



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

**“ESTUDIO JURÍDICO” A LOS ARTS.107 Y 108 DEL CÓDIGO CIVIL
ECUATORIANO EN ACTUAL VIGENCIA, Y ART. 169 DE LA
CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”
“PROPUESTA DE REFORMA”**

**Tesis previa a la
obtención del título de
Abogada**

AUTORA:

Guaya Valle Eugenia Janeth

DIRECTOR:

Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez. Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR
2015

CERTIFICACIÓN

**Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez. Mg. Sc DOCENTE UNIVERSITARIO
DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A
DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**

contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja

CERTIFICA:

Haber revisado el presente informe de investigación intitulado **“ESTUDIO JURÍDICO” A LOS ARTS.107 Y 108 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO EN ACTUAL VIGENCIA, Y ART. 169 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR” “PROPUESTA DE REFORMA”**, cumple con todos los requisitos de fondo y forma, ajustándose de esta manera a las normas establecidas por la Universidad Nacional de Loja, realizado por la postulante Guaya Valle Eugenia Janeth.

Por lo tanto, autorizo su presentación, disertación y defensa para los fines legales pertinentes.

Loja, julio de 2015

.....

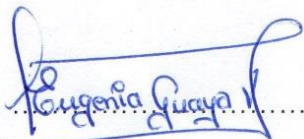
Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez. Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA.

Yo, Eugenia Janeth Guaya Valle declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, publicación de mi tesis en el Repertorio Institucional-Biblioteca virtual.

Firma .....

Autora: Eugenia Janeth Guaya Valle

Cédula: 1900655893

Fecha: Loja julio de 2015

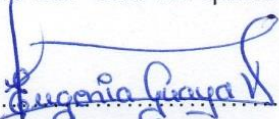
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Eugenia Janeth Guaya Valle declaro ser autor de la tesis titulada: **“ESTUDIO JURÍDICO” A LOS ARTS.107 Y 108 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO EN ACTUAL VIGENCIA, Y ART. 169 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR” “PROPUESTA DE REFORMA”** autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 23 días del mes de julio del dos mil quince, firma la autora.

FIRMA:..........

AUTOR: Eugenia Janeth Guaya Valle

CEDULA: 1900655893

DIRECCION: Cantón Loja , Parroquia Chuquiribamba

CORREO ELECTRONICO: eugeniaguaya30@hotmail.com

TELEFONOS: 0959078896

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Felipe Neptali Solano Gutierrez Mg. Sc

TRIBUNAL DE GRADO: Dr. Carlos Manuel Rodriguez g. Sc (PRESIDENTE)

Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda

AGRADECIMIENTO

Con especial aprecio y consideración, como autor de este trabajo investigativo, agradezco la colaboración de todos quienes aportaron con la información necesaria para la elaboración de esta Tesis de Investigación Jurídica, en especial al la Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez. Mg. Sc., Director de Tesis, por su valiosa y acertada dirección en la contribución al desarrollo de la misma, aportando con sus valiosas sugerencias para poder llevar adelante el trabajo de investigación.

Agradezco a todas las personas que hicieron posible que esta investigación se llevara a efecto, y en general a todos nuestros familiares y amigos que me ayudaron moral y espiritualmente.

A todos muchas gracias

La Autora

DEDICATORIA

El presente trabajo de tesis, lo dedico con cariño y respeto en especial a Dios, a mis queridos padres, a mi familia y a mis amistades por ser el apoyo para continuar luchando día a día en la vida.

A mis compañeros, y profesores de la Modalidad de Estudios a Distancia, de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, prestigioso centro educativo, con la finalidad de que esta investigación sea una fuente de consulta, en el Derecho de Familia.

La Autora

TABLA DE CONTENIDOS

Portada

Certificación.

Autoría.

Carta de Autorización de Tesis

Agradecimiento.

Dedicatoria.

Tabla de Contenidos

1. TÍTULO.

2.- RESUMEN.

2.1.- ABSTRACT.

3.- INTRODUCCIÓN

4.- REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1.- MARCO CONCEPTUAL.

4.2.- MARCO DOCTRINARIO

4.3.- MARCO JURÍDICO.

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA

5.- MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1.- Materiales.

5.2.- Métodos y Técnicas.

6.- RESULTADOS.

7.- DISCUSIÓN.

8.- CONCLUSIONES.

9.- RECOMENDACIONES.

9.1- PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.

10.- BIBLIOGRAFÍA.

11. ANEXOS

ÍNDICE

1.- TÍTULO:

“ESTUDIO JURÍDICO” A LOS ARTS.107 Y 108 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO EN ACTUAL VIGENCIA, Y ART. 169 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR” “PROPUESTA DE REFORMA”

2. RESUMEN.

En nuestro País contamos con una institución Jurídica llamada matrimonio, la misma que se forma mediante un contrato solemne entre un hombre y una mujer; que produce efectos jurídicos y sociales, da lugar a la formación de la familia que es considerada como la célula fundamental de nuestra sociedad, ésta se encuentra regulada por la Legislación Civil.

El contrato matrimonial, como cualquier otro contrato puede ser disuelto legalmente, cuando los cónyuges, han llegado de común acuerdo a tomar la decisión de divorciarse, como también cuando dentro del núcleo familiar se han generado desavenencias conyugales o, se ha incurrido en alguna de las causas de divorcio determinadas por la ley, puede el cónyuge agraviado pedir que se disuelva el vínculo matrimonial, observando los trámites establecidos en el Código Civil.

Si bien es cierto que el vínculo matrimonial puede disolverse por el divorcio, es necesario cumplir con ciertas formalidades, cuando se han procreado en el matrimonio hijos y son estos menores de edad, y en el haber de la sociedad conyugal poseen bienes. Estos particulares son ventilados en el juicio que es Verbal Sumario, para el divorcio, sea este contencioso o por mutuo consentimiento, al referirnos a este último haremos especial énfasis por ser objeto de nuestro estudio.

El Divorcio por Mutuo Consentimiento como su nombre lo indica se da cuando los cónyuges expresan consensualmente su decisión de divorciarse, por ello debería tener un trámite ágil simplificado, pero no se da en la

realidad, debido a cómo está establecido su trámite en el Código Civil ecuatoriano.

Es necesario que se reforme el plazo para llevarse a cabo la audiencia de conciliación, que debería reducirse de dos meses a uno, en caso de haber hijos menores procreados durante el matrimonio, y en la sociedad conyugal poseer bienes, y en caso de no existir ninguno de estos presupuestos, el plazo sería de quince días.

Esta reforma iría encaminada a proporcionar al trámite mayor agilidad, observando los principios de celeridad, y eficacia consagrados como un mandato de aplicación obligatoria a la sustanciación de todos los trámites, conjuntamente con el procedimiento oral, establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

2.1 ABSTRACT.

In our Country we have an institution legal called marriage, the same one that is formed by means of a solemn contract between a man and a woman; that it produces juridical and social effects, its gives place to the formation of the family that is considered as the fundamental cell of our society, this it is regulated by the Civil Legislation.

The matrimonial contract, as any other contract can be dissolved legally, when the spouses, they have ended up from common agreement to make the decision of getting divorced, as well as when inside the family nucleus married disagreements have been generated or, it has been incurred in some of the divorce causes determined by the law, the wronged spouse can to request that he is dissolved the matrimonial bond, observing the steps settled down in the Civil Code.

Although it is certain that the matrimonial bond can be dissolved for the divorce, it is necessary to fulfill certain formalities, when they have been procreated in the marriage children and they are these smaller than age, and in having of the married society they possess goods. These matters are ventilated in the trial that is Verbal Summary, for the divorce, be this contentious one or for mutual consent, when referring to this last one we will make special emphasis to be object of our study.

The Divorce for Mutual Consent like their name indicates it is given when the spouses express its decision consensually of getting divorced, for this should

have it a simplified agile step, but it is not given in the reality, due to how its step is established in the Ecuadorian Civil Code.

It is necessary that the term is reformed to be carried out the reconciliation audience that should decrease from two months to one, in the event of having smaller children procreated during the marriage, and in the married society to possess goods, and in the event of not existing none of these budgets, the term would be of fifteen days.

This reformation would go guided to provide to the step bigger agility, observing the principles of velocity, and effectiveness consecrated as a command of obligatory application to the substation of all the steps, jointly with the oral procedure, settled down in the Constitution of the Republic of the Ecuador.

3.-INTRODUCCIÓN.

La presente Investigación Jurídica, titulada “ESTUDIO JURÍDICO” A LOS ARTS.107 Y 108 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO EN ACTUAL VIGENCIA, Y ART. 169 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR” “PROPUESTA DE REFORMA”

misma que se reviste de importancia y trascendencia, temática que es de relevancia por tratarse del trámite para el divorcio de mutuo consentimiento, como su nombre lo indica, debería tener un procedimiento consensual en todos sus aspectos, mas no sucede esto en la realidad, por ello se vuelve un trámite lento, afectando el principio de celeridad y eficacia establecidos como un mandato constitucional y de aplicación obligatoria en todos los procesos.

Si bien es cierto que en el trámite del divorcio consensual se aplica el principio de oralidad en la audiencia de conciliación, pero en esta audiencia, muchas veces no se llega a un acuerdo en lo referente a los bienes y en la situación que van a quedar los hijos menores es por ello que se tendrá que mejorar el trámite de divorcio por mutuo consentimiento, que vaya encaminado no solo a proteger el interés común de los cónyuges sino sobre todo el de los menores

El presente trabajo de investigación, de carácter jurídico, precisa fundamentalmente un esquema informativo sobre la temática y el problema expuesto, analizado y sintetizado en el desarrollo de la investigación, la Primera Sección, se encuentra compuesta por la revisión de Literatura, delimitado el estudio por: MARCO CONCEPTUAL, que contiene: El

Matrimonio generalidades, Evolución de la Institución Jurídica del matrimonio; Solemnidades del matrimonio; Formas de terminación del Matrimonio; El Divorcio, generalidades, Evolución histórica del Divorcio; La Oralidad en el Procedimiento Civil, Evolución Histórica; un MARCO DOCTRINARIO que comprende: Efectos Jurídicos del Matrimonio, Esencia del Matrimonio; Efectos Jurídicos en la Sociedad Conyugal; Formas de Divorcio; El Divorcio Contencioso. El MARCO JURÍDICO Y NORMATIVO, que contiene: Principios Constitucionales de Oralidad, Eficacia Y Celeridad; de divorcio por mutuo consentimiento. EL Divorcio por mutuo Consentimiento según El Código Civil Ecuatoriano; Trámite de Divorcio por Mutuo Consentimiento; Análisis Jurídico de la Implementación del principio de oralidad en el trámite de divorcio por Mutuo Consentimiento; EL Procedimiento Oral en la Legislación Comparada; para continuar con los Resultados de la Investigación de Campo, contenida en el Análisis de los Resultados de las Encuestas como de las Entrevistas; y como ultimo la Discusión que contiene la Verificación de los Objetivos, Contratación de la Hipótesis; y, la Fundamentación Jurídica de la Propuesta.

La Segunda Sección; titulada como Síntesis, en el cual se arriba a las Conclusiones, Recomendaciones y Presento la propuesta de reformas a los Art. 107 y 108 del Código Civil en lo referente al Divorcio Por Mutuo Consentimiento

El presente trabajo de investigación, se ubica dentro del ámbito conceptual, jurídico, doctrinario, y normativo, expresando ideas y criterios del análisis de la problemática que se trata de la ineficacia del trámite de divorcio por mutuo

consentimiento, por inobservancia del principio de celeridad, para la formulación de la propuesta reformativa al Código Civil.

La presente tesis de investigación jurídica, la pongo a consideración del Honorable Tribunal de Grado, y de las personas que deseen tomar como base para futuras investigaciones.

4.- REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1.- MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Matrimonio – Generalidades.

Etimología

Encontramos diferentes etimologías de la palabra matrimonio:

Tancredo sitúa el origen de la palabra matrimonio en la unión de las palabras latinas *matris* (de madre) y *munus* (oficio o tarea), lo que se explica por la mayor tarea que tiene la madre en el cuidado y crianza de la prole.

En latín encontramos otras palabras relacionadas con el matrimonio, tales como *consortium* (que viene de *cum* y *sors* (suerte), y que supone que los casados participan de la misma suerte y condición, de los mismos derechos y deberes, del bien y del mal).

De la primera definición etimológica podemos describir al matrimonio que da a entender que la mujer es quien organiza la vida en el hogar.

De la segunda que por el matrimonio los contrayentes quedan ligados con un vínculo jurídico que los asocia no solo sentimental, económicamente si no en todos los aspectos de la vida.

Concepto.

Según el Código Civil en el Art. 81 define al matrimonio como *“un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”*¹.

Decimos que es un contrato solemne para su perfeccionamiento debe observar las solemnidades establecidas en la ley; cabe destacar que en nuestra legislación está permitido únicamente el matrimonio entre un hombre y una mujer más no dos personas del mismo sexo, la finalidad del matrimonio es que los contrayentes establezcan un hogar común, además de esto tienen efectos jurídicos como el establecimiento de una sociedad conyugal, salvo que al casarse establezcan la separación de bienes, dentro de las finalidades del matrimonio es procrear y establecer una familia; así mismo prestarse auxilio mutuo en todas las circunstancias de la vida, esto es ayudarse y guardarse fidelidad.

A través de la historia, al matrimonio se le han dado diversas definiciones, entre ellas tenemos: El Digesto recoge la definición de Modestino: *“el matrimonio es la unión del hombre con la mujer, consorcio de toda la vida y participación del derecho divino y humano”*².

¹ **CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO**, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, actualizado abril 2011, Quito-Ecuador, Pág. 34.

² JUSTINIANO, **DIGESTO**, Nuptiae sunt coniunctio maris et faminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio” (D XXIII. 1)

Hugo de San Víctor definió en el siglo XII el matrimonio como *“La sociedad formada por el acuerdo de mutuo consentimiento que vincula a los esposos y recíprocamente les obliga durante su vida común”*³.

En estas definiciones encontramos caracteres comunes como son, que del matrimonio se forma una sociedad común, este contrato debe ser celebrado de mutuo acuerdo entre los contrayentes, además genera obligaciones recíprocas.

El matrimonio es considerado como una institución, según G. Renard, porque a) Tiene un contenido fijo, que no depende de las partes contratantes; b) Produce unos efectos que la voluntad por sí sola no puede producir; c) Quienes lo contraen no pueden alterar sus normas o hacerlo terminar arbitrariamente.

Misserey y Durand en el análisis de la obra de Santo Tomás que recoge en la Suma Teológica el concepto institucional del matrimonio de la siguiente manera:

“Se pueden agrupar ideas que integran la noción del matrimonio de la manera siguiente: 1 El matrimonio puede ser considerado como una realidad independiente de los individuos: merece tomar entonces entre las instituciones necesarias para el bien común de la humanidad. 2. Se puede considerar también como una manera de vivir que los hombres escogen con inteligencia y libertad, y los diferencia de aquellos que renuncian al matrimonio para seguir un género de vida que también es necesario para el bien común; el matrimonio es entonces un estado de vida comparable a

³ DE SAN VÍCTOR Hugo, **DE SACRAMENTIS**, L. II parte IX. Cap. IV, Pág.114.

otros estados como lo son el estado clerical y el religioso. 3. En cuanto a institución, el matrimonio hunde sus raíces en la naturaleza organizada por el Creador y es entonces una institución natural. Por otra parte en la Nueva Ley, Cristo ha elevado el matrimonio a dignidad de sacramento. 4. Por fin se entra en el estado de vida matrimonial, por medio de un contrato o intercambio de consentimientos; y se prepara para él, mediante un contrato también, el contrato de esponsales.”⁴

En estas dos teorías podemos apreciar que la voluntad humana guiada por la razón delimita los preceptos más generales del Derecho natural, para poder brindar su consentimiento o no por lo que está sometido a la ley moral, podemos decir que la institución natural del matrimonio es también una institución moral que se rige también por las leyes morales y jurídicas que son sometidas a la razón.

Desde el punto de vista jurídico, el matrimonio se constituye por medio de un contrato, y en cuanto estado civil es una institución.

4.1.2. Evolución Histórica de la Institución Jurídica del Matrimonio.

Lo que hoy conocemos como matrimonio ha contado con un contenido diverso a lo largo de los siglos, derivado de la realidad socio-cultural de cada momento histórico. Ello nos permite por tanto avanzar que el concepto de matrimonio no es totalmente estático, sino algo en constante evolución, a tenor de las variaciones que los acontecimientos han ido generando.

⁴ MESSEREY Durand, **LE MARIAGE, RENSIEGNET MET TECHNIQUES**, Comentario a la Suma Teológica. París, 1947, Pág. 45.

Nuestra tradición jurídica nos obliga a partir de la regulación ofrecida por el Derecho romano. La tradición romanista contemplaba una regulación aplicable únicamente a quienes ostentasen el estatus de ciudadanos romanos. Es decir, los derechos y obligaciones dimanantes de la institución sólo alcanzaban a quienes tenían una determinada categoría social, siendo según Ulpiano *"...la unión de varón y mujer consorcio de toda la vida, comunicación de derecho divino y humano"*.

Pese a esta definición, que encierra la intención de un matrimonio aparentemente indisoluble y vinculado con la moral, debe decirse que el matrimonio romano podía finalizar con el divorcio y se basaba en un claro contrato matrimonial. Su base, además, se encontraba también en la procreación, si bien no estaba establecido que la falta de descendencia eliminase el vínculo matrimonial.

Con la expansión del cristianismo, el matrimonio se convierte en una institución a la que definitivamente se la considera indisoluble, dirigida a la procreación y educación de los hijos, elevándose a la categoría de sacramento. Esto supone la mezcla de dos aspectos que hasta la fecha dificultan captar una realidad dual. Esta realidad dual supone hablar de dos cuestiones distintas que separan lo que es la previsión jurídico-matrimonial, de lo que es la regulación moral del matrimonio, sobre todo en el Estado moderno.

En un momento en el que ya se admite sin ningún tipo de discusión la separación de Iglesia y Estado, así como de que el Estado carece de una religión o una moral oficial, debe dejarse constancia de que el Estado

regulará los efectos del matrimonio que condicionarán al total de su población, en consideración del principio de soberanía del Estado

Y, por otra parte, la Iglesia Católica o bien otra confesión religiosa, podrán establecer cuestiones particulares con respecto al matrimonio de sus fieles, debiendo tenerse en cuenta que sólo cuando el Estado.

Matrimonio Civil y Matrimonio Religioso.

El matrimonio religioso católico ha marcado sin duda la evolución histórica que ha vivido la institución jurídica matrimonial. Ello obedece a que en diversas ocasiones el matrimonio civil se ha visto arrastrado a vivir no ya confundido con el católico, sino obligado a ser excepcional junto al religioso.

“El caso español es ampliamente paradigmático: desde la Edad Media, los diferentes Reinos peninsulares dejaron en manos de la Iglesia Católica la regulación de las condiciones y detalles de cómo se celebraría el matrimonio y de sus causas de invalidez, sin admitir por ello disolución por divorcio.

Esta situación se mantuvo sin cambios en España, hasta la aprobación de la Constitución de 1869 que planteó por primera vez la regulación del matrimonio civil; es decir, la regulación de derechos y deberes de aquellas personas que no desearan casarse según el rito católico, sino siguiendo el rito de otra religión, o bien sin seguir rito religioso alguno, conforme a una forma civil de celebración y causas civiles de invalidez (las causas de invalidez derivadas del consentimiento y el divorcio). Se retomaba así una concepción matrimonial similar a la del Derecho Romano, en que como ya

se ha mencionado, el matrimonio estaba meramente dirigido a ser una relación contractual entre un hombre y una mujer.”⁵

Como podemos analizar la institución jurídica del matrimonio ha ido evolucionando, conforme evoluciona la sociedad, nuestro código civil ha tenido varias reformas los artículos relacionados con el matrimonio

4.1.1.3. Solemnidades del Matrimonio.

Debido a que el matrimonio es un contrato solemne; un contrato es solemne cuando está sujeto al cumplimiento de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil, es por ello que para la perfecta validez de un matrimonio es necesario que se cumplan las siguientes formalidades de acuerdo al Art.102 del Código Civil:

- 1. La comparecencia de las partes, por sí o por medio de apoderado especial, ante la autoridad competente.*

Los contrayentes deben concurrir personalmente ante el jefe del Registro Civil identificación y Cedulación, o también lo pueden hacer mediante un apoderado con poder especial otorgado ante un Notario Público.

- 2. La constancia de carecer de impedimentos dirimentes.*

Las personas que deseen contraer matrimonio deben estar libres de impedimentos dirimentes, los mismos que constan en el Art. 95 del código Civil, cuyo incumplimiento causa la nulidad del matrimonio.

⁵ DE LA ROSA, Ricardo, **FORO EUROPEO SOBRE EL DERECHO AL MATRIMONIO Y LA ADOPCIÓN**- 2002, Pág. 123.

3. La expresión de libre y espontaneo consentimiento de los contrayentes

Para que la expresión del consentimiento produzca efectos civiles debe encontrarse libre de vicios, tales como: error fuerza y dolo de acuerdo a lo estipulado en el Art.1467 del Código Civil.

4. La presencia de dos testigos hábiles; y,

Los testigos para la celebración del matrimonio deben ser hábiles, observando los requisitos señalados en el Art.103 del Código Civil, y no estar inmersos en las prohibiciones ahí descritas.

5. El otorgamiento y suscripción del acta correspondiente

Para que exista constancia de la celebración del contrato matrimonial, esta debe ser registrada en un acta que será leída y suscrita por los contrayentes.

4.1.1.3. Formas de Terminación del Matrimonio.

Según el Art. 105 del Código Civil ecuatoriano tenemos las siguientes causas para la terminación del matrimonio.

1.- Por muerte de uno de los cónyuges, como consecuencia de que la persona natural termina con la muerte, es por ello que el matrimonio termina con la muerte de uno de los cónyuges.

2.- Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio.

Es estrictamente necesario que sea declarada mediante sentencia ejecutoriada la nulidad del matrimonio, a este respecto la doctrina hace referencia que: *“debe tratarse de una nulidad relativa o simple anulabilidad, para que esta cause efectos, la sentencia ejecutoriada debe estar inscrita en*

el Registro Civil, mientras tanto el matrimonio produce efectos y se considera válido”⁶

También se hace distinción de una nulidad relativa que se contrapone a otra absoluta, en unos casos la acción de nulidad se concede exclusivamente a los cónyuges, mientras que en otros casos puede ser intentada por otras personas.

3.- Por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

A través de esta sentencia ejecutoriada se disuelve el vínculo matrimonial, y queda en aptitud el cónyuge sobreviviente para volver a contraer nuevas nupcias.

4.- Por divorcio.

Se entiende en general, la separación de los cónyuges, la cesación definitiva de la vida en común.

4.1.4. EL Divorcio - Generalidades.

CONCEPTO.

Según Guillermo Cabanellas *“Divorcio, se deriva del latín divortium, del verbo divertere, separarse, irse cada uno por su lado, puede referirse a la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio en que no*

⁶ LARREA HOLGUÍN Juan, **DERECHO DE FAMILIA**, XII Edición, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, Pág. 126.

*cabe hablar de disolución por no haber existido jamás legalmente, a causa de impedimentos esenciales o insubsanables*⁷

Según el Art.106 del Código Civil, el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código.

El divorcio es la forma jurídica de terminar con el contrato del matrimonio, aunque no se puede terminar con algunos de los efectos jurídicos que el matrimonio produce, tales como el parentesco, las obligaciones de padres e hijos; a través de la historia vemos que el divorcio ha presentado diversas formas que referiremos a continuación

4.1.2.1. Evolución Histórica del Divorcio.

La institución del divorcio es casi tan antigua como la del matrimonio, si bien muchas culturas no lo admitían por cuestiones religiosas, sociales o económicas.

La mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los hombres. Aunque en algunas de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble.

En muchas sociedades antiguas también era motivo de muerte, como en la antigua **Babilonia**, donde el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte.

⁷ CABANELLAS de Torres, Guillermo, **DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL**, Edición 2002, Editorial Heliasta, Pág. 133

En América, los Aztecas sólo podían tener una esposa y se la denominaba Cihuatlantli, y sólo podía tener un número determinado de concubinas, sólo la cantidad que pudiera mantener. En este contexto, no desconocían el divorcio, pero debía lograrse por sentencia judicial, que los habilitaba para contraer nuevamente matrimonio.

También en la antigua **Grecia** existía el divorcio por mutuo disenso y la repudiación, pero el hombre debía restituir la dote a la familia de la mujer en caso de separación.

En la **Roma** temprana el divorcio era algo poco común, hasta la época de los emperadores, en donde se acuñó la máxima "matrimonia debent esse libera" (los matrimonios deben ser libres) en donde el esposo o la esposa podían renunciar a él si así lo querían.

En los inicios del cristianismo, el divorcio era admitido, pero con el tiempo la iglesia lo fue prohibiendo. A partir del siglo X, eran los tribunales eclesiásticos quienes tramitaban los divorcios, no sin grandes disputas de distintos sectores de la iglesia cristiana. A partir del Concilio de Trento, en 1563, se impuso la teoría del carácter indisoluble del vínculo, aunque se admitió la separación de cuerpos.

Como vemos en las anotaciones anteriores el divorcio ha evolucionado de acuerdo a las épocas de la historia como también de acuerdo a las formas de matrimonio y de acuerdo a cada cultura, es por tanto una institución tan

antigua como el matrimonio, cabe destacar que en épocas anteriores ya existía el divorcio por mutuo disenso o mutuo consentimiento

“La mayor o menor facilidad para obtener el divorcio vincular está en directa relación con el concepto que se tenga del matrimonio, de sus fines y de su carácter de institución natural sagrada e indisoluble”⁸

4.1.3 La Oralidad en el Procedimiento Civil, Evolución Histórica.

La palabra oralidad proviene del vocablo **oral** que según el diccionario de derecho de Guillermo Cabanellas significa *“De palabra; de viva voz. / De boca en boca, como la tradición oral (V. Juicio escrito y oral.) Se contrapone especialmente a escrito en ciertas materias como los exámenes y los testimonio”⁹*

Principio de Oralidad

“Los actos del proceso, en general, tienen que llevarse a cabo de viva voz ante el juez o tribunal, salvo los que se excepcionan de dicha regla por tratarse de presentaciones de las partes fuera de audiencia que, normalmente, la ley le obliga a formular por escrito.”¹⁰

El principio de oralidad en los procesos los inicios de su apareamiento data de tiempos antiguos como es en el derecho romano antiguo ya se aplicaba

⁸ Ob. Cit., LARREA HOLGUÍN Juan, **DERECHO DE FAMILIA**, Pág. 149.

⁹ Ob. Cit., CABANELLAS, de Torres Guillermo, **DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL**, Pág. 282.

¹⁰ CREUS Carlos, **DERECHO PROCESAL CIVIL**, Editorial ASTREA, Buenos Aires-Argentina, 1996, Pág. 129.

el principio de oralidad en los procesos civiles, esta oralidad, en primer lugar para su aplicación tuvo un proceso histórico que referiré a continuación:

En cuanto a las épocas me referiré a las dos principales la del derecho nacional y la del honorario y de gentes.

Durante la primera época o sea la del derecho nacional, desde la Fundación de Roma hasta la creación de la Pretura, cuando la protección de los derechos privados de los ciudadanos pasó a ser misión del estado siendo el objeto del procedimiento Civil, estas se desarrollaban en procedimientos eminentemente orales estas eran: *la actio o iudicium* y *la lis o oirgium*. Ejemplo de esto la *Lápida Capitolina* que representa un modelo de proceso concentrado el juez, oídas las partes ordenaba una inspección, y al día siguiente las desahogaba, tomando en cuenta los lugares e indicios que se presentaban a su vista y enseguida pronunciaba sentencia.

El proceso Romano era llevado a efecto mediante la sumisión de las partes al tribunal. La oralidad iba acompañada de todos sus principios como el de la inmediatividad, entre otros, pues para que el juez pueda tener contacto directo con las partes, solamente podían comparecer a juicio los que gozaban de capacidad procesal, ya que la representación era inadmisibles.

El procedimiento era siempre y necesariamente público, ya fuere ante el jurado, o ante el magistrado, a los tribunales tenían entrada libre todos los ciudadanos, excepto los esclavos.

La segunda época, *“la era del derecho Honorario y de gentes”* desde la creación de la Pretura, hasta el reinado de Adriano, en esta etapa histórica se conservaba las mismas características del procedimiento, el mismo que era público, El magistrado administraba justicia regido por la libre apreciación de las pruebas, tales eran las pruebas que se daba al jurado en el procedimiento no formal, oral *in iudicio*, para que pudiera dictar sentencia , ya que el fin de este proceso era brindar la base para la convicción del juez y provocar su juicio, mediante las afirmaciones contradictorias de las partes, probablemente la presentación sumaria del litigio y las indagaciones subsiguientes y mediante la presentación de las pruebas afirmativas y negativas.

Analizando el procedimiento civil romano, llegamos a la conclusión que era oral. Tres eran los fundamentales:

- **El sistema de las acciones de la ley**

Las características principales son: *“La oralidad, la inmediatividad, la actuación de las partes y la libre apreciación de las pruebas parecen ser desde el primer momento los rasgos fundamentales predominantes de este procedimiento”¹¹.*

El proceso trata de asegurar la certeza; se desarrolla con la conjunción de las partes para resolver las materias debatidas, pronunciándose ciertas formulas orales, dentro de los negocios solemnes. Las partes para

¹¹ VON MAYR Roberto, **HISTORIA DEL DERECHO ROMANO**, Labor, Barcelona, 1926, Pág.138

cumplirlas correctamente se valían del orador o *advocatus*, pero lo singular era el hecho, de que las declaraciones de la parte misma, era las únicas que surtían efectos ante el tribunal, y así surgió el procedimiento de las fórmulas.

- **El formulario.**

El sistema formulario nació con *la lex Aebutia*, quien creó la fórmula a lado de *la legis actio*, dejando un derecho de acción entra ambos procesos, y quitando la obligatoriedad del de las acciones; entonces dejando dos opciones, el oral y el escrito. Ambos eran elegibles con aprobación del magistrado.

A pesar de ello el sistema oral se mantuvo como sistema prevalente sobre la escritura, luego se determinó la prevalencia del sistema oral por que el cambio a la escritura no surtió efecto

- **El proceso extraordinario**

Esta forma procesal se caracterizaba por los principios fundamentales del para el juicio oral.

De estas anotaciones nos podemos dar cuenta que el sistema oral es tan antiguo que apareció en otros países, y que hasta la actualidad sigue teniendo vigencia. También el sistema oral tuvo su origen en el derecho francés

El sistema Oral en el Derecho Francés.

Con la Revolución Francesa, y la codificación napoleónica, trajeron el procedimentalismo. El proyecto de Ley que fue elaborado por la Comisión Redactora, que fue ordenada por Napoleón se inspiró en las Ordenanzas Procesales francesa, que producto de la Escuela jurídica del Siglo XVI, proclamaban el principio de la Oralidad. Una vez aprobado dicho proyecto entró en vigor como *Code de procedure Civile* el 1 de enero de 1807, regulando los juicios en este país y consagrando la oralidad y la publicidad, normas que funcionaban, complementando el principio de la soberanía judicial. También se aceptó el derecho de disposición e iniciativa de las partes, en el proceso en una forma acentuada.

En los Arts. 402 y 407 prescribían que en todas las materias sumarias y comerciales, los testimonios provenientes de las partes debían ser oídos en la audiencia

El Code ha sido reformado en diversas materias, menos en la que se refiere a la oralidad, el 2 de julio de 1841, el 21 de marzo de 1858, el 23 de marzo de 1884, el 30 de marzo de 1886, el 12 y 13 de julio de 1905, y en otras fechas posteriores más.

René Japiot reconociendo en forma general el carácter oral del proceso dice: *“El procedimiento es oral. Eso quiere decir que la mayor parte de los actos son realizados en la audiencia, que la parte del procedimiento que tiene de hecho influencia preponderante sobre la opinión del juez y el resultado del*

*litigio, es la que consiste en los debates orales llamados alegatos plaidories, y que se han suprimido o han tomado facultativos los escritos, que no parecen tener una utilidad práctica cierta”.*¹²

Las características de oralidad y publicidad se aúnan al de soberanía judicial, se puede afirmar que toda la doctrina alemana moderna, que proclamó e impulsó el procedimiento oral se originó y sustentó en las ideas del *Code de procédure Civile*, aunque las superó notablemente. Los exponentes más brillantes de esta doctrina se inspiraron en él, *las ordenanzas procesales civiles*, austriaca y alemana, como consecuencia, se inspiraron parcialmente en él.

La Escritura y la Oralidad en el Derecho Procesal Iberoamericano.

Tratándose del procesalismo civil iberoamericano, se orienta hacia el sistema oral, concebida como la máxima expresión de la autoridad del juez en la dirección del pleito.

Se trata de la introducción de un conjunto de principios fundamentales que funcionan, que funcionan en constante relación mutua, en el que se recupera la autoridad judicial, como el principio de la publicidad del juicio, entendido este como uno de los fines del Estado, el de la naturaleza política del derecho procesal, y el de la eliminación de las solemnidades.

A través de la configuración dada los distintos sistemas ibero y sudamericanos, se descubre la expresión de una nueva ciencia procesal, se muestran las instituciones delineadas de una forma precisa, dichas normas

¹² JAPIOT René, **TRAITÉ ELEMENTARÉ DE PROCÉDURE CIVILE ET COMMERCIALE**. Rocessau París, 1929, Pág.17.

se constituyen en las directrices del procedimiento ibero americano se encuentran plasmadas, distintas reformas, planes, proyectos de códigos elaborados hasta la fecha, en los cuales encontramos marcada tendencia hacia la oralidad.

Aún hay casos que a pesar de haberse aceptado la oralidad y la escritura, se vislumbra un cambio, impulsado por la aceptación de la oralidad en los procedimientos especiales que se desarrollan ante los tribunales industriales.

Por ejemplo en Portugal, el 15 de mayo de 1903 en "*No Relatorio*" De propuesta formulada ante la cámara de Diputados por el distinguido magistrado Campos Henriques, entonces ministro de justicia.

Más tarde el 29 de mayo de 1907 se creó el proceso sumario en Portugal, con ello se dio un gran paso a favor de la simplificación y la celeridad.

De esta manera vemos que ya en la antigüedad, se buscaba la mejor agilización de la justicia y los principios de oralidad , celeridad y eficacia, han sido adoptado en la mayoría de las constituciones de los países tales como España, Francia, Portugal, Austria, Alemania y en países americanos como México, Venezuela.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. Efectos Jurídicos del Matrimonio.

El matrimonio produce una serie de efectos jurídicos entre los cónyuges y frente a terceras personas, de los cuales los fundamentales son los deberes u obligaciones conyugales, el parentesco, el régimen económico del matrimonio, que tiene distintas modalidades en los diferentes países. Además, produce de derecho la emancipación del contrayente menor de edad, con lo cual éste queda libre de la patria potestad de sus padres y podrá en adelante actuar como si fuera mayor, aunque posteriormente se divorcie.

4.2.1.1. La Esencia del Matrimonio.

La esencia del matrimonio viene dada por el vínculo matrimonial como principio formal del matrimonio. En torno a qué deba entenderse por vínculo matrimonial existen dos posturas:

Para algunos, el vínculo matrimonial es el derecho sobre el cuerpo del otro en orden a los actos generadores.

La mayoría de la doctrina entiende, en cambio, que el anterior derecho es una mera derivación del vínculo, pues se entiende que éste es mucho más que aquél.

Se dice que el matrimonio supone una relación jurídica que se compone de sujetos, vínculo, contenido y objeto.

Sujetos son el hombre y la mujer, cuya unión es consecuencia de la interacción derivada de la propia distinción de sexos.

El vínculo matrimonial propiamente dicho, que supone el nexo que une y constituye a los contrayentes y en el que están contenidos los derechos y deberes conyugales.

El contenido del matrimonio lo constituyen los derechos y deberes conyugales:

* El derecho al acto conyugal o *ius in corpus*.

*El derecho a la comunidad de vida como expresión de la unidad del destino a la vez como cauce y ambiente mejor para la recepción de los hijos.

*El derecho a no hacer nada contra la generación de la prole, sobre todo si ya se ha dado, y recibir y educar a los hijos en el seno de la comunidad conyugal.

*El derecho del cónyuge a las prestaciones personales del otro y de los hijos a las prestaciones de ambos.

*En el matrimonio se da un principio de absoluta igualdad entre el esposo y la mujer.

*El deber de ayudarse en las necesidades mutuas y de llevar una vida de acuerdo con la condición de casados.

*El deber de fidelidad, el derecho a buscar el mutuo perfeccionamiento físico o corporal y también espiritual, el deber de convivencia, el deber de atender al bien material y espiritual de los hijos.

*El **matrimonio** es una institución social que crea un vínculo conyugal entre sus miembros. Este lazo es reconocido socialmente, ya sea por medio de disposiciones jurídicas o por la vía de los usos y costumbres. El matrimonio establece entre los cónyuges y en muchos casos también entre las familias de origen de éstos una serie de obligaciones y derechos que también son fijados por el derecho que varían, dependiendo de cada sociedad. De igual manera, la unión matrimonial permite legitimar la filiación de los hijos procreados o adoptados de sus miembros, según las reglas del sistema de parentesco vigente.

Parentesco

Según el Artículo 22 del Código Civil determina: *“Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo; y dos primos hermanos, en cuarto grado de consanguinidad entre sí.*

Cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea recta; y cuando las dos personas proceden de un ascendiente común, y una de ellas no es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea colateral o transversal.”¹³

Parentesco es la relación que media entre personas que tienen un ascendiente común a todas ellas. Existen clases de parentesco que son:

El parentesco en línea recta, es una o varias descienden de otra, mientras que en la **línea colateral** es pariente sólo por existir una persona que, a la

¹³ Ob. Cit., **CÓDIGO CIVIL**, Pág. 7

vez, es ascendiente de todos los unidos por esta clase de parentesco puede ser el parentesco matrimonial y extramatrimonial, según que la generación de los parientes se haya producido dentro del matrimonio o fuera de él.

Los hermanos, son de doble vínculo cuando proceden del mismo padre y madre, y de vínculo sencillo cuando tienen en común un solo progenitor y no el otro.

Existe otra clase de parentesco según el Art. 23 del Código Civil que define: *“Afinidad es el parentesco que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer, o bien, entre uno de los padres de un hijo y los consanguíneos del otro progenitor.*

La línea de grado y afinidad entre dos personas se determina por la línea y grado de consanguinidad respectivos; así, entre suegros y yernos hay línea recta o directa de afinidad en primer grado, y entre cuñados, línea colateral de afinidad en segundo grado.”¹⁴

También se lo ha denominado **parentesco de alcance**, es el que la gente llama parentesco político y los legisladores denominan de afinidad, que une a todos los parientes consanguíneos de una persona con el cónyuge de éste (por ejemplo, los cuñados).

Cuando el código civil habla de hijos, padres o hermanos sin hacer especificación alguna, se refiere en exclusiva al parentesco por consanguinidad.

Los cónyuges no son parientes entre sí: tan sólo son cónyuges.

¹⁴ Ob. Cit., **CÓDIGO CIVIL**, Pág. 7.

La ley obliga a los ascendientes y descendientes y a los cónyuges no separados a suministrarse alimentos entre sí, en caso de necesidad. Éstos comprenden, además de la alimentación en sí misma, los cuidados más elementales para la salud y la formación del alimentario.

La obligación de alimentos es recíproca. Esto es, el que los suministra hoy al pariente necesitado, podrá pedírselos mañana si éste último ha mejorado de fortuna y el primero empeora hasta hallarse en una situación de necesidad que le lleve a reclamarlos.

Para que tenga validez el contrato de matrimonio debe ser un contrato solemne entre dos personas de mayor de edad, de diferente sexo, será celebrado este contrato con la presencia de dos testigos que no prohíba la ley, ante el Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación o ante los Jefes de Área de Registro Civil o también ante el Funcionario administrativo que haya sido delegado. No podrán contraer matrimonio los parientes en consanguinidad en línea recta, (nietos-abuelos) los parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad, los parientes en primer grado de afinidad.

Dejará de surtir efectos civiles si faltare buena fe de los cónyuges, el contrato de matrimonio será putativo.

La acción de nulidad puede proponerse por el cónyuge o por el Ministerio Público si se fundamenta en impedimentos dirimentes, pero si es en impedimentos impeditivos solo podrá demandar el cónyuge afectado.

Patria Potestad

Patria potestad, concepto jurídico que remite a la relación paterno filial que tiene por núcleo el deber de los padres de criar y educar a sus hijos. La potestad sobre los hijos era, en el Derecho romano, un poder absoluto del padre creado en beneficio de la familia, no de los hijos. En la actualidad, por el contrario, es un rasgo constitutivo esencial de la patria potestad su carácter altruista. La patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad.

Corresponde la patria potestad por igual a los progenitores, y esto implica que, viviendo juntos, las decisiones concernientes a los hijos no emancipados habrán de ser adoptadas de común acuerdo. En caso de desacuerdo, cualquiera de ellos podrá acudir al juez, quien atribuirá a uno la facultad de decidir. Si se mantienen los desacuerdos, podrá atribuir la potestad a uno o repartir entre ellos sus funciones. Si los padres se encuentran separados, se ejercerá por aquél que conviva con el hijo, con la participación del otro que fije el juez.

La patria potestad la reciben los padres en el momento de nacer el hijo; si éste es extramatrimonial, en cuanto lo reconocen. Se pierde la potestad sobre el menor por incumplir los deberes inherentes a ella, como consecuencia de una condena penal, o de la separación, disolución o

nulidad del matrimonio. Se extingue por alcanzar el hijo la mayoría de edad o por la emancipación.

En el contenido de la patria potestad se pueden apreciar cinco aspectos.

Personal

En este aspecto deben los padres velar por sus hijos: cuidarlos en forma correspondiente a su edad y circunstancias; tenerlos en su compañía y prodigarles un trato afectuoso; alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, o sea, física, moral e intelectual, en la medida de sus posibilidades. Están facultados para corregirlos de un modo razonable y con moderación; en correspondencia, éstos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo potestad, y respetarles siempre.

Patrimonial

Los padres deben administrar los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios. En casi todos los países ha desaparecido el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos.

Representación

En los asuntos personales y patrimoniales el hijo no emancipado no puede actuar por sí y en lugar suyo actúa su padre o madre, que lo representan. No

pueden representar los padres al hijo cuando exista conflicto de intereses con él; en estos casos se nombrará al hijo un curador especial

Tutela

La tutela es la institución ordinaria de guarda legal de los menores de edad no emancipados que sean huérfanos o cuyos progenitores se hallen privados de la patria potestad, así como los incapacitados por locura o sordomudez, cuando no están sometidos a la patria potestad prorrogada. A los dementes mayores de edad, en cambio, no se les puede nombrar tutor sin previa incapacitación.

La tutela es de ejercicio permanente y habitual: no se nombra tutor para un acto o negocio, sino para cuidar de modo global de las incumbencias patrimoniales y personales del sujeto a tutela. Se organiza mediante un órgano ejecutivo y de asistencia inmediata: el tutor, y otro que establece al primero y lo vigila: el juez.

El tutor se nombra entre los familiares más próximos y lo deciden la ley o el juez. La ley establece un orden de preferencia para ser nombrado tutor, que el juez puede alterar con carácter excepcional.

Es una persona física, aunque pueden serlo las personas jurídicas sin finalidad lucrativa dedicadas a la protección de menores e incapacitados. Puede haber varios tutores, con la misma competencia, o con competencias diferentes. Al tutor le incumbe el cuidado directo del incapaz cuando resulte necesario; la gestión inmediata de sus negocios y administración de sus

bienes, y su representación. La relación con el pupilo muestra, en la tutela de menores, semejanza con la paterno filial. Actúa en lugar del pupilo siempre que éste no pueda hacerlo por sí, como representante legal. Es administrador legal del patrimonio; para los actos más importantes precisa autorización judicial y debe rendir cuentas al finalizar la tutela.

4.2.1.2. Efectos Jurídicos en la Sociedad Conyugal.

Según el Art.139 por el hecho del matrimonio celebrado conforme a leyes ecuatorianas se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges.

Administración.- Cualquiera de los cónyuges previo acuerdo tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal, pero podrá autorizar al otro para que realice actos relativos a tal administración.

No podrá presumirse tal autorización sino en los casos que la ley ha previsto.

Ni el marido ni la mujer necesitan autorización para disponer de lo suyo por acto testamentario o entre vivos. Tendrán la misma capacidad como si fueran solteros, para todo lo relativo a sus bienes propios o para manejar negocios ajenos.

Del haber de la sociedad conyugal y de sus cargas

El haber de la sociedad conyugal se compone:

1o.- De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio;

2o.- De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucro de cualquiera naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio;

3o.- Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare a la sociedad, o durante ella adquiriere; obligándose la sociedad a la restitución de igual suma;

4o.- De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a restituir su valor, según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición; y,

5o.- De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio, a título oneroso.

Las reglas anteriores pueden modificarse mediante las capitulaciones matrimoniales, conforme a lo dispuesto en el Art. 151.

Art. 158.- Las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges, a título de donación, herencia o legado, se agregarán a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario; y las adquisiciones hechas por ambos cónyuges simultáneamente, a cualquiera de estos títulos, no aumentarán el haber social, sino el de cada cónyuge.

Art. 159.- No obstante lo dispuesto en el Art. 157, no entrarán a componer el haber social:

1o.- El inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges;

2o.- Las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio; y,

3o.- Todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa.

Bienes adquiridos que no pertenecen a la sociedad conyugal

Art. 167.- La especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ésta, aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a la sociedad.

Por consiguiente, no pertenecerán a la sociedad:

1o.- Las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se completen o verifique durante la sociedad;

2o.- Los bienes que se poseían antes de la sociedad, por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro medio legal;

3o.- Los bienes que vuelven a uno de los cónyuges, por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación;

4o.- Los bienes litigiosos, de los que, durante la sociedad, ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica;

5o.- El derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge. Sólo los frutos pertenecerán a la sociedad.

Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio, pertenecerá al cónyuge acreedor; lo mismo que los intereses devengados antes del matrimonio y pagados después.

Pasivo de la Sociedad Conyugal.- La sociedad está obligada al pago:

1o.- De las pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges, y que se devenguen durante la sociedad;

2o.- De las deudas y obligaciones que correspondan de conformidad con el Art. 146, y que no fuesen personales de uno de los cónyuges, como las que se contrae para el establecimiento de los hijos de uno de ellos;

3o.- De las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello;

4o.- De las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales o de cada cónyuge;

5o.- Del mantenimiento de los cónyuges; del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de cualquiera otra carga de familia.

Se mirarán como carga de familia los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges. Pero podrá el juez moderar este gasto, si le pareciere excesivo, imputando el exceso al haber del cónyuge.

Si la mujer se reserva en las capitulaciones matrimoniales el derecho de que se le entregue, por una vez o periódicamente, una cantidad de dinero de que pueda disponer a su arbitrio, será de cargo de la sociedad este pago, siempre que en las capitulaciones matrimoniales no se haya impuesto expresamente

De la disolución de la Sociedad Conyugal y de la partición de gananciales

La sociedad conyugal se disuelve:

1o.- Por la terminación del matrimonio;

2o.- Por sentencia que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido;

3o.- Por sentencia judicial, a pedido de cualquiera de los cónyuges; y,

4o.- Por la declaración de nulidad del matrimonio.

En los casos de separación parcial de bienes continuará la sociedad en los bienes no comprendidos en aquella.

4.2.2. Formas de Divorcio.

Es necesario anotar las diferentes formas de divorcio, existentes en diferentes legislaciones, para compararlas con nuestra legislación, en la mayoría de las legislaciones se contemplan los siguientes tipos de divorcios ante autoridad judicial:

1. Divorcio por mutuo consentimiento.
2. Divorcio sin el consentimiento de alguno de los esposos. Siempre y cuando se apoye en una causal de divorcio que menciona la ley.
Y en algunos países o localidades de algunos países:
3. Divorcio por la voluntad de uno de los esposos. Solo basta que uno de los cónyuges pida el divorcio y se otorga.

Adelante mencionaremos los contenidos genéricos que las sentencias de divorcio revisten.

Cada uno de forma genérica tiene las características que se mencionan:

1. Divorcio Por Mutuo Consentimiento

Concepto. *"Es la disolución del vínculo matrimonial que se obtiene gracias a una sentencia judicial que pone fin a un procedimiento el cual se inició por una solicitud en la que **ambos cónyuges estuvieron de acuerdo** en*

realizar y han cumplido con todos los requisitos legales que la ley marca para lograr se dicte sentencia".¹⁵

Procedimiento genérico: Estando de acuerdo ambos cónyuges comparecen o se presentan (por escrito o de forma personal y verbal dependiendo de cada legislación) ante la autoridad judicial competente (normalmente un juez familiar) y solicitan se decrete en sentencia definitiva el divorcio, **por lo que una vez que los cónyuges realizan todos los pasos legales** obtienen la sentencia de divorcio.

En nuestro país también existe esta figura legal, está tipificada en el Art. 107 del Código Civil, coincide con la definición de divorcio por mutuo consentimiento de otros países, pero tiene ciertas diferencias en cuanto a términos para la sustanciación del proceso.

2. Divorcio sin el Consentimiento de uno de los Esposos

Concepto. *"Es la disolución del vínculo matrimonial que se obtiene gracias a una sentencia judicial que pone fin a un procedimiento el cual inició por la petición o demanda de uno de los cónyuges en la cual dicho cónyuge solicitante sin el consentimiento del otro pide al Juez la terminación del vínculo matrimonial y la petición o demanda tiene apoyo en hechos que la ley considera como suficientes para que se otorgue el divorcio (causales de divorcio)".¹⁶*

En algunos países o localidades de diversos países este es conocido como el *Divorcio Necesario*.

¹⁵ www.derechoecuador.com.

¹⁶ www.derechoecuador.com

Para solicitar al Juez se decrete el "divorcio necesario" es requisito que el cónyuge solicitante **pruebe** que su esposo o esposa ha realizado o incurrido en hechos que la ley marca como suficientes para que opere el divorcio. La legislación de cada país señala cuales son las causas de divorcio necesario, pero de forma genérica encontramos:

A. Violencia intrafamiliar (lesiones, injurias, violencia psicológica o física).

B. Adicciones. Que afecten el al núcleo familiar o a alguno de sus integrantes (Ejemplo adicción a drogas, juegos, etc.

C. Ser sentenciado a pena corporal por delito grave que no alcance el beneficio de libertad bajo caución o fianza.

E Adulterio.

Bigamia.

F. Incitar u obligar a cualquier integrante a cometer un delito.

G. Conductas que ponen en peligro la integridad física o psicológica de cualquiera de los integrantes de la familia.

H. Abandono injustificado del hogar.

I. Infecciones de transmisión sexual incurables.

J. Falta de cumplimiento intencional a las obligaciones alimentarias.

K. Delito cometido en contra de uno de los cónyuges o de los hijos.

En este tipo de procedimiento la voluntad de uno de los cónyuges para divorciarse no es suficiente como causal de divorcio, Es decir que el deseo de seguir casado no se considera como importante ya que solamente que se prueben algunas de las "causales de divorcio" se podrá dictar sentencia que decreta como terminado el matrimonio, si en el procedimiento NO se prueba alguna de las causales entonces la sentencia de divorcio no operará y seguirá vigente el matrimonio.

En nuestro país se encuentra establecidas las causas del divorcio en el Art. 110 del Código Civil, y el divorcio por estas causas solo puede ser declarado judicialmente, mediante sentencia ejecutoriada, en virtud de una demanda planteada, por el cónyuge que se creyere perjudicado ,por alguna de las causales. Con la salvedad de la causal número 11, inciso segundo en la que cualquiera de los cónyuges podrá demandar divorcio.

3. Divorcio por Voluntad de uno de los Esposos.

Concepto. *"Es la disolución del vínculo matrimonial que se obtiene gracias a una sentencia judicial que pone fin a un procedimiento el cual inició por la petición o demanda de uno de los cónyuges en la cual dicho cónyuge solicitante sin el consentimiento del otro pide al Juez la terminación del vínculo matrimonial y **este simple deseo** es suficientes para que se otorgue el divorcio".¹⁷*

¹⁷ www.derechoecuador.com.

A diferencia del anterior mencionado "divorcio necesario", en este tipo de divorcio solo se invoca una sola causal que es la voluntad del cónyuge solicitante de querer divorciarse.

Este procedimiento de divorcio es mucho más rápido que el anteriormente mencionado "divorcio necesario".

En nuestro País la única causa para poder demandar divorcio cualquiera de los cónyuges es la establecida en el Art. 110, No. 11 inc. Segundo, que se refiere al abandono voluntario e injustificado de un cónyuge al otro por más de tres años ininterrumpidamente.

Sentencia Judicial de Divorcio.

Los puntos que comúnmente decreta una sentencia de divorcio judicial son:

1. Disolución del vínculo matrimonial y en consecuencia la aptitud de los divorciados para contraer nuevas nupcias.

2. Las medidas adicionales que decreta el juez de familia como son:

a).- Si existe o no y en qué porcentaje pensión alimenticia que deberá pagar el padre a la madre o viceversa. Nuestra sociedad ha ido cambiando y en muchas localidades los roles de vida también han evolucionado y las mujeres son un pilar en la manutención económica del hogar, al grado que en algunos casos se han convertido en las proveedoras de las finanzas de la familia dejando a los hombres el rol de supervisión de hogar y educación de hijos, motivo por el cual de forma más repetitiva a los hombres la autoridad

judicial les otorga el derecho de que la mujer les pague una pensión alimenticia y de igual forma más reiteradamente nos encontramos con casos en los cuales los hijos concebidos se quedan bajo la guarda y custodia del padre.

Según nuestra legislación Civil, a la madre divorciada o separada del marido le corresponde le toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad.

Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los dos padres que ellos elijan.

b).- Repartición de los bienes obtenidos o adquiridos durante el matrimonio pertenece por igual a ambos cónyuges (excepto en las legislaciones que se contempla el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes), no así los bienes provenientes de herencias que pertenecen enteramente al cónyuge que los recibiera o las donaciones. Sin embargo en nuestra legislación se permite las capitulaciones matrimoniales o acuerdos prenupciales donde los cónyuges pueden determinar todo tipo de cuestiones inherentes a los bienes anteriores al matrimonio y también a los obtenidos con posterioridad, inclusive hasta se suelen establecer indemnizaciones ante una eventual ruptura del vínculo que los unía.

Según el Art. 113 del Código Civil, cualquiera de los cónyuges tendrá derecho a solicitar que en el mismo juicio de divorcio se liquide la sociedad

conyugal y se fije la cantidad que se le ha de entregar de acuerdo a las reglas establecidas.

c).- Situación jurídica de los padres en relación a los hijos, dentro de lo que encontramos:

C.1. Que progenitor le corresponde la guarda y custodia del o los menores (aunque puede ser compartida).

C.2. Establece la forma de convivencia que tendrá con sus hijos la madre o el padre que no tiene la guarda y custodia.

C.3. Las obligaciones que cada progenitor tendrá que cumplir respecto de la manutención alimentaria de los hijos (pensión alimenticia). La sentencia judicial de divorcio fija si el padre o la madre o ambos aportarán económicamente para solventar las necesidades alimentarias de los hijos y fija de igual forma que porcentaje o que importe deberá aportar el deudor alimentario. Por pensión alimenticia la mayoría de las legislaciones mundiales contempla que la integran la comida, vestido, estudios y esparcimiento.

Respecto de la pensión alimenticia esta puede ser efectiva hasta tanto los hijos cumplan la mayoría de edad, que puede ser a los 18 o a los 21 años, momento en el cual los cónyuges dejan de tener la obligación legal de mantenerlos económicamente. Esta obligación, en muchos casos, no se extingue si el hijo tiene algún padecimiento físico o mental que le impidiera mantenerse por sus propios medios o necesita la manutención para proseguir con sus estudios. Por el contrario, puede extinguirse antes de las edades mencionadas si el menor fuera emancipado por sus padres

4.2.3. El Divorcio Contencioso.

Cuando nos referimos al divorcio contencioso, estamos haciendo alusión al trámite que se le da al divorcio y es formulado por alguna de las causales establecidas en art.110 Del Código Civil que establece las siguientes causales:

1. Adulterio
2. Sevicia: crueldad o malos tratos
3. Injurias graves o actitud hostil: Falta de armonía habitual producto de injurias, o actitud hostil.
4. Amenaza grave de un cónyuge contra la vida del otro
5. Intento de asesinato del cónyuge como Autor o cómplice.
6. Que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo que no es de su marido; siempre que exista sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo
7. Realizar actos que corrompan al otro cónyuge o a sus hijos/as.
8. El sufrir una enfermedad grave, incurable, contagiosa y transmisible a los hijos/as, determinada por 3 médicos/as, nombrados por un juez/a.
9. Ser ebrio consuetudinario o toxicómano.
10. Que haya sido sancionado con una condena de reclusión mayor.
11. Abandono voluntario e injustificado, del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente.

Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges.

También se considera causal lo determinado en la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, art. 22 que dice: “**Sanciones** *El juez al resolver la causa, de probarse la responsabilidad, sancionará al agresor con el pago de indemnización de daños y perjuicios de uno a quince salarios mínimos vitales, de acuerdo con la gravedad de los resultados, que será causal de divorcio.*”¹⁸

Trámite:

Se debe presentar la demanda de divorcio indicando el motivo por el que desea divorciarse, que debe estar inmerso en una de las causales antes mencionadas. Posteriormente se cita al demandado, el juez señala día y hora para la Audiencia de Conciliación, en la que la autoridad a más de buscar un avenimiento entre las partes, tratará de llegar a un arreglo en relación con la situación de los hijos/as en lo referente a cuidado, alimentación, educación, tenencia de los mismos.

De no existir acuerdo, se abre el término de prueba por seis días, tiempo en el cual las partes evacuarán todo tipo de pruebas con las que se demuestre

¹⁸ **LEY CONTRA LA VIOLENCIA DE LA MUJER Y LA FAMILIA**, Ley 103, R.O.839,11 de diciembre de 1995.

la veracidad de las peticiones. Concluido este término el juez/za dicta sentencia, aceptando o negando el divorcio.

Como requisito previo a la aceptación de la sentencia de divorcio, se debe resolver “la situación económica de los hijos/as” como lo determina el art. 115 del Código Civil, y la Resolución de la Corte Suprema de Justicia de 19 de octubre de 1978, publicada en Registro Oficial 705 de 7 de noviembre de 1978 que dice: *“Art. 1 Los jueces no podrán expedir sentencia de divorcio si, antes en el juicio, los padres no han arreglado satisfactoriamente la situación de los hijos comunes, punto éste que a su vez se decidirá conforme a la ley en el mismo fallo”*.¹⁹

Una vez aceptada la demanda de divorcio el juez/za ordenará que se registre la sentencia en el Registro Civil.

¹⁹ Ob. Cit., **CÓDIGO CIVIL**, Pág. 34.

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. El Procedimiento Oral y los Principios Procesales de Eficacia y Celeridad Aplicados en los Procesos de Divorcio por Mutuo Consentimiento.

4.3.1.1. El Procedimiento Oral.

En la actual Constitución de la República del Ecuador en el Art. 168, numeral 6 Expresa “La Sustanciación de los procesos, en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo, mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”²⁰

Es un mandato constitucional expreso, el trámite oral que debe aplicarse en la sustanciación de todos los procesos, es por ello que las disposiciones del Código Civil en lo que respecta al procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento no deben ser la excepción, deben uniformarse, para una mejor y eficaz administración de justicia; a continuación realizaré un análisis de las ventajas de la implementación del sistema oral en los procesos:

VENTAJAS DE LA ORALIDAD

Vemos que existen algunas ventajas:

- Plena vigencia del principio de inmediación. "El proceso se realiza, así, en forma dialogal y conforme su naturaleza humana", pues se encuentran

²⁰ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, R.O No. 449 del 20 de octubre del 2008, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a Marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, Pág. 56.

presentes en la audiencia el juez, las partes procesales, sus abogados, testigos, peritos, todos participando y dialogando en un mismo acto procesal, para llegar a la verdad material.

- La directa asunción del Juez o Tribunal de las aportaciones probatorias, con la intervención directa de las partes.
- Se elimina la dispersión de los actos procesales y, se verifica, por el contrario, una concentración de los mismos en la audiencia, que evita ciertos actos procesales como continuas notificaciones a las partes.
- La eficaz publicidad de la actuación judicial, puesto que las audiencias son abiertas al público, salvo ciertas excepciones.
- La corrupción en caso de haberla, queda reducida a su mínima expresión, puesto que la concentración de los actos procesales y el inmediato pronunciamiento del fallo, imposibilitarían efectivizarla.
- El juez pasa a ser parte importante dentro del proceso, puesto que tiene facultades de gran importancia, como por ejemplo, dirige, impulsa e impide la paralización del proceso, puede sancionar el dolo o fraude de los abogados, debe adaptar la demanda a la vía procesal apropiada, puede ordenar diligencias probatorias de oficio u ordenar la comparecencia personal de las partes, cuando lo creyere oportuno, puede expulsar de las actuaciones a quienes alteren o perturben el desarrollo del proceso, inclusive puede ordenar la detención, por un tiempo limitado, de las personas que se resistan, sin justificación alguna, a cumplir sus mandatos.

Revisado lo anterior, creo que la mayoría debemos concluir que resultaría beneficioso para nuestro país que efectivamente se hagan las reformas

legales necesarias y las adecuaciones físicas indispensables para implementar la oralidad o juicio por audiencias en el Ecuador.

4.3.1.2. Principios de Eficacia y Celeridad.

Estos principios tienen su origen en lo que dispone el Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador que expresa: *“El sistema procesal es un medio para la realización d la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”*²¹

El principio de eficacia Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

El principio de celeridad, consiste en que para quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que

²¹ Ob. Cit., **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, Pág. 59.

dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

4.3.2. El Divorcio por Mutuo Consentimiento Según el Código Civil.

EL Art. 107 del Código Civil señala.- Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el Juez de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges:

1o.- Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio;

2o.- El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y,

3o.- La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos.

La acción de divorcio es personal, sólo los cónyuges pueden plantearla, también a través de un poder otorgado un abogado en libre ejercicio profesional para que lo represente al interesado, presentarán con la demanda, la partida matrimonial certificadas, y partidas de nacimiento en caso de la existencia de hijos.

4.3.2.1. Tramite de Divorcio por Mutuo Consentimiento.

El trámite se encuentra contenido en el Art. 108 del Código Civil, en el cual transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el Juez de lo Civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma cómo deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos. Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad-litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos.

Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:

1a.- A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad;

2a.- Los hijos púberes estarán al cuidado de aquél de los padres que ellos elijan;

3a.- No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos,

inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan;

4a.- Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualquiera de los motivos señalados en el Art. 110.

5a.- El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad; y,

6a.- En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 393, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a solicitud del Ministerio Público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si tales personas carecen en

absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia.

El cobro de tal pensión se hará por apremio en la forma determinada por el juez.

La sentencia, en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible del recurso de apelación, pero sólo en el efecto devolutivo.

El juez podrá, en todo tiempo, modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos, aun cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para reformarla. Esta providencia será también susceptible del recurso de apelación, que se lo concederá igualmente sólo en el efecto devolutivo. El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común.

Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos.

El guardador tiene la obligación de rendir cuentas anuales documentadas del ejercicio de su guarda.

El cónyuge menor de dieciocho años necesitará para el divorcio la autorización de su curador general o, a falta de éste, la de un curador especial.

En la demanda de divorcio se debe indicar los nombres de los hijos comunes que han procreado, indicando sus edades, en caso de ser menores deben estar representados por un curador ad-litem, deben señalarse los bienes patrimoniales de los cónyuges o los que integren la sociedad conyugal, para efectos de posterior liquidación, el periodo de dos meses para la audiencia corre a partir desde que se cite a los curadores ad-litem que representan a los hijos menores.

Términos en el Divorcio por Mutuo Consentimiento

Primeramente cabe señalar lo que es un término, es el periodo de tiempo para la práctica de diligencias o actuaciones judiciales. Los términos solo se refieren a días hábiles, es decir, no comprenden los días feriados o de descanso obligatorio, ni los días de vacancia judicial.

Considero que el plazo de dos meses que determina el Art. 108 del Código Civil es excesivo, puesto que si ya existe previamente la voluntad de dar por terminado el vínculo matrimonial, bien podrían en un mes los cónyuges reflexionar sobre los efectos del divorcio, con quien quedarían los hijos, por que en muchas ocasiones la demanda es presentada en un momento de enojo o desavenencia, violencia, sin darse cuenta las consecuencias que traería esta ruptura del vínculo matrimonial, más si hay hijos de por medio son ellos los que sufren las consecuencias de toda índole, y en caso de no

haber hijos, este plazo debe reducirse a quince días, tiempo suficiente en que los cónyuges pueden meditar, si desean o no continuar con el trámite de divorcio o prefieren reconciliárselo lo cual podrán lograr en la audiencia de conciliación.

Audiencia de Conciliación .

La audiencia de conciliación es una diligencia propia del juicio verbal sumario de nuestro sistema sustantivo Civil, se diferencia de la junta de conciliación por que la finalidad de esta última es dar fin a un litigio, esta se da en la partición de bienes sucesorios, y concurso de acreedores entre otros.

En los juicios de divorcio consensual, en la audiencia de conciliación el juez procurará por todos los medios que estén a su disposición la mutua reconciliación, caso contrario, si los cónyuges expresan de consuno a viva voz la decisión de divorciarse, se procede a sentar esta situación en el acta respectiva.

En caso de haber hijos en común , y bienes, los padres acordarán sobre la situación económica de los hijos menores de edad, la manera como se proveerá la protección personal, educación y sostenimiento, es por esta realidad de que no todas las veces se llega a un acuerdo en lo referente a la situación de los hijos menores lo que hace imperiosa la necesidad de reforma al trámite de divorcio por mutuo consentimiento, en el que se establecerá que: al presentar la demanda, hagan constar en ella también la situación en que quedarán los menores, en lo que respecta a cuidado,

manutención, educación, para agilizar este trámite para que al momento de la audiencia de conciliación sólo se ratifiquen con esta decisión para dar cumplimiento a los principios de eficacia y celeridad.

Conforme está establecido el trámite de no existir acuerdo en estos puntos referidos, el juez lo resolverá luego de fenecido el término de prueba de seis días, aplicando las reglas del Art.108 del Código Civil

Trámite Notarial

De acuerdo con la Reforma a la ley notarial RO. N°406 de 28 de noviembre del 2006, art. 6 N° 22 se faculta a los Notarios/as para que tramiten divorcios por mutuo consentimiento, en el caso que los cónyuges no tengan hijos/as menores de edad o bajo su dependencia. Los cónyuges, bajo juramento, deberán expresar en un petitorio su deseo de disolver el vínculo matrimonial de manera definitiva, deben tener el patrocinio de un/una abogado/a en libre ejercicio. Esta petición deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 107 del Código Civil.

El Notario ordenará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas. Se fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, que será en un plazo no menor de sesenta días. En la audiencia los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse. El Notario levantará un acta en la que declara disuelto el vínculo matrimonial, una vez protocolizada, deberá entregar copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva; el

Registro Civil, sentará la razón correspondiente de la marginación y enviará una copia certificada de lo actuado al Notario para que incorpore en el protocolo respectivo. El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición. Los cónyuges pueden comparecer directamente o a través de procuradores especiales. De no realizarse la audiencia en la fecha señalada, los cónyuges podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, que no sobrepasará el término de 10 días posteriores a la fecha del primer señalamiento. De no darse la audiencia, el Notario archivará la petición.

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA.

Es importante anotar el procedimiento oral en algunas legislaciones de otros países para comparar con la nuestra. Cabe mencionar que en todos estos procesos, el núcleo y la parte esencial de ellos, es la audiencia o audiencias orales que se llevan a cabo.

4.4.1 El Proceso Oral Uruguayo.

El proceso oral uruguayo se desarrolla a través de una, dos o tres audiencias, máximo, dependiendo de sí se trata de un proceso ordinario, extraordinario o uno de estructura monitoria. Haciendo una comparación con la legislación procesal civil ecuatoriana, el proceso ordinario uruguayo equivale al juicio ordinario ecuatoriano, el extraordinario al verbal sumario y el de estructura monitoria al ejecutivo.

En todos estos procesos la demanda y la contestación a ella son escritas.

En el proceso ordinario, una vez citada la parte demandada, el juez convoca a una audiencia denominada preliminar en la que *"se busca la conciliación, se fija el objeto de la controversia, se determinan las pruebas que cada parte podrá aportar al juicio, se actúan las pruebas, alegan las partes y, de ser posible, en esta misma audiencia se pronuncia sentencia"*. Es decir, esta audiencia preliminar, puede convertirse en única y definitiva. Se puede dictar una sentencia interlocutoria, que se refiere a la validez del proceso, o una final, que versa sobre el fondo del debate judicial.

Sólo de ser necesario, para la actuación de la pruebas o por la complejidad de la sentencia, el juez puede convocar a la denominada audiencia complementaria y si fuese necesario a una tercera audiencia.

El Proceso Extraordinario debe desarrollarse, en su totalidad, en una sola audiencia. Este proceso es aplicable en Uruguay a los asuntos relacionados con la conservación y recuperación de la posesión o la tenencia, denuncias sobre obra nueva u obra ruinosa, juicio de alimentos, entre otros.

Finalmente, en cuanto al Proceso de Estructura Monitoria, este también se desarrolla en una sola audiencia, siempre y cuando el ejecutado haya propuesto excepciones, de lo contrario se pasará directamente a la vía de apremio.

4.4.2 Proceso Oral Peruano

Igualmente se inicia con la demanda y la contestación a la demanda las cuales son escritas.

Dentro de los procesos contenciosos existen el proceso de conocimiento, el proceso abreviado, el proceso sumarísimo el proceso cautelar y el proceso de ejecución. Dependiendo del proceso pueden darse las siguientes audiencias:

- Audiencia de Conciliación,
- Audiencia de Saneamiento, si el juez considera necesaria la actuación de pruebas.
- Audiencia de Prueba,

- Audiencias especial y complementaria, si son necesarias. Luego de todas estas audiencias, de ser el caso, se dicta sentencia.

Dependiendo de la clase de proceso, los plazos varían, así, un proceso de conocimiento, de acuerdo con los plazos fijados por la ley demora mínimo 200 días y si existiesen audiencias especial y complementaria y reconvención aproximadamente cincuenta días más. Este juicio corresponde a nuestro juicio ordinario.

El proceso abreviado demora mínimo 71 días y aproximadamente 20 días adicionales si existiesen audiencias especial y complementaria y reconvención. A través de este proceso se tramitan controversias como la "prescripción adquisitiva, rectificación de áreas o linderos, responsabilidad civil de los jueces, expropiación, tercerías, impugnación de un acto o resolución administrativa" y ciertos juicios cuya cuantía sea mayor a una cantidad determinada por la ley.

El proceso sumarísimo tarda aproximadamente 15 días y todos los actos que se practican se los hacen en una misma audiencia, así el saneamiento, la conciliación, las pruebas y la sentencia. Por este proceso se tramitan las controversias de alimentos, divorcio, interdicción, desalojo, y otras causas que no superan una cuantía determinada.

Finalmente el proceso ejecutivo, muy similar al nuestro, tiene que estar fundado en un título ejecutivo. Su trámite, si existe oposición, tiene una duración de acuerdo con la ley de máximo 23 días. Si no existe oposición el

juez dicta sentencia sin convocar a ninguna audiencia e inmediatamente se aplica la vía de ejecución.

En este proceso existe limitación, tanto respecto a los medios de prueba que pueden actuarse (solamente declaración de parte, documentos y pericia), como de las excepciones que se pueden proponer por parte del ejecutado (inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título, nulidad o falsedad del título ejecutivo, extinción de la obligación, excepciones y defensas previas).

4.4.3 Proceso Oral ante el "Chancellor" en Estados Unidos de América

Este es el único proceso oral en los Estados Unidos de América, vigente solamente en algunos de los Estados de este país, cuya resolución no es competencia de un jurado sino del juez. Es decir es el proceso más similar al proceso oral vigente en algunos países de Latinoamérica.

Su gran diferencia con los procesos orales latinoamericanos es que las partes, a través de sus abogados, buscan descubrir la verdad material del litigio antes de la fijación de la audiencia oral. Todo el trámite anterior a esta audiencia se efectúa directamente entre los abogados de las partes, sin intervención del juez. El juez sólo interviene para resolver puntos exclusivamente de derecho.

Este proceso se inicia también con una fase escrita compuesta por la presentación de la demanda y su contestación, luego de lo cual se entra a una etapa anterior a la audiencia en la cual las partes entre sí, sin

intervención del juez, actúan directamente las pruebas, inclusive la testimonial. El juez únicamente interviene cuando entre las partes existe alguna discusión en derecho. Luego de esta etapa y una vez que todos los incidentes procesales han sido resueltos por el juez, muchos de los hechos han sido ya aceptados por ambas partes y descartados del conflicto, esto es, la materia del litigio se encuentra perfectamente definida, el juez convoca a la audiencia en la cual, previa revisión del proceso, decidirá sobre el caso.

El efecto más importante de la forma en que se lleva adelante este proceso oral es que el 90% o más de los conflictos no llegan a audiencia, puesto que las partes previamente a la misma llegan a un acuerdo transaccional.

Este segundo sistema es muy interesante puesto que con el mismo número de jueces, eventualmente podría descongestionarse la administración de justicia de nuestro país. Sin embargo, a la vez que nos alejaría del Proceso Civil Modelo para Iberoamérica, definitivamente, requeriría de una reforma y cambio de mentalidad mucho más complejos y a largo plazo.

Principalmente se debería cambiar la mentalidad de los abogados quienes tendrían la responsabilidad de llevar el proceso por sí solos, manteniendo el respeto, la cordura y la prudencia necesarios en las actuaciones conjuntas.

Por qué no pensar también en la posibilidad de implementar un sistema en que prevalezca el primero y se recojan elementos del segundo o viceversa y sobre todo este trámite sería el ideal para aplicarse al juicio de divorcio por mutuo consentimiento, ya que tiene las características favorables para que

ambos cónyuges lleguen a un acuerdo en todos los puntos litigiosos, como son el cuidado, manutención de los hijos, régimen de visitas, partición de la sociedad conyugal, entre otros. De implementarse este proceso, daríamos un paso agigantado en lo que tiene que ver a mejorar la aplicación de la justicia en nuestro país

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

Para la realización del presente trabajo de investigación jurídica, he considerado los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, es decir los procedimientos que permiten descubrir, sistematizar, diseñar, y ampliar nuevos conocimientos en el campo de la investigación científica, y que me ha servido para el desarrollo de la presente tesis jurídica.

5.1 Materiales Utilizados.

Este trabajo de investigación lo fundamenté de manera documental, bibliográfica y de campo, que al tratarse de una investigación de carácter jurídico, utilicé textos y materiales relacionados con el trámite del divorcio consensual, cuya finalidad de establecer un procedimiento oral que garantice los principios de celeridad y eficacia, relacionadas al problema de estudio.

Las fuentes bibliográficas fueron utilizadas según el avance y el esquema de búsqueda de información previamente establecido para la investigación, puedo mencionar que se utilizaron para la revisión de la literatura, como marco conceptual, diccionarios, enciclopedias, textos jurídicos, como fuente de información conceptual de los diferentes términos referentes a la temática de estudio. En cuanto a la doctrina, se utilizó libros de autores en jurisprudencia y del derecho, conocedores de la materia como lo es el divorcio consensual, que por su experiencia y sapiencia, permitieron conocer

sus ideas y criterios para fundamentar en el desarrollo de la investigación, proporcionándome conocimientos valiosos.

El uso del Internet, valioso por cierto, constituyó una fuente importante de consulta e investigación, permitiéndome encontrar la normativa adecuada, como doctrinaria en relación a la temática y la problemática propuesta en el proyecto de investigación.

5.2. Métodos.

En cuanto a los métodos a desarrollar, el presente trabajo de investigación socio-jurídico-familiar, utilicé el método científico, como el método más adecuado que me permitió llegar al conocimiento de los problemas familiares, como es, el divorcio de las personas, que se adhiera al derecho sustancial como tales aspectos de importancia, en relación directa con la realidad objetiva y real, es por ello que en el presente trabajo investigativo me apoyé en el método científico, como el método general del conocimiento, y otros.

Los métodos Inductivo y Deductivo; me permitieron conocer la realidad del problema a investigar partiendo desde lo particular para llegar a lo general, y segundo partiendo de lo general para a lo particular y singular del problema.

El Método Materialista Histórico; permite conocer el pasado del problema sobre su origen y evolución y así realizar una diferenciación con la realidad de las personas divorciadas respecto de sus garantías personales, como miembros de una sociedad, como de la familia que demanda de estas

instituciones, la mayor eficacia y celeridad para la sustanciación de los procesos de divorcio por mutuo consentimiento.

El Método Descriptivo; abarca la realización de una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema y así demostrar los problemas existentes en nuestra sociedad. El Método Analítico; me permitirá estudiar el problema enfocándolo desde el punto de vista social, jurídico, político y económico; y, analizar así sus efectos.

5.3. Procedimientos y Técnicas.

La observación, el análisis y la síntesis desarrolladas, me permitieron obtener la información sustancial para desarrollar la presente investigación, auxiliándome con técnicas adecuadas para la recolección de la información, tales como el fichaje bibliográfico; y que lo aplique en el desenvolvimiento de la doctrina y la normativa legal, además de las relaciones familiares, en lo que tiene que ver con el trámite de divorcio por mutuo consentimiento; concretando el proyecto de tesis en la temática planteada, lo que significa que el problema surgió de la intervención de las personas que desean divorciarse por mutuo consentimiento, con la realidad frente a la inoperancia del sistema procesal civil para trámites de divorcio, y con estos procedimientos pude lograr realizar el proyecto de tesis, con la aplicación de sus fases niveles y técnicas, que las detallo a continuación.

5.4. Fases.

Las fases utilizadas en el presente trabajo son la Sensitiva, Información Técnica, y la de Determinación, de la siguiente forma; la Fase Sensitiva, me

permitió palpar la realidad en el primer abordaje que ayudó a realizar el diagnóstico de la situación objeto de estudio; la Fase de Información Técnica, con la que pude obtener valiosa información mediante las encuestas realizadas a abogados en libre ejercicio de su profesión en la ciudad de Loja; posteriormente el nivel de conocimiento conceptual, específicamente en la fase de investigación participativa, con ella pude determinar la Problemática de mi tesis mediante la encuesta, la entrevista, y del diálogo, involucrándome en busca de alternativas de solución; y, por último la Fase de Determinación, con la cual delimité el problema de investigación, para descomponer la problemática en partes con la finalidad de darle un mejor tratamiento, y llegar al centro de los hechos mediante el razonamiento, y obtener una visión global de la realidad de estudio.

El nivel de conocimiento racional o lógico es decir la Fase de elaboración de modelos de acción, fue donde establecí las alternativas para coadyuvar al problema investigado, jerarquizando los problemas tanto inmediatos como mediatos, y luego organicé, planifiqué la alterativa de solución por lo que hice una propuesta de reforma que me permitió tener una mejor visión real y objetiva sobre la implementación del sistema oral en los procesos de divorcio por mutuo consentimiento, problemática que estoy investigando.

5.5. Técnicas.

Las técnicas utilizadas, fueron la de Observación, que me permitió obtener información correcta del objeto a investigar, la lectura científica, análisis de contenidos que permitieron la información necesaria para la estructura de la

investigación, de diálogo, a través de la cual, pude lograr interrelacionar con los abogados en libre ejercicio de su profesión; la técnica de la Entrevista, la que se desarrolló de una manera directa con diez profesionales como Abogados y Doctores en jurisprudencia, así como de los Funcionarios y Empleados de la Corte Provincial de Justicia de Loja, para obtener información sobre aspectos importantes sobre la implementación de la oralidad en la sustanciación de los procesos de divorcio por mutuo consentimiento para la reforma de los Arts.107 y 108 del Código Civil a fin de cumplir con los principios de celeridad y eficacia, y, por último la técnica de la Encuesta, con la cual diseñé el formulario de preguntas, que luego se aplicó a profesionales entre ellos del Derecho, y a Empleados y Funcionarios Judiciales y Administrativos, mismas que me proporcionaron información precisa de la problemática como objeto de estudio.

6. RESULTADOS.

6.1. Análisis Y Presentación de Los Resultados de las Encuestas.

La presente investigación jurídica, desarrollada de conformidad al proyecto de investigación, que dentro de su contexto, como lo es un marco teórico y jurídico adecuado en el campo conceptual, doctrinario y normativo, tomando como estudio la problemática planteada, se hace relevante la necesidad de garantizar los principios de celeridad y oral en el trámite del divorcio consensual cuya finalidad de establecer un procedimiento ágil y eficaz; así mismo, como parte de la investigación a desarrollarse, el campo de investigación planteado, se lo ha hecho en base a los instrumentos y medios, estuvo dirigida mediante la aplicación de 30 encuestas 10 y entrevistas, estructurada sobre los principales aspectos de la problemática en estudio, así como de los objetivos e hipótesis; y que fuera contestada por profesionales del Derecho.

Cumpliendo con la metodología de trabajo trazada en el proyecto de investigación, al desarrollar este tipo de metodología aplicable en la realidad jurídica, orgánica, social y ante todo económica; han sido considerados los profesionales del Derecho, así como a Funcionarios Judiciales y Administrativos; resultados logrados a través de las preguntas planteadas, ésta se desarrollo de la siguiente forma:

ENCUESTAS:

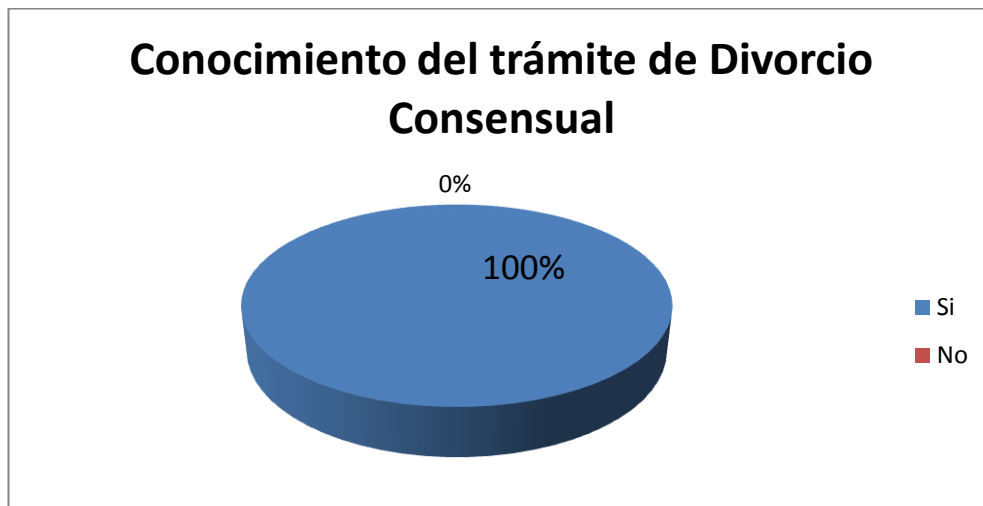
PRIMERA PREGUNTA

1.- ¿Conoce Usted cuál es el trámite establecido para el divorcio por mutuo consentimiento?

CUADRO N°1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100

GRÁFICO N°1



Fuente: Abogados, Funcionarios Judiciales, Sociedad
Investigadora: Guaya Valle Eugenia Janeth

INTERPRETACIÓN:

A la primera pregunta, de los treinta encuestados, en su totalidad manifiestan conocer el trámite establecido para el divorcio por mutuo consentimiento, que equivale al 100%; lo cual representa el total de la muestra.

ANÁLISIS:

El trámite de divorcio por mutuo consentimiento, es frecuentemente utilizado por las personas para disolver su vínculo matrimonial, cuando de común acuerdo han llegado a la determinación de divorciarse, es por ello, que este trámite procesal es conocido y del dominio de los profesionales del derecho como son los abogados en libre ejercicio de su profesión, así como los funcionarios de la Corte Provincial de Justicia de Loja, por ello es menester reformar este trámite procesal para una mejor operatividad de la justicia y dando cumplimiento a los principios constitucionales de celeridad y eficacia.

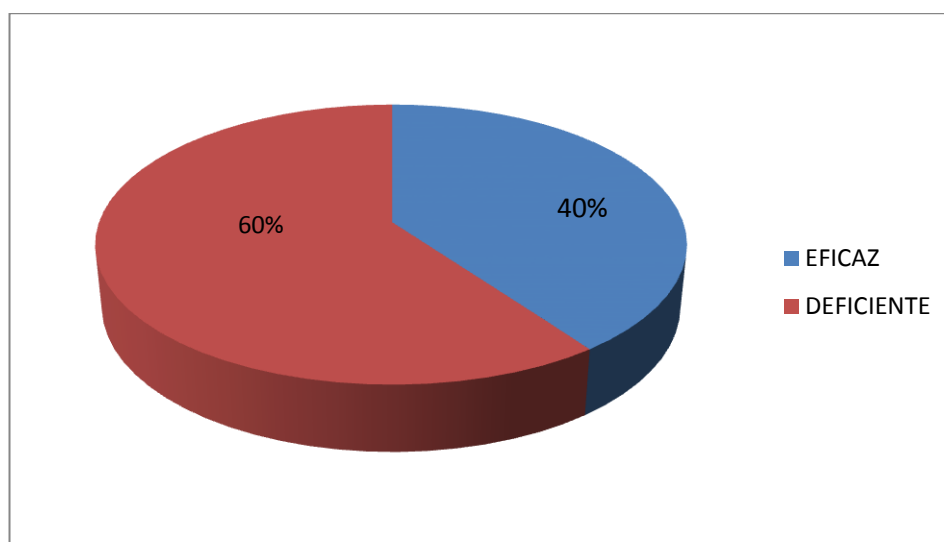
SEGUNDA PREGUNTA

2.- ¿Cómo considera Usted al trámite del divorcio por mutuo consentimiento, respecto de la frecuente falta de acuerdo respecto a tenencia, cuidado y manutención de los menores?

CUADRO N°2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
EFICAZ	12	40%
DEFICIENTE	18	60%
TOTAL	30	100

GRÁFICO N°2



Fuente: Abogados, Funcionarios Judiciales, Sociedad
Investigadora: Guaya Valle Eugenia Janeth

INTERPRETACIÓN:

De los treinta encuestados 12 de ellos manifiestan que el trámite establecido para el divorcio por mutuo consentimiento es eficaz, lo cual representa el 40%, mientras que, 18 de los interrogados, responde que dicho trámite es deficiente que equivale al 60% del total de la muestra.

ANÁLISIS:

Si bien es cierto que este trámite conforme está establecido en el Código Civil es medianamente eficaz, porque si tomamos en consideración las disposiciones constitucionales de la implementación del sistema oral en la sustanciación de todos los procesos, es necesario armonizar lo dispuesto en el Código Civil con la Constitución, para lograr de esta manera una mayor celeridad y eficacia para estos trámites.

TERCERA PREGUNTA

3.- ¿Considera usted que el actual trámite de divorcio por mutuo consentimiento establecido en los Arts. 107 y 108 del Código Civil, no cumple con los principio de celeridad y eficacia del procedimiento oral, que se debe aplicar en forma obligatoria a la sustanciación de todos los procedimientos por disposición del Art. 168 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador?

CUADRO N°3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93%
NO	2	7%
TOTAL	30	100

GRÁFICO N°3



Fuente: Abogados, Funcionarios Judiciales, Sociedad
Investigadora: Guaya Valle Eugenia Janeth

INTERPRETACIÓN

De los encuestados 28 responden a la tercera pregunta que es verdad que la actual disposición del Código Civil referente al trámite de divorcio por mutuo consentimiento no cumple con los principios de celeridad y eficacia establecidos en la Constitución de la República, lo cual equivale a un 93%, en tanto 2 de los encuestados consideran que la actual disposición del Código Civil si está acorde con las normas constitucionales que corresponde a un 7 % del total de la muestra.

ANÁLISIS:

Según los principios constitucionales ninguna norma o ley inferior pueden estar en la oposición con las disposiciones de la carta fundamental debido a la supremacía de esta, es por ello que de manera urgente es necesaria la reforma para este trámite por cuanto se torna inconstitucional en la forma

como está establecido y vulnera los derechos de los ciudadanos por cuanto le resta eficacia y celeridad al proceso.

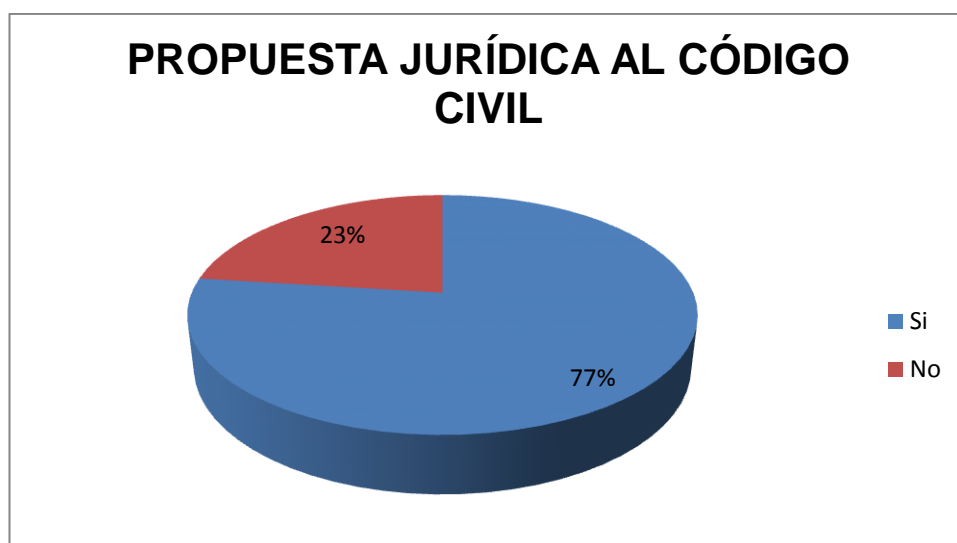
CUARTA PREGUNTA

4.- ¿Considera necesario realizar una Propuesta de Reforma Jurídica al Código Civil, tendiente a implementar el procedimiento oral en el Divorcio Consensual como garantía de los principios procesales de celeridad y eficacia?

CUADRO N°4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	23	77
NO	7	23
TOTAL	30	100

GRÁFICO N°4



Fuente: Abogados, Funcionarios Judiciales, Sociedad
Investigadora: Guaya Valle Eugenia Janeth

INTERPRETACIÓN:

De los encuestados 23 de ellos que equivalen al 77%, opinan que si es necesario realizar una reforma en el Código Civil en el trámite de divorcio por mutuo consentimiento, para mejorar la eficacia de este procedimiento, mientras tanto 7 de los interrogados contestan que dicho trámite no precisa de reforma alguna, que corresponden al 23% del total de encuestados.

ANÁLISIS:

Es necesario reformar los Arts. 107 y 108 del Código Civil, para lograr una mejor operatividad de la justicia y así evitar el estancamiento de los trámites de los procesos, sobre todo los de divorcio por mutuo consentimiento que por el mismo hecho que no son contenciosos el procedimiento debería ser más ágil, acortándose los términos, para que un proceso concluya con la mayor celeridad y eficacia posible.

6.2. Análisis y Presentación de los Resultados de las Entrevistas.

Continuando con el cronograma establecido para el desarrollo de mi tesis de grado, procedí a realizar diez entrevistas a Abogados y Doctores en Jurisprudencia en libre ejercicio de su profesión, como a funcionarios y empleados de los Juzgados Civiles de la Corte Provincial de Justicia de Loja, las mismas que se contienen en tres interrogantes, debidamente elaboradas,

quienes respondieron de acuerdo a su conocimiento, y todas relacionadas al tema y la problemática propuesta en el proyecto de investigación, de los cuales realizaré el análisis que corresponde:

PRIMERA PREGUNTA

1.- En su elevado criterio, ¿Cuáles serían las deficiencias que presenta el trámite de divorcio por mutuo consentimiento, respecto de los principios procesales de celeridad y eficiencia?

ANÁLISIS:

De la entrevista realizada a jurisperitos, como a los abogados en libre ejercicio profesional, hacen referencia que las principales deficiencias que presenta el actual trámite de divorcio por mutuo consentimiento es la falta de eficacia y celeridad en este tipo de procesos, por cuanto conforme está establecido dicho proceso resulta inoperante por falta de la aplicación de estos principios o también debido al exceso de trabajo que se presenta en los juzgados, para lo cual debería crearse más juzgados, con personal capacitado que cumpla con eficacia y responsabilidad el trabajo a ellos encomendado

2.- Considera Usted que en la mayoría de demandas de divorcio consensual, no existe un real acuerdo entre los cónyuges referente al cuidado, tenencia y manutención de los hijos.

ANÁLISIS:

Del criterio vertido por los entrevistados, como de los funcionarios y empleados de la Corte Provincial de Justicia de Loja, se considera que si existe en su mayoría acuerdo entre los cónyuges, ya que desean dar por terminado el vínculo matrimonial, y entre ellos existe un previo acuerdo, pero sí se da un considerable porcentaje de personas que llegan al mutuo acuerdo de divorciarse sin importarles la situación que los hijos van a quedar, frente a esto es necesario que se establezca en el art. 107 del Código Civil la obligación de que con la demanda se adjunte un documento notariado en el que conste el acuerdo de quien va a quedar con la guarda de los hijos, y lo relativo a los bienes de la sociedad Conyugal.

3.- En una propuesta de reforma al Código Civil tendiente en lo principal a garantizar la eficiencia y celeridad del trámite del divorcio consensual al establecer un procedimiento oral de audiencia única, ¿Qué otros aspectos deberían tenerse en cuenta?

ANÁLISIS:

Los entrevistados supieron manifestar entre otros aspectos que se deben tomar en cuenta en una propuesta de reforma al Código Civil es que se oriente psicológicamente a los padres con los hijos, ya que estos son los que más sufren las consecuencias, así como la correcta formación en valores

para su vida, y una buena comunicación con los hijos, la comprensión, con ello puede conllevar a la eliminación de la violencia intrafamiliar que puede darse en la familia.

7. DISCUSIÓN.

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Una vez que he concluido el presente trabajo de investigación, tanto bibliográfico, marco teórico, y de campo, con la aplicación de las encuestas y entrevistas, aplicadas a distinguidos abogados, podemos llegar a establecer y determinar la verificación y el cumplimiento de los siguientes objetivos tanto general como específicos, planteados y propuestos en el presente proyecto investigativo.

Objetivo General

Realizar un estudio jurídico 107, 108 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008

De acuerdo a los resultados de las encuestas, podemos determinar que el objetivo general se cumple, una vez realizado el estudio jurídico, doctrinario al trámite de divorcio consensual establecido en los Arts. 107 Y 108 del Código Civil, en cuanto a lo que se refiere a la aplicación del principio de oralidad observando los principios de celeridad y eficacia establecidos en la Constitución de la República, si bien es cierto que se aplica el principio de oralidad a través de la audiencia de conciliación, pero el plazo la realización de dicha audiencia es excesivo, ya que si se trata de un trámite consensual

es necesario que sea reducido para dar una verdadera celeridad y eficacia a este trámite.

Objetivos específicos:

1) Determinar las deficiencias del actual trámite de divorcio consensual, en lo referente a la celeridad y eficacia y economía procesal.

Mediante el trabajo bibliográfico y de campo realizado, hemos podido determinar que pese a ser en parte oral el trámite del divorcio consensual, le falta eficacia por cuanto, muchas veces en la audiencia no se llega a un acuerdo en cuanto a lo económico, manutención y cuidado de los hijos menores, y es por ello que el juez, abre la causa a prueba y se alarga este proceso, siendo lo ideal que en la misma audiencia se resuelvan estos asuntos y se dicte sentencia , pero para ello, se necesita que de antemano los cónyuges previo a presentar la demanda se pusieren de acuerdo en la situación que van a quedar los hijos menores de edad como un requisito que debe acompañar a la demanda, pero esto solo sería posible con la reforma a este trámite para el divorcio consensual.

2) Establecer un estudio integral del sistema oral, en cuanto a su implementación en el trámite de divorcio consensual.

En el desarrollo de la presente investigación, en el aporte de literatura como en la investigación de campo, se puede establecer que el sistema oral aplicado en el procedimiento civil, es tan antiguo como el derecho mismo, se ha venido practicando a lo largo de la historia en diferentes países, en nuestro país es nueva su aplicación, pero ya se está aplicando en la mayoría

de trámites, en el caso de divorcio por mutuo consentimiento, ya es aplicado, pero de la forma como está establecido en nuestro Código Civil carece de eficacia y Celeridad,

3) Realizar una Propuesta de Reforma Jurídica al Código Civil, Ecuatoriano en actual vigencia, que garanticen el Divorcio Consensual los principios procesales de celeridad y eficacia.

Es necesario que el Estado a través de su cuerpo normativo de leyes y en especial a través del Código Civil, que es el que regula las relaciones familiares, sobre todo cuando se trata de dar poner fin al contrato matrimonial, que afecta la familia como base de la sociedad, es necesario que sea revisado para optar por cambios procedimentales tendientes a mejorar la administración de justicia observando los principios de celeridad y eficacia

7.2.- CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

“El actual trámite de divorcio por mutuo consentimiento establecido en los Arts. 107 y 108 del Código Civil Ecuatoriano, no cumple con los principios de celeridad y eficacia y economía procesal determinados en el Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008”

Es imperativa la necesidad de reformar el trámite del divorcio por mutuo consentimiento para lograr una mejor administración de justicia, si tomamos en consideración lo dispuesto en los principios constitucionales, los que determinan que todos los trámites deben sustanciarse en forma oral, observando los principios de eficacia y celeridad, por ello es necesario

reformular, no solo el plazo para que se efectúe la audiencia de conciliación en el trámite de divorcio consensual si no también la forma de realizarse el acuerdo para el cuidado, manutención de los hijos menores, y de los bienes de la sociedad conyugal, tomando en consideración que todo el trámite debería ser por mutuo acuerdo entre cónyuges.

7.3. Fundamentos Jurídicos, Doctrinarios que Sustentan La Reforma.

La necesidad de implementar el procedimiento oral para el divorcio consensual se fundamenta, en el mandato constitucional del Art. 168 numeral 6 que expresa: “La sustanciación de todas las materias instancias, etapas y diligencia se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración y dispositivo.” Y también en el Art.169 de la misma Carta Suprema que expresa: “El sistema procesal es el medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades” Para que sea eficaz la administración de justicia , sobre todo para lograr la agilidad en el trámite de divorcio por mutuo consentimiento, deberían garantizarse los principios de celeridad y eficacia, además de que se efectivice el trámite de divorcio consensual con la obligación de anunciar las prueba o documentos referente al haber social de sociedad conyugal, el número de hijos y en especial el acuerdo en lo referente a las situación de los menores con lo que

se agilizará el trámite y se evitará que se presente demandas que no se prosigan.

Además de la reforma al trámite procesal debería incrementarse obligatoriamente terapias psicológicas para los hijos menores de las personas que deseen divorciarse, por cuanto el divorcio no sólo constituye la ruptura de un vínculo jurídico sino también de un vínculo familiar, emocional, que afecta a todos sus miembros, por tanto resulta primordial, incrementar la protección jurídica sobre todo para los menores de edad que muchas de las veces son los más perjudicados.

8.- CONCLUSIONES.

Luego de haber culminado el presente trabajo con sustento en el desarrollo del marco teórico y en la investigación de campo, nos permitimos presentar las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- El matrimonio es un contrato sui géneris, único en su especie, cuyos fines son los de procrear, auxiliarse mutuamente y la vida en común. Cuando estos fines no pueden ser cumplidos, la ley ha determinado varias formas de terminarlo, siendo la más común, el divorcio.

SEGUNDA.- El matrimonio es una de las instituciones jurídicas del Derecho de Familia más protegida, ya que éste, como base fundamental de la familia, constituye a la vez la base de la Sociedad.

TERCERA.- Las principales formas de terminación del matrimonio que se aplican en nuestra sociedad, es la de divorcio por mutuo consentimiento, siendo el plazo establecido en el Código Civil Art. 108 muy extenso, razón por la cual debería realizarse una reforma legal a esta disposición, que permita disminuir el plazo de dos meses a un mes.

CUARTA.- La principal causa para que se dé la desintegración familiar y por ende el matrimonio, es el factor económico, ya que si no existen los recursos económicos indispensables para la subsistencia, comienzan los inconvenientes matrimoniales que culminan con el divorcio, es por eso que es necesario que el Estado, con la finalidad de mantener la unidad familiar, cree fuentes de trabajo que permitan a la sociedad mejorar su subsistencia.

QUINTA.-Que el procedimiento oral es el más antiguo procedimiento del derecho, que se ha ido perfeccionando y evolucionando con la sociedad, es uno de los procedimientos más eficaces pues permite a las partes tener contacto con el juez, este valora sus actuaciones y la prueba presentada, y da lugar a una economía procesal, por tal razón es indispensable el reformar el trámite para la sustanciación de los divorcios por mutuo consentimiento.

SEXTA.- Creo que si la vida en común dentro del matrimonio no es posible, ya sea por factores económicos o de cualquier otra índole, la pareja debería recurrir a una de las formas más viables para su terminación, como lo es la del divorcio consensual establecido en el Código Civil Art. 107, pero que con el fin de que se cumplan los principios de inmediación, celeridad y eficacia, en la administración de justicia, se reforme el Art. 108 del Código Civil, a fin de que los plazos se corten dadas ciertas circunstancias.

9. RECOMENDACIONES.

Al finiquitar el presente trabajo, procedo a formular las siguientes recomendaciones:

PRIMERA.- Que el Estado ecuatoriano, con el fin de garantizar a la familia los recursos necesarios para su subsistencia, cree fuentes de trabajo para que los miembros que lo conforman obtengan los recursos económicos que le permitan obtener su vivienda, su alimentación y vestuario. Solamente así se lograría la unidad familiar y como consecuencia el desarrollo de la sociedad.

SEGUNDA.- Que es Estado ecuatoriano a través de los espacios libres que tienen en la televisión, prensa y radio, así como a través del Ministerio de Educación, realice campañas y de cursos de concientización prematrimonial y matrimonial a fin de que se rescaten los principios básicos de la familia como es el de la unión, la convivencia y la fidelidad, solamente así se logrará reducir el alarmante índice de disolución familiar y matrimonial.

TERCERA.- Que con el fin de que matrimonio se encuentran predeterminados en la legislación civil, que capacite a la pareja sobre lo importante de la institución, los efectos que está genera en la sociedad y la forma como llevarlo adelante, solamente así, lograremos que se reduzca el alarmante crecimiento de disolución de este contrato.

CUARTA.- Que con el fin de determinar las causas principales que conllevan a la desintegración familiar, el Ministerio de Inclusión Económica Social (M.I.E.S.), las Facultades de Jurisprudencia de las universidades del país, las Escuelas de Trabajo Social y todas las instituciones a fines realicen un censo nacional que permitan encontrar las soluciones a estos problemas nacionales, a fin de conseguir el fortalecimiento de la unidad familiar.

QUINTA.- Que la Asamblea Nacional, con el fin de cumplir con los principios constitucionales de inmediación, celeridad y eficacia en la administración de justicia, introduzca una reforma legal al Art. 108 del Código Civil, a fin de que el plazo de dos meses de espera establecido para la audiencia de conciliación, cuando los cónyuges han decidido divorciarse por mutuo acuerdo, se reduzca a quince días cuando los cónyuges no tengan bienes patrimoniales ni hayan procreado descendencia y si tienen hijos menores este plazo sea de un mes..

9.1- PROPUESTA DE REFORMA.

ASAMBLEA NACIONAL

C O N S I D E R A N D O:

Que: es indispensable armonizar las normas jurídicas que consagran en el ejercicio del derecho, el trámite para el divorcio consensual, con la finalidad de establecer un procedimiento oral que garantice los principios de celeridad y eficacia, y actualizar y mejorar algunas disposiciones legales, del Código Civil para que este derecho sea justo y equitativo para quienes sientan afectados en este clase de divorcio.

Que: la Constitución de la República del Ecuador, es el conjunto de reglas fundamentales que organizan la sociedad, estableciendo la autoridad y el cumplimiento de garantías de las personas, en especial de su desarrollo personal.

Que: el actual Código Civil establece el trámite para el divorcio, sobre todo el divorcio por mutuo consentimiento, es necesario que observe los principios de eficacia y celeridad

En uso de las atribuciones que le concede el Art. 120, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, en su calidad de máximo órgano de decisión; y en ejercicio de sus atribuciones:

E X P I D E

LA SIGUIENTE LEY REFORMATORIA AL:

CÓDIGO CIVIL

Art. 1- En el Libro I de las Personas, en el párrafo 2do. Del título III DEL MATRIMONIO, agréguese lo siguiente:

LIBRO I

DE LAS PERSONAS

PARÁGRAFO 2DO.

DE LA TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO

Art...Agréguese al Art. 107 al numeral tres un inciso que diga:
“En caso de tener hijos menores de diez y ocho años, se adjuntará un documento notariado y suscrito por los cónyuges, en el que se acuerde la situación en que van a quedar dichos menores en lo que se refiere a educación, cuidado, alimentación y sostenimiento. Y de los bienes habidos en la sociedad conyugal. Sin este acuerdo no podrá aceptarse a trámite la demanda.

Art..... Agréguese al inciso primero del Art. 108 después de la palabra “plazo” la siguiente frase “de un cuarenta y cinco días, en

caso de que tengan bienes e hijos menores de edad o niño o niña Adolescente y de cinco días en caso de no tener hijos ni de haber bienes en la sociedad conyugal”

ARTICULO FINAL.- Esta Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial. Dado en el distrito Metropolitano en la ciudad de Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los.... días del mes de..... del 2015

.....

PRESIDENTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL

.....

SECRETARIA

10.- BIBLIOGRAFIA.

- ALESSANDRI, Arturo, **DERECHO CIVIL: DE LOS CONTRATOS**, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá-Colombia 1983.
- ARAGONESES Pedro, **PROCESO Y DERECHO PROCESAL**, 1era. Edición, Editorial AGUILAR, Madrid-España 1960.
- BORDA Guillermo, **TRATADO DE DERECHO CIVIL: DERECHOS REALES**, Vol. 1, 3era Edición, Editorial PERROT, Buenos Aires-Argentina.
- CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL**, 25ª Edición, Tomo I-VIII, Editorial HELIESTA, Año de Publicación 1997, Buenos Aires-Argentina.
- **CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Tomo I Serie Profesional, Actualizado a abril del 2011, Quito-Ecuador.
- **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a Marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador.
- CREUS, Carlos, Derecho Procesal Civil, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 129)
- JAPIOT, René. *Traité Elementar de Procédure Civile et Commerciale*. Recessau París, 1
- LARREA, Holguín Juan, Derecho de Familia, XII Edición ,pág126

- Ley Contra la Violencia de la Mujer y la Familia, Ley 103, R.O.839,11 de diciembre de 1995
- OSSORIO Manuel, **DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES**, Editorial HELIASTA, Año de Publicación 2002.
- PARRAGUEZ RUÍZ Luis, **MANUAL DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO: PERSONAS Y FAMILIA**, Vol. II, 6ta Edición, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador 2005.
- RAMÍREZ Juan, **DICCIONARIO JURÍDICO**, 8va Edición, Vol. 6 de la Colección Dicciones, Editorial CLARIDAD, Año de Publicación 1976, Buenos Aires-Argentina.

11. ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

En el desarrollo de mi tesis intitulada: “ESTUDIO JURÍDICO” A LOS ARTS.107 Y 108 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO EN ACTUAL VIGENCIA, Y ART. 169 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR” “PROPUESTA DE REFORMA”, le solicito muy respetuosamente responder la siguiente:

ENCUESTA

1.- ¿Conoce Usted cuál es el trámite establecido para el divorcio por mutuo consentimiento?

Si ()

No ()

Explique

.....

2.- ¿Cómo considera Usted al trámite del divorcio por mutuo consentimiento, respecto de la frecuente falta de acuerdo respecto a tenencia, cuidado y manutención de los menores?

Eficaz () Deficiente ()

¿Por qué?

.....

3.-¿Considera usted que el actual trámite de divorcio por mutuo consentimiento establecido en los Arts. 107 y 108 del Código Civil, no cumple con los principio de celeridad y eficacia del procedimiento oral, que se debe aplicar en forma obligatoria a la sustanciación de todos los procedimientos por disposición del Art. 168 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador?

Si ()

No ()

¿Por qué?

.....

4.- ¿Considera necesario realizar una Propuesta de Reforma Jurídica al Código Civil, tendiente a implementar el procedimiento oral en el Divorcio Consensual como garantía de los principios procesales de celeridad y eficacia?

Si ()

No ()

¿Por qué?

.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

En el desarrollo de mi tesis intitulada “ESTUDIO JURÍDICO” A LOS ARTS.107 Y 108 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO EN ACTUAL VIGENCIA, Y ART. 169 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR” “PROPUESTA DE REFORMA”, le solicito respetuosamente responder la siguiente:

ENTREVISTA

1.- En su elevado criterio, ¿Cuáles serían las deficiencias que presenta el trámite de divorcio por mutuo consentimiento, respecto de los principios procesales de celeridad y eficacia?

.....

2.- ¿Considera Usted que en la mayoría de demandas de divorcio consensual, no existe un real acuerdo entre los cónyuges referente al cuidado, tenencia y manutención de los hijos?

.....

.....

.....

3.- En una propuesta de reforma al Código Civil tendiente en lo principal a garantizar la eficiencia y celeridad del trámite del divorcio consensual al establecer un procedimiento oral de audiencia única, ¿Qué otros aspectos deberían tenerse en cuenta?

.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TEMA: “ESTUDIO JURÍDICO” A LOS ARTS.107 Y 108 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO EN ACTUAL VIGENCIA, Y ART. 169 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR” “PROPUESTA DE REFORMA”

AUTORA:

Tesis previa a la
obtención del título de
Abogada

GUAYA VALLE EUGENIA JANETH.

Loja - Ecuador

2014

a).- TEMA:

“ESTUDIO JURÍDICO” A LOS ARTS.107 Y 108 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO EN ACTUAL VIGENCIA, Y ART. 169 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR” “PROPUESTA DE REFORMA”

b).- PROBLEMÁTICA:

Nuestra actual Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. Nro. 449 del 20 de octubre del año 2008, en el Art.169 entre los principios que rigen el sistema procesal están la eficacia y la celeridad, y economía procesal

La presente problemática parte de algunas deficiencias que presenta el actual trámite de divorcio por mutuo consentimiento cuando los consortes dan procuración judicial a los profesionales del derecho:

Falta de Celeridad: El Art, 108 del Código Civil establece que una vez presentada la demanda de divorcio por los cónyuges, transcurrirá un plazo de dos meses, lo cual dilata la sustanciación del procedimiento de una forma innecesaria. Afectando el sistema procesal.

Falta de Eficacia: En la demanda de divorcio consensual, debe establecerse como es en el procedimiento oral que en la audiencia se anuncie la prueba y todos los documentos habilitantes que comprueben los

bienes de la sociedad conyugal y número de hijos, y además que por medio de instrumento privado se presente un acuerdo entre los cónyuges referente a la manutención de los hijos (alimentos), tenencia y régimen de visitas, con el finalidad de que realmente se trate de un trámite consensual en todo sentido de la palabra.

Para obviar todo el lapso innecesario es preciso que se establezca una sola audiencia, con la que se evacuen las pruebas y se resuelva todo lo relacionado a los menores.

Mala utilización de la figura legal: En nuestro medio se han dado muchos asuntos en los cuales se presenta la demanda de divorcio consensual y los solicitantes no concluyen el trámite debido, a que el proceso se vuelve muy largo, con este tipo de procedimiento especiales.

El trámite oral en cuanto a la alimentación, estudio, salud, transporte y vivienda, referente a la situación de los menores, no solo se agiliza el trámite, sino que se garantiza que las demandas de divorcio consensual sean sentenciadas en menor tiempo, cumpliendo con lo que determina la Constitución de la República del Ecuador además se afecta el principio superior del niño cuando hay hijos por medio.

c).- JUSTIFICACIÓN.

Es necesario proponer una reforma a los Arts. 107 y 108 del Código Civil que establecen el trámite del divorcio consensual, porque afecta el sistema procesal especialmente a los principios de celeridad y eficacia, y economía procesal de gran trascendencia, en la actualidad y relevancia, de acuerdo a los siguientes puntos:

ACADÉMICA

Se encuadra dentro del tema propuesto y enmarcado dentro del Derecho Privado y específicamente en el Derecho sustantivo Civil, y es de gran relevancia y de actualidad su investigación en mi alineación como profesional del Derecho, debido a que la realización del proyecto de tesis de carácter generativo, me permitirá aportar en la evolución del ordenamiento jurídico del país especialmente a la celeridad.

SOCIO-JURÍDICA

La indagación de tema se justifica desde el punto de vista social, porque se ha enraizado una costumbre en nuestra sociedad, el cual es proponer demandas de divorcio consensual, pero debido al trámite demasiado extenso, los procesos quedan abandonados por parte de los actores, las mismas que en la mayoría de los casos se separan sin llegar a tener una sentencia.

A partir la perspectiva jurídica, la presente proyecto de investigación es de gran relevancia, pues al ser el divorcio consensual un trámite de jurisdicción voluntaria, es decir sin contradicción, debe ser ágil y eficaz, lo cual no

sucede con el actual trámite establecido en el Código Civil, debido principalmente a que existe un plazo innecesario afectando la celeridad.

La necesidad de establecer un procedimiento oral radica en lo que determina la Constitución de la República del Ecuador Art. 168 numeral 6.

El presente proyecto de tesis es de factible investigación, debido a que existen las diferentes fuentes de acopio de información, tanto teórica (Libros, Códigos, Leyes, Revistas e Internet) como empírica.

El proyecto de tesis implementará una Propuesta de Reforma Jurídica al Código Civil, que establecerá celeridad y la economía procesal de audiencia única al trámite de divorcio consensual o mutuo consentimiento.

d).- OBJETIVOS.

Objetivo General:

Estudio jurídico los Arts. 107, 108 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008”

Objetivos específicos:

1.- Determinar las deficiencias del actual trámite de divorcio consensual, en lo referente a la celeridad y eficacia y economía procesal

2.- Establecer un estudio integral del sistema oral, en cuanto a su implementación en el trámite de divorcio consensual.

3.- Realizar una Propuesta de Reforma Jurídica al Código Civil Ecuatoriano en actual vigencia, que garanticen el Divorcio Consensual los principios procesales de celeridad y eficacia.

e).- HIPÓTESIS:

“El actual trámite de divorcio por mutuo consentimiento establecido en los Arts. 107 y 108 del Código Civil Ecuatoriano, no cumple con los principio de celeridad y eficacia y economía procesal determinados en el Art. 169 de la de la Constitución de la República del Ecuador del 2008”

f).- MARCO TEÓRICO.

Para concebir la presente problemática de este proyecto es imperioso partir de la Constitución de la República del Ecuador, la cual establece en el Art. 168 y 169.

“Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.

2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera.

3. *En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.*

4. *El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales.*

5. *En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley.*

6. *La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.*

Art. 169.-*El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.*²²

Por mandato constitucional se dispone que todos los trámites en todas las materias e instancias se realicen mediante el sistema procesal oral, lo cual es un proceso de lenta modificación de los cuerpos normativos de derecho adjetivo. Y no podía ser la excepción el trámite de divorcio consensual.

Para comprender lo que es el divorcio primeramente debemos determinar lo que es el matrimonio según la definición que nos da el Código Civil en su

²² **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a Marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, Pág. 91.

Art. 81: *“Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente.”*²³

El matrimonio es una de las instituciones jurídicas más antiguas de la humanidad y su fin es formar la familia, que es la célula fundamental de la sociedad.

El Dr. Arturo Alessandri en su obra DERECHO CIVIL DE LOS CONTRATOS, manifiesta que el contrato es: *“Si la convención, esto es, el acuerdo de las voluntades de dos o más personas, destinado a producir un efecto jurídico, tiene por objeto crear obligaciones, toma el nombre de contrato, por lo que puede definirse este como “el acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones” cualquiera otro acto jurídico que no tenga este objeto, no es contrato, aunque se trate de un acto jurídico bilateral o convencional; por eso el pago aunque es una convención ya que nace del concurso de las voluntades del deudor y del acreedor que recibe, no es contrato porque no tiene como objeto crear obligaciones, sino extinguirlas; de la misma manera la tradición aunque requiere el concurso de las voluntades del tradente y del adquirente no es un contrato porque no crea obligaciones.”*²⁴

El matrimonio es un contrato pues se requiere primeramente la manifestación de libre y espontaneo consentimiento de los contrayentes, lo cual es característico en toda convención, pero lo que lo constituye en

²³ **CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Tomo I Serie Profesional, Actualizado a abril del 2010, Quito-Ecuador, Pág. 18.

²⁴ ALESSANDRI, Arturo, **DERECHO CIVIL: DE LOS CONTRATOS**, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá-Colombia 1983, Pág. 6.

contrato es que nacen obligaciones entre los cónyuges de carácter personal como el deber de guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente y patrimonial derivado de la sociedad conyugal. Además en un contrato solemne es decir requiere del cumplimiento de ciertas formalidades, tales como celebrarse ante el Jefe de Registro Civil, con la presencia de dos testigos y que los contrayentes no padezcan de impedimentos legales para su celebración.

Según del Dr. Luis Parraguez Ruiz en su MANUAL DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO: *“El matrimonio es una institución de la que arrancan numerosas y trascendentes consecuencias jurídicas que no son sino un reflejo de la complejidad de esta fórmula social, en la que se combinan los más puros afectos con los más fríos intereses patrimoniales.”*²⁵

Los efectos que produce el matrimonio son de carácter personal y patrimonial, en el ámbito personal genera derechos y obligaciones recíprocas entre los consortes y establecen en el ámbito patrimonial la sociedad conyugal.

El matrimonio puede terminar de cuatro formas: 1) Muerte de uno de los cónyuges, 2) Sentencia ejecutoriada que declare la nulidad, 3) Sentencia que conceda la posesión definitiva de los bienes del desaparecido y 4) Por divorcio.

Divorcio según Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual es:

²⁵ PARRAGUEZ RUÍZ Luis, **MANUAL DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO: PERSONAS Y FAMILIA**, Vol. II, 6ta Edición, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador 2005, Pág. 7.

“Del Latín divortium, del verbo divertere, separarse, irse cada uno por su lado; y, por antonomasia, referido a los cónyuges cuando así le ponen fin a la convivencia y al nexo de consortes. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido, viviendo ambos esposos.”²⁶

El divorcio es la forma legal para disolver el vínculo matrimonial existente entre los cónyuges y también disuelve la sociedad conyugal que se originó con el matrimonio.

El divorcio en la legislación civil ecuatoriana es de dos clases, el divorcio contencioso, en el cual uno de los cónyuges partes demanda al otro por alguna de las causales previstas en el Art. 110 del Código Civil tales como la sevicia y el abandono injustificado por más de un año ininterrumpidamente.

La segunda clase de divorcio es el denominado consensual o por mutuo consentimiento el cual tiene un trámite especial establecido en los Arts. 107 y 108 del Código Civil:

*“**Art. 107.-** Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges:*

1o.- Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio;

²⁶ CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL**, 25ª Edición, Tomo III D-E, Editorial HELIASTA, Año de Publicación 1997, Buenos Aires-Argentina, Pág. 291.

2o.- *El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y,*

3o.- *La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos.*

Art. 108.- *Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.*

En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos. Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad - litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos.

Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:

1a.- *A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad;*

2a.- *Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan;*

- 3a.- *No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan;*
- 4a.- *Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualesquiera de los motivos señalados en el Art. 110;*
- 5a.- *El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad; y,*
- 6a.- *En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 393, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a solicitud del ministerio*

público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si tales personas carecen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia.

El cobro de tal pensión se hará por apremio en la forma determinada por el juez.

La sentencia, en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible del recurso de apelación, pero solo en el efecto devolutivo.

El juez podrá, en todo tiempo, modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos, aún cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para reformarla. Esta providencia será también susceptible del recurso de apelación, que se lo concederá igualmente, sólo en el efecto devolutivo. El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común.

Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos.

El guardador tiene la obligación de rendir cuentas anuales documentadas del ejercicio de su guarda.”²⁷

²⁷ Ob. Cit., **CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Págs. 23 y 24.

Según se denota de las dos normas jurídicas citadas el actual procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento tiene las siguientes deficiencias:

1.- El plazo de dos meses establecido en el Art. 108 del Código Civil es innecesario y dilata la sustanciación del trámite.

2.- Como está establecido el trámite se denota que se ha legislado el caso en que no exista acuerdo entre los cónyuges acerca de la manutención (alimentos), régimen de visita y tenencia de los menores, existen reglas a aplicar.

La necesidad de implementar el procedimiento oral para el divorcio consensual se fundamenta, en el mandato constitucional del Art. 168 citado en líneas anteriores y en que debería garantizarse los principio de celeridad y eficacia, además de que se efectivice el trámite de divorcio consensual con la obligación de anunciar las prueba o documentos referente al haber social de sociedad conyugal, el número de hijos y en especial el acuerdo en lo referente a las situación de los menores con lo que se agilizará el trámite y se evitará que se presente demandas que no se prosigan.

g).- METODOLOGÍA.

a.- Métodos.

En el desarrollo del presente proyecto de tesis he considerado la utilización principalmente del Método Científico y los Métodos Lógicos.

Primeramente para emplear el **Método Científico**, hay que distinguir las siguientes etapas:

- **Observación:** Que consiste en la indagación de todos los aspectos de la problemática, lo cual me ayudará principalmente en lo que es el acopio de información teórica y empírica.

En la presente investigación es necesario indagar y recopilar información acerca de las clases de divorcio, y en especial del divorcio por mutuo consentimiento y su trámite, en lo referente a la implementación del sistema oral y de sus principio rectores, tales como la celeridad y eficacia.

Consiste en el estudio detallado e integro de toda la información recopilada en la fase de observación; lo que me permitirá desarrollar los contenidos principales del informe final de la tesis.

Consiste en la condensación de los principales conocimientos aprendidos durante el proceso. Lo cual permitirá realizar las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

Referente a los Métodos Lógicos que son el Inductivo y Deductivo los utilizaré de la siguiente manera:

Método Inductivo: El método inductivo consiste en llegar desde un precepto particular a uno general, es decir, es un método por el cual se llega a descubrir el nexo común que une a todos los elementos de la problemática, permitiéndome realizar las respectivas recomendaciones y propuesta de reforma jurídica, con un enfoque total, para contribuir con un desarrollo positivo a la problemática.

Método Deductivo: Consiste en llegar desde un precepto general a un precepto particular; por lo cual nos servirá para concluir los puntos más sobresalientes del desarrollo del presente trabajo investigativo.

Método Analítico: Por medio del cual se estudiará la información recopilada de forma minuciosa y se escogerá la necesaria para la redacción del informe final.

b.- Procedimientos y Técnicas.

Las técnicas que utilizaré son las siguientes: para el acopio teórico el Fichero Bibliográfico; y, para la recopilación empírica emplearé la **Encuesta** y la **Entrevista**, aplicadas en un número de 30 y 10 respectivamente, a Funcionarios Judiciales, profesionales del Derecho, Docentes Universitarios y personas conocedoras del tema.

h).- CRONOGRAMA DE TRABAJO 2014-2015																				
ACTIVIDADES	2014-2015																			
	OCTUBRE				NOVIEMBRE				DICIEMBRE				ENERO				FEBRERO			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Elaboración del Proyecto de Tesis.	X	X	X																	
Recopilación de Información Bibliográfica.				X	X	X	X	X	X	X										
Investigación de Campo.										X	X	X								
Análisis de la Aplicación de Encuestas y Entrevistas.														X	X					
Verificación de Objetivos y Contrastación de la Hipótesis.																X				
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta.																	X			
Redacción del Informe Final y correcciones																		X		
Sustentación y defensa de informe final																			X	X

i).- PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

Recursos Humanos.

Postulante: Guaya Valle Eugenia Janeth.

Director de Tesis: Por designarse.

Recursos Materiales.

En lo referente a los recursos materiales tenemos a nuestra disposición los suficientes insumos de oficina tales como: papel, esferográficos, copias Xerox, computadora, memoria extraíble, y otros.

Costos

Impresión	\$1 700
Copias	\$ 190
Internet	\$ 90
Papel copia	\$ 150
Imprevistos	\$ 100
Memoria Extraíble	\$ 10
Total	\$ 2240

El precio asume a la cantidad de DOS MIL DOSCINETOS CUARENTA DOLARES AMERICANOS, los mismos que serán financiados con recursos propios de la autora.

j).- BIBLIOGRAFÍA.

ARAGONESES Pedro, **PROCESO Y DERECHO PROCESAL**, 1era. Edición, Editorial AGUILAR, Madrid-España 1960.

BORDA Guillermo, **TRATADO DE DERECHO CIVIL: DERECHOS REALES**, Vol. 1, 3era Edición, Editorial PERROT, Buenos Aires-Argentina.

CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL**, 25ª Edición, Tomo I-VIII, Editorial HELIASTA, Año de Publicación 1997, Buenos Aires-Argentina.

CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Tomo I Serie Profesional, Actualizado a abril del 2010, Quito-Ecuador.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a Marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador.

OSSORIO Manuel, **DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES**, Editorial HELIASTA, Año de Publicación 2002.

PARRAGUEZ RUÍZ Luis, **MANUAL DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO: PERSONAS Y FAMILIA**, Vol. II, 6ta Edición, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador 2005.

RAMÍREZ Juan, **DICCIONARIO JURÍDICO**, 8va Edición, Vol. 6 de la Colección Dictionarios, Editorial CLARIDAD, Año de Publicación 1976, Buenos Aires-Argentina.

INDICE

	Pág.
PORTADA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORIA	III
CARTA DE AUTORIZACION DE TESIS	IV
AGRADECIMIENTO	V
DEDICATORIA	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1.- TÍTULO:	1
2. RESUMEN.	2
2.1 ABSTRACT.	4
3.-INTRODUCCIÓN.	6
4.- REVISIÓN DE LITERATURA.	9
4.1.- MARCO CONCEPTUAL	9
4.2. MARCO DOCTRINARIO.	27
4.3. MARCO JURÍDICO.	50
4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA.	61
5. MATERIALES Y MÉTODOS.	67
6. RESULTADOS.	72
7. DISCUSIÓN.	83
8.- CONCLUSIONES.	88
9. RECOMENDACIONES.	90
9.1- PROPUESTA DE REFORMA.	92

10.- BIBLIOGRAFIA.	95
11. ANEXOS	97
INDICE	120