resalta que los pretendidos derechos y deberes de los Estados, serían, en verdad, derechos y deberes que los individuos tienen en calidad de órganos o miembros de una comunidad representada a modo de persona jurídica, sin embargo, en mi opinión no debe existir mayor diferencia entre ser miembro de una comunidad nacional y serlo de una internacional. (Domingo, 2009. P. 106).

De otra manera el artículo 93 de la Constitución Política de 1991 establece que los tratados y convenios de Derechos Humanos ratificados por el congreso prevalecen en el orden interno.

Además de que los derechos y deberes consagrados en ésta, se deben interpretar de conformidad con tratados y convenciones sobre Derechos humanos ratificados por Colombia; lo cual nos lleva a pensar que las normas que regulen las causales de divorcio en Colombia deben armonizar a su vez con los directamente con estos, ya que la Constitución y las leyes establecen garantía vinculante para las personas y el Estado a través del denominado Bloque de Constitucionalidad establecido en este artículo constitucional.

Como el Art. 16 de la Declaración universal de los Derechos Humanos establece el matrimonio y la disolución de este como prerrogativa fundamental y así lo reconoce la Corte Constitucional en sus sentencias (Corte Constitucional, C. 577, 2011).

Por su parte, el principio de Dignidad Humana se refleja al interior de todos los derechos fundamentales que la reafirman dentro de nuestro Estado constitucional y democrático. Son los derechos fundamentales y el respeto a estos, los que ponen en evidencia la trascendencia de la dignidad humana al interior de nuestra sociedad. (Corte Constitucional, sentencia C 425 de 2005).

Al ser la persona y sus derechos el fin en sí mismo en el contexto colombiano debido al principio de la dignidad humana consagrada en el Art. 1 constitucional se puede acudir a organismos internacionales para exigir su cumplimiento.

La Corte Constitucional en sentencia T. 556 de 1998 dice lo siguiente:

“la persona constituye el fin en sí misma”, este concepto acogido por la constitución descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y

espirituales, las cuales merecen especial atención en el E.S. y D. D que reconoce en el ser humano la razón de su existencia.

El concepto de Dignidad Humana no constituye hoy, en el sistema colombiano, un recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un principio constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas. En virtud de la dignidad humana se justifica la consagración de los derechos humanos como elemento esencial de la Constitución Política y como factor de consenso entre los Estados, a través de las cláusulas de los tratados públicos sobre la materia. La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es "un fin en sí misma". Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico (Corte Constitucional, 1998, Sentencia T 556).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, L.F. (2007). *Derecho Internacional Público*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Álvarez, L.F., Galán D. R.,(2001). *Derecho internacional privado*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.
- Asamblea Nacional Constituyente de 1991, Recuperado de: https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm
- Bou, V., Castillo, M. (2010), *.curso de derecho internacional de los derechos humanos*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Calvo, A., Carrasco, J. (2008). *Derecho internacional privado*. 9ª ed. Granada, España: Comares editorial.
- Cincunegui, J. (2014). Jürgen Habermas y Charles Taylor sobre el proyecto de la modernidad. *Revista PRAXIS*, (70), 72-96. Recuperado de : <https://doi.org/10.15359/praxis.70.4>
- Código Civil [código] (2014). Trigésima tercera edición. Leyer.
- Código general del Proceso. [código] (2016). 2a Edición. Legis.
- Congreso de Colombia (29 de enero de 1985). Ley 32 de 1985, por medio de la cual se aprueba la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", suscrita en Viena el

23 de mayo de 1969. Recuperado de:

<https://www.lexbase.co/lexdocs/indice/1985/10032de1985>

- Congreso de Colombia (Diciembre 30 de 1992). Ley 33 de 1992, por medio de la cual se aprueba "Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional", firmados en Montevideo el 12 de febrero de 1989. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0033_1992.html
- Congreso de Colombia. (17 de diciembre de 1992). Ley 25 de 1992, por la cual se desarrollan los incisos 9, 10, 11,12 y 13 del artículo 42 de la Constitución Política. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0025_1992.html
- Congreso de Colombia. (19 de enero de 1976). Ley 1ª 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. Recuperado de: <http://suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1556211>.
- Constitución Política de Colombia [const.] (1991).5ª ed. Legis.
- Corte Constitucional (06 de octubre de 1998). Sentencia T. 556 de 1998. [M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-556-98.htm>
- Corte Constitucional (21 de julio de 2017). Sentencia C-394 de 2017. [M.P. Dra. Diana Fajardo Rivera]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-394-17.htm>

- Corte Constitucional (22 de mayo de 2002). Sentencia C 395 de 2002. [M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería]. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-395-02.htm>
- Corte Constitucional (26 de abril de 2005). Sentencia C 425-2005. [M.P. Jaime Araujo Rentería]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-425-05.htm>
- Corte Constitucional (26 de julio de 2011). Sentencia C 577 -2011. [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>
- Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil (10 de julio de 2000). Exp. 7735. [M.P. Nicolás Bechara Simancas]. Recuperado de: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/exequatur/Providencias/S-098-2000%20\[7735\]Venezuela.pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/exequatur/Providencias/S-098-2000%20[7735]Venezuela.pdf).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (6 de junio de 2018) SC21037-2017. [M.P. Margarita Cabello Blanco]. Recuperado de:
[http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/bdic2017/SC21037-2017%20\(2014-01680-00\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/bdic2017/SC21037-2017%20(2014-01680-00).doc)
- Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil (6 de junio de 2018). SC1926-2018.M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (22 de febrero de 2017).sentencia SC2228-2017. [MP ARIEL SALAZAR RAMIREZ]. Recuperado de:
[http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/bfeb022017/SC2228-2017%20\(2015-02702-00\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/bfeb022017/SC2228-2017%20(2015-02702-00).doc)

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (16 de diciembre de 2016).sentencia [M.P. Álvaro Fernando García Restrepo] SC18560-2016. Recuperado de:
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:il5x44zO68oJ:www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/01/SC18560.pdf+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=co>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (22 de febrero de 2017).sentencia SC21037-2017 [MP MARGARITA CABELLO BLANCO].
- Díaz-Montiel, Zulay C.; Márquez-Fernández, Álvaro B. (2008). *La Modernidad en Habermas: Del “sistema”(represor) al “mundo de Vida”* (liberador) Revista de artes y humanidades (única).(71-97) Recuperado de:
<https://www.redalyc.org/html/1701/170118398004/>
- Domingo, R. (2009). *El derecho global*. Medellín, Colombia: Biblioteca jurídica Diké.
- González, R. A. (2010). *Introducción al Derecho*. Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda.
- Guzmán. D. (1989). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Temis.
- Jefatura del Estado de España. (8 de julio de 2005). por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio [Ley 15 de 2005]. Recuperado de: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2005.html
- Jefatura del Estado de España (7 de julio de 1981). por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. [Ley 30 de 1981]. Recuperado de:
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/130-1981.html
- López, H.F. (1994). *La ley del divorcio implicaciones procesales*. Bogotá: Dupre Editores.
- Marín, J.L. (2014). *Derecho Internacional Privado*: Medellín, Colombia. Editorial Sello.

- Méndez, M.J. (2006). Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Buenos aires: Rubinzal y Culzoni Editores.
- Monroy, M.G. (1993). Derecho de familia y de menores. Bogotá, Colombia : Librería Jurídica Wilches.
- Monroy, M.G. (2014).Derecho de familia, infancia y adolescencia. Bogotá, Colombia: Ediciones del Profesional Ltda.
- Osorio, L.J. (2014).Manual de derecho procesal civil. Bogotá: Leyer.
- Presidencia de la Republica (27 de julio de1970). Artículo 5 "[título III]. Estatuto del registro del estado civil de las personas [Decreto 1260 de 1970]. Recuperado de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1254136>
- Quiroz, A. (2009). Manual de derecho de infancia y adolescencia. Bogotá: ediciones del profesional Ltda.
Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/1701/170118398004.pdf>