



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

“LA NECESIDAD DE EXPEDIR UNA LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, EN RELACIÓN A SIMPLIFICAR EL PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO CONTROVERTIDO CUANDO EL DEMANDADO SE ALLANA A LA DEMANDA”

TESIS DE GRADO, PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO.

AUTOR:

Segundo Baldome Tenesaca Tacuri

DIRECTOR

Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos

LOJA – ECUADOR

2014


CERTIFICACIÓN

Señor Dr. Mg; Marcelo Armando Costa Cevallos, Docente de la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja.

CERTIFICO:

Que la tesis titulada: "LA NECESIDAD DE EXPEDIR UNA LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, EN RELACIÓN A SIMPLIFICAR EL PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO CONTROVERTIDO CUANDO EL DEMANDADO SE ALLANA A LA DEMANDA", de autoría del señor, SEGUNDO BALDOME TENESACA TACURI, para optar por el título de Abogado, ha sido dirigida, revisada y aprobada en su integridad por lo que autorizo su presentación y sustentación pública.

Loja, julio del 2014



Dr. Mg, Marcelo Armando Costa Cevallos

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

SEGUNDO BALDOME TENESACA TACURI, declaro ser autor 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, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Autor: Segundo Baldome Tenesaca Tacuri

Firma: 

Cédula: 070571752-8

Fecha: Loja, julio de 2014

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

Yo, Segundo Baldome Tenesaca Tacuri, declaro ser autor de la tesis titulada: **“LA NECESIDAD DE EXPEDIR UNA LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, EN RELACIÓN A SIMPLIFICAR EL PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO CONTROVERTIDO CUANDO EL DEMANDADO SE ALLANA A LA DEMANDA”** Como requisito para optar el Título de: Abogado, 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 Repertorio 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 04 días del mes de julio del dos mil catorce.

Firma

Autor

Cédula

Dirección

Correo Electrónico sgundnsc@hotmail.com

Teléfono Celular: 00939355855

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis:

Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos, Mg. Sc.

Tribunal de grado

Dr. Carlos Manuel Rodríguez, Mg. Sc.

Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller, Mg. Sc.

Ab. PhD. Galo Stalin Blacio Aguirre.

DEDICATORIA

La presente tesis va dedicada a todas las personas, que cada día buscamos salir de la crisis económica y social. A través de la historia humana, la fe ha convergido en las doctrinas dogmáticas; que ha venido floreciendo y transformándonos en mejores hombres, confundido con la virtud de superación, principios que se afirman en su creencia de cada uno de nosotros.

Este trabajo fue inspirado en base al esfuerzo y apoyo de mí familia a la que con mucho cariño le entrego la presente investigación.

AGRADECIMIENTO

Quiero dejar constancia de mi agradecimiento, a la Universidad Nacional de Loja, a la Carrera de Derecho, y a la Modalidad de Estudios a Distancia, representadas tan dignamente por sus autoridades, por el apoyo brindado a lo largo de mi carrera estudiantil, a todos y cada uno de los Docentes, por sus conocimientos impartidos y su ardua labor de formación profesional.

Un agradecimiento especial y profundo al Director de Tesis, Sr. Dr. Mg; Marcelo Armando Costa Cevallos, por su dedicación, responsabilidad, apoyo y sabias orientaciones, que me han permitido elaborar el presente trabajo de investigación

TABLA DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. CONCEPTO DE FAMILIA

4.1.2. TIPOS DE FAMILIA

4.1.3. FUNCIONES DE LA FAMILIA

4.1.4. CONCEPTO DE DIVORCIO

4.1.5. LA CONTESTACION A LA DEMANDA

4.1.6. ALLANAMIENTO A LA DEMANDA

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. EL DIVORCIO

4.2.2. CLASES DE DIVORCIO

4.2.3. EL ALLANAMIENTO A LA DEMANDA COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA

4.2.4. EL DEBIDO PROCESO EN RELACIÓN AL ALLANAMIENTO DE LA DEMANDA

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL Y AL DEBIDO PROCESO EN EL ECUADOR

4.3.2. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO DEL DIVORCIO

4.3.3. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL RESPECTO DEL ALLANAMIENTO A LA DEMANDA.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

5. MATERIALES Y MÉTODOS

- 5.1. MATERIALES UTILIZADOS
- 5.2. METODOS
- 5.3. TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS
- 6. RESULTADOS
 - 6.1. ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENCUESTA.
 - 6.2. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENTREVISTA.
- 7. DISCUSIÓN
 - 7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS
 - 7.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS
 - 7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL
- 8. CONCLUSIONES
- 9. RECOMENDACIONES
 - 9.1. PROPUESTA DE REFORMA.
- 10. BIBLIOGRAFIA
- 11. ANEXOS
 - PROYECTO
 - INDICE

1. TÍTULO

“LA NECESIDAD DE EXPEDIR UNA LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, EN RELACIÓN A SIMPLIFICAR EL PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO CONTROVERTIDO CUANDO EL DEMANDADO SE ALLANA A LA DEMANDA”

2. RESUMEN

La presente tesis se motivó por cuanto dentro del Código Civil de nuestro país en el Art. 81 encontramos que “Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”, y efectivamente esto es lo que sucede mientras existe armonía dentro del mismo, sin embargo cuando el deseo de los esposos ya no es el de vivir juntos recurren al divorcio, facultad o derecho que lo pueden hacer valer en conjunto o por separado según los Arts. 107 ibídem que trata del divorcio por mutuo consentimiento, mismo que tiene un trámite especial en el que luego de que las partes expresan de consuno y viva voz su deseo de divorciarse y quedar de acuerdo en cuanto a sus hijos y bienes éste tendrá de inmediato su sentencia; y, el Art. 110 ibídem otorga al cónyuge ofendido la facultad de demandar el divorcio por una de las causales establecidas en el artículo antes mencionado, siendo muy acertadamente el trámite para este proceso el verbal sumario. Sin embargo en los casos en que uno de los cónyuges ha sido citado y este se allana a la demanda debería de inmediato dictarse sentencia, caso contrario el divorcio en el trámite verbal sumario resulta innecesariamente demasiado largo, ya que a pesar de estar de acuerdo con el divorcio debe cumplirse con todo el procedimiento como si no lo estuviere, es decir, aunque el demandado llegue a la audiencia de conciliación y al igual que el actor exprese su deseo de dar por terminado el vínculo matrimonial que los une, estos deben seguir con el trámite y presentar las pruebas de que se creyeren asistidos para demostrar lo manifestado en la demanda inicial, así como en el allanamiento.

Dejándose entrever que las audiencias de conciliación en estos casos no sirven en lo absoluto, ya que si en la audiencia de conciliación quedan de acuerdo en divorciarse debería en ese entonces elevarse a sentencia ese acuerdo.

Para sustentar lo manifestado en mi tesis hice referencia a lo estipulado en el inciso primero del Art. 392 del Código de Procedimiento Civil que estipula que el demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la

demanda, en cualquier estado del juicio, antes de sentencia; así, el Art. 394 ibídem estipula “La Jueza o el Juez aprobará el allanamiento mediante sentencia, la que causará ejecutoria”; y no podemos dejar de lado el Art. 833 ibídem que estipula: “La audiencia de conciliación comenzará por la contestación a la demanda, que contendrá las excepciones dilatorias y perentorias, de que se crea asistido el demandado. Trabado así el litigio, la jueza o el juez procurará la conciliación y, de obtenerla, quedará concluido el juicio.

Al no darse o aceptarse lo referido en el párrafo anterior, claramente se está atentando contra el debido proceso sostenido en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador y los principios de simplificación, eficacia celeridad y economía procesal plenamente reconocidos en el Art. 169 ibídem: “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.

Se observa también que con el fin de hacer valer los principios de simplificación, celeridad y economía procesal al trámite del divorcio se lo debe dar por terminado y dictar sentencia cuando un demandado por causal de divorcio se allana a la misma y comparece manifestando su conformidad, ya que busca el mismo fin es decir pretendiendo el divorcio. Esto evitaría la gran congestión procesal que existe en los Juzgados del Ecuador.

2.1. ABSTRACT

This thesis was motivated because within our country's Civil Code in Article 81 we find that "Marriage is a solemn contract by which a man and a woman join in order to live together, procreate and help each other", and indeed this is what happens while there is harmony within it, but when the desire of the spouses no longer live together is to resort to divorce, power or right that can be enforced together or separately depending on the Arts. 107 *ibid* dealing with divorce by mutual consent, it has a special procedure in which after parties together and express loudly their desire to divorce and be in agreement as to their children and property it will immediately his judgment, and, Article 110 *ibid* gives the offended spouse the right to sue for divorce on one of the grounds set out in that Article, quite rightly being processed for this process the verbal summary. However, in cases where one spouse has been cited and this paves should demand immediate sentencing, otherwise divorce in verbal summary procedure is unnecessarily too long, as though agreeing with divorce must be met throughout the procedure and if not in session, that is, even if the defendant reaches the settlement hearing and like the actor expresses his desire to terminate the marriage bond that unites them, they must follow the process and present evidence that believeth assisted to prove the statement in the initial lawsuit and in the raid.

Letting suggests that the conciliation hearings in these cases do not work at all, because if in the settlement hearing are agreed then divorce should be raised to judgment that agreement.

To support the statement in my thesis I referred to the provisions of the first paragraph of Article 392 of the Civil Procedure Code which provides that the

defendant may expressly acquiesce to the claims in the application, at any stage of the trial, before judgment; well, Article 394 stipulates *ibid* "The judge or the judge will approve the raid by judgment, which shall be final" and we can not leave out the Section 833 *ibid*, which states: "The settlement hearing will begin by answering demand, which contain dilatory and peremptory exceptions of establishing the defendant attended. Locked and litigation, the judge or the judge will seek reconciliation and, get, will be completed the trial.

By not given or accepted as referred to in the preceding paragraph, clearly they are attacking sustained due process in Article 76 of the Constitution of the Republic of Ecuador and the principles of simplicity, efficiency and judicial economy quickly fully recognized in the Art. 169 *ibid*: "The procedural system is a means for the realization of justice. The procedural rules enshrine the principles of simplification, uniformity, efficiency, immediacy, speed and procedural economy, and will enforce the guarantees of due process. No sacrifice justice for the single omission of formalities.

It is also noted that in order to uphold the principles of simplicity and judicial economy divorce proceedings it must end and when sentencing a defendant for divorce causal acquiesces to it and that she agreed to appear, as it seeks the same goal ie divorce pretending. This would avoid the heavy congestion that exist proceedings in the courts of Ecuador.

3. INTRODUCCIÓN

Mi trabajo de investigación de tesis analiza la necesidad de simplificar el procedimiento previsto para el divorcio controvertido cuando exista allanamiento por parte del demandado, situación que se haría en base a los propios principios constitucionales de simplificación y economía procesal.

La trascendencia legal que ocasiona la seguridad de contar con normas que le permitan a la persona poder disolver su vínculo matrimonial mediante la institución jurídica del allanamiento, está dada por la amplia protección a los derechos de las personas y la obligación del Estado en permitir que las personas tengan accesos a la justicia y puedan obtener tutela judicial.

La presente investigación en la modalidad de tesis, se enmarca dentro de los contenidos contemplados en el diseño curricular de la Carrera de Derecho y forma parte del extenso campo profesional del Abogado y contiene los elementos requeridos en el Reglamento Académico por lo que contiene la revisión de literatura, resultados, discusión, conclusiones, recomendaciones y propuesta de reformas.

Todo ello, permitió estudiar el problema objeto de estudio identificado y luego he procedido a realizar todos y cada uno de los requerimientos institucionales académicos de nuestra Universidad.

La originalidad constituye un factor preponderante en la investigación científica, pues no tendría sentido investigar situaciones que con anterioridad ya se han tratado, por ello, la presente tesis trata sobre un tema de mucha actualidad y pertinencia.

Fue del todo factible la ejecución de mi tesis, ya que conté con las distintas fuentes bibliográficas y el apoyo de los Docentes de la Carrera de Derecho, de una parte de los profesionales del Derecho y que sustentaron mi trabajo en el ámbito jurídico.

Mi tesis, inicia, lógicamente indicando el Título, abordando el resumen que consiste en indicar los aspectos más importantes realizados en la investigación y su traducción al Inglés, conocido como Abstract, luego ésta parte denominada Introducción, en la que se presenta todo mi trabajo de investigación.

Ya en el capítulo específico de la Revisión de Literatura, indico aspectos del Marco Conceptual, tales como: Concepto de Familia, Tipos de Familia y Funciones de la Familia y Concepto de divorcio.

En el Marco Doctrinario, me refiero al Divorcio, sus clases y a la institución jurídica del Allanamiento a la demanda.

Dentro del Marco Jurídico, realizo un análisis de las normas constitucionales referentes a la Familia y a los principios de la justicia; el análisis jurídico de los Códigos civil y de procedimiento civil respecto del divorcio y el allanamiento a al demanda, respectivamente, y finalmente en este capítulo, realizo la presentación de algunos referentes de la legislación comparada.

Forma parte de mi tesis, los materiales y métodos, apartado en el que describo, los materiales utilizados, los métodos, los procedimientos y técnicas, que me permitieron obtener los resultados que fueron presentados en forma gráfica y comentada, también realicé la verificación de objetivos, contrastación de Hipótesis, la Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal.

Finalmente presento las conclusiones, recomendaciones y presento la Propuesta de Reforma Jurídica, de esta forma dejo entonces presentado mi trabajo investigativo esperando que todos quienes tengan acceso a la lectura del mismo saquen provecho de mi investigación que con toda modestia pongo a disposición de la colectividad que estudia el Derecho como ciencia y que procura día a día el cumplimiento efectivo de nuestros derechos.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. CONCEPTO DE FAMILIA

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad, a través de ella la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel que les corresponde.

Así, “la familia es un hecho natural de trascendencia social, por eso la protege el Estado, como garantía de su propia subsistencia, ya que en definitiva, sobre la familia se elabora y se afirma en último término la vida y el desenvolvimiento de la nación.”¹

Para PLANIOL y RIPER, “la familia es el conjunto de personas que se hallan unidas por el matrimonio, la filiación o la adopción, vale decir, el conjunto de personas que viven bajo el mismo techo, bajo la misma dirección y con los recursos proporcionados por el jefe de la casa.”²

Por otra parte, “la familia constituye el grupo natural del cual surgen los individuos que conforman la sociedad.”³

De igual manera, “la familia es un grupo social en el que recae todo tipo de responsabilidad para que una sociedad se defina y desarrolle. Entre ellas se

¹ VÁZQUEZ GARCÍA, Yolanda. Derecho de Familia, Ed. Huallaga, Lima, 1998, Pág. 21

² Citado por: LÓPEZ FAUGIER, Irene. La Prueba Científica de la Filiación, Ed. Porrúa, 1ª ed, México, 2005, Pág. 34

³ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho de Familia, Ed. Oxford, 5ª reimp., México, 2008, Pág. 5

hallan las que se refieren directamente, en lo individual, a cada uno de los sujetos unidos por vínculos de sangre producto de la convivencia intersexual y de la filiación o por vínculos jurídicos como ocurre con la unidad familiar en su totalidad.”⁴

También es definida la familia en los siguientes términos, “es un conjunto de personas (parientes) que proceden de un progenitor común; que establece vínculos entre sus componentes de diverso orden o identidad (sentimentales, morales, jurídicos, económicos, de auxilio y ayuda recíproca a los que el derecho objetivo atribuye el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos de naturaleza especial.”⁵

“Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”⁶

La Sociología define a la familia como “un conjunto de personas que se encuentran unidos por lazos permanentes. Estos lazos pueden ser de dos tipos: vínculos por afinidad, el matrimonio y consanguinidad como ser la filiación entre los padres e hijos.”⁷

La familia como sistema social es considerada como el espacio vital del desarrollo humano para garantizar su subsistencia; cuando uno de los individuos que la integran flaquea en su función, la totalidad del sistema familiar se ve afectada.

⁴ ibidem

⁵ SOTO ÁLVAREZ, Clemente. Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones del Derecho Civil, Ed. Limusa, 3ª. Ed. México, 1982, Pág. 91

⁶http://es.wikipedia.org/wiki/familia#cite_norte-o (consulta 23-mayo-2011)

⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/familia#cite_norte-o (consulta 23-mayo-2011)

La familia es un ámbito natural del amor, lugar donde la persona se encuentra acogida, aceptada y atendida y es el centro de apertura individual hacia los demás.

La familia, como la sociedad primaria de la organización social, y de todas las instituciones sociales, se distingue y se diferencia de las demás sociedades por su naturaleza y finalidad, que son la expresión de los impulsos más profundos y auténticos del ser humano: el amor.

“La familia es la sociedad más pequeña de la estructura social, sin embargo de ser núcleo central de toda organización social. Se integra por la historia común de sus miembros; va formándose por si misma, alcanzando realizaciones y enfrentando inevitables problemas”.⁸

De manera directa, “la familia es la base insustituible que permite a cada miembro su desarrollo personal, sentido de pertenencia, realización y la construcción de un proyecto de vida de beneficio y bendición a la sociedad en general, cumpliendo así el propósito con la que fue creada”.⁹

La familia, es la manifestación humana que primera y más profundamente influye en la conducta individual del hombre, en la formación de su carácter, en sus hábitos y costumbres, en sus sentimientos naturales.

⁸ PROAÑO Marco A. Sociología. Ciencia del Hombre en sociedad. Segunda Edición. Ediciones Cultural Ecuatoriana. Quito –Ecuador. 1977. Pág. 39.

⁹ Compromiso Cívico Cristiano con la Comunidad.

4.1.2. TIPOS DE FAMILIA

Las Naciones Unidas, definió los siguientes tipos de familias, que es conveniente considerar debido al carácter universal y orientador del organismo mundial.

“**Familia nuclear**, integrada por padres e hijos.

Familias uniparentales o monoparentales, se forman tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, el divorcio, la separación, el abandono o la decisión de no vivir juntos.

Familias polígamas, en las que un hombre vive con varias mujeres, o con menos frecuencia, una mujer se casa con varios hombres.

Familias compuestas, que habitualmente incluye tres generaciones; abuelos, padres e hijos que viven juntos.

Familias extensas, además de tres generaciones, otros parientes tales como, tíos, tías, primos o sobrinos viven en el mismo hogar.

Familia reorganizada, que vienen de otros matrimonios o cohabitación de personas que tuvieron hijos con otras parejas.

Familias migrantes, compuestas por miembros que proceden de otros contextos sociales, generalmente, del campo hacia la ciudad.

Familias apartadas, aquellas en las que existe aislamiento y distancia emocional entre sus miembros.

Familias enredadas, son familias de padres predominantemente autoritarios”.¹⁰

Importante clasificación de la familia que nos lleva a conocer el origen de la misma en el periodo histórico pero que terminó en la actualidad no hacer ninguna distinción entre el origen de la familia, sino más bien abordarla como lo que es una familia, sin importar su origen o conformación.

4.1.3. FUNCIONES DE LA FAMILIA

Cada persona tiene necesidades que debe satisfacer y que son muy importantes para su calidad de vida. La familia es el primer lugar en donde el niño aprende a satisfacer esas necesidades que, en el futuro, le servirán de apoyo para integrarse a un medio y a su comunidad. Una de las funciones más importantes de la familia es, en este sentido, satisfacer las necesidades de sus miembros.

Además de esta función, la familia cumple otras funciones, entre las que podemos destacar:

“La función biológica, que se cumple cuando una familia da alimento, calor y subsistencia.

La función económica, la cual se cumple cuando una familia entrega la posibilidad de tener vestuario, educación y salud.

La función educativa, que tiene que ver con la transmisión de hábitos y conductas que permiten que la persona se eduque en las normas básicas de convivencia y así pueda, posteriormente, ingresar a la sociedad.

¹⁰ http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/salud/Zavala_G_G/cap2.pdf

La función psicológica, que ayuda a las personas a desarrollar sus afectos, su propia imagen y su manera de ser.

La función afectiva, que hace que las personas se sientan queridas, apreciadas, apoyadas, protegidas y seguras.

La función social, que prepara a las personas para relacionarse, convivir, enfrentar situaciones distintas, ayudarse unos con otros, competir, negociar y aprender a relacionarse con el poder.

La función ética y moral, que transmite los valores necesarios para vivir y desarrollarse en armonía con los demás”.¹¹

Todas las personas, especialmente los niños, necesitan que la familia a la que pertenecen cumpla estas funciones. Es tarea de cada miembro de la familia hacer todo lo posible para lograr esto.

4.1.4. CONCEPTO DE DIVORCIO

Planiol y Ripert lo definen, así: “El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los dos esposos; divortium se deriva de divertere, irse cada uno por su lado. Esta ruptura sólo puede existir por autoridad de la justicia y por causas determinadas en la ley”¹².

Por qué razones debe admitirse el divorcio. El matrimonio se contrae para toda la vida; los esposos se comprometen en unión perpetua; pero quien dice perpetuidad no dice necesariamente indisolubilidad. La unión de hombre y mujer, que debería ser una causa de paz y concordia, una garantía moralidad,

¹¹ http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/salud/Zavala_G_G/cap2.pdf

¹² PLANIOL Y RIPIERT, Derecho Civil, Primera Serie, Volumen 8, Pág. 153.

a veces no realiza su fin. La vida común llega a ser imposible, se rompe, o bien si continúa, el hogar se convierte en un foco de disgustos; en una causa permanente de conflictos. Es un problema que resulta de las pasiones y debilidades humanas. Se trata de una situación de hecho que el legislador obligatoriamente debe tomar en cuenta, porque es responsable del orden y las buenas costumbres; debe intervenir: ¿Cuál será el remedio?. Para unos, la separación de cuerpos basta. La vida en común es la causa propiciatoria.

Es necesario romperla mediante un procedimiento legal y permitir a los esposos vivir bajo el régimen de separación. Este remedio, sin embargo, no es suficiente. Es cierto que la separación de cuerpos hace desaparecer los inconvenientes de la vida en común; al suprimir el hogar, suprime las causas diarias de fricción, pero deja subsistir el matrimonio; los esposos viven separados, pero permanecerán casados; el vínculo matrimonial no se ha disuelto solamente se ha relajado. Resalta de esto que no siendo los esposos libres, no pueden contraer nuevas nupcias y crear otra familia. Su existencia es sacrificada sin esperanza. Están condenados, por tanto, al celibato forzoso. Las ventajas del divorcio es hacer posible para los esposos desunidos otro matrimonio.

Objeción derivada de las creencias religiosas. Los detractores del divorcio lo condenan por obedecer a las enseñanzas de la Iglesia. Francia en su mayor parte es católica; pero no es ésta una razón para negar el divorcio a la minoría que no comparte sus creencias. La libertad de creencia sería violada y parte de la población estaría privada del divorcio, por aplicación de las opiniones religiosas de la otra parte. En cambio, la ley no lesiona las creencias de los esposos católicos, al autorizar el divorcio sin imponérselos; les deja la facultad

de recurrir a la separación de cuerpos, que está de acuerdo con los preceptos de la religión.

Objeción derivada del interés de los hijos. El divorcio opina que sacrifica a los hijos en interés de los padres. Pero este otro error. La desgracia de los hijos no es la ruptura legal del matrimonio, sino la ruptura de hecho, la discordia, el odio, el crimen de que son testigos y víctimas fatales. Su padre les enseñará a despreciar o a detestar a su madre, o recíprocamente. Ahora bien, esta situación no es creada por el divorcio y presenta el mismo estado agudo en el régimen de la separación de cuerpos. Las medidas que deben tomarse para la educación de los hijos, en caso de que los dos padres sean indignos, son las mismas, se trate de divorcio o de separación.

También se argumenta que el divorcio, trastorna la situación del matrimonio; es peligroso que el vínculo conyugal sea demasiado frágil. Se casarán las personas a la ligera si se siente detrás de sí una de válvula escape; si el matrimonio es indisoluble, la situación se examinará dos veces antes de comprometerse.

Es decisiva esta objeción cuando el divorcio se permite a voluntad, como en el derecho romano. Tiene también gran fuerza cuando los tribunales decretan con facilidad el divorcio, lo que desgraciadamente sucede en la tendencia actual. Pero es destruida tan pronto como las causas de divorcio son limitadas por el legislador y apreciadas estrictamente por el juez. Una reglamentación escrita del divorcio puede impedir su abuso. Se trata de una cuestión de organización y no de una objeción de principio.

Resulta notable que los autores dramáticos y los novelistas, quienes

antiguamente hacían que el público se compadeciera de la desgracia de las personas presas por el matrimonio sin poder salir de él, enjuicien actualmente el divorcio y provoquen una tendencia a la reacción en su contra.

Es preciso anotar otros conceptos, obsérvese: “Acción y efecto de divorciar o divorciarse. Separar por sentencia legal a dos casados. Separar, apartar personas o cosas que debían estar juntas”¹³.

“Del Latin divortium, del verbo divertere, Guillermo Cabanellas lo define: “Separarse irse cada uno por su lado; y por antonomasia, referido a los cónyuges cuando así le pone fin a la convivencia y el nexo de consortes: Puede definirse como la ruptura del matrimonio válido, viviendo ambos esposos”¹⁴

Por lo general, las mujeres son contrarias al divorcio. Cuando no es esto consecuencia de la educación religiosa que reciben más intensamente que los hombres, lo es de un error de razonamiento, nacido de la ignorancia de las causas que hacen posible el divorcio. No ven en él sino una posibilidad de abandono masculino. De hecho, la estadística desmiente sus temores las cinco sextas partes de las separaciones de cuerpos son pedidas por la mujer contra el marido.

Resumiendo, el divorcio es un mal, pero es un mal necesario, porque es remedio de otro mayor. Prohibir el divorcio porque es molesto, equivaldría a querer prohibir la amputación porque el cirujano mutila al enfermo. No es el divorcio el que destruye la institución santa del matrimonio, sino la mala inteligencia de los esposos, siendo el divorcio el que pone fin a ésta. Queda por

¹³ OCEANO, Diccionario Enciclopédico.

¹⁴ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Pág. 292.

saber si la ley que permite el divorcio puede ser lo suficientemente fuerte para limitar el mal. La experiencia parece demostrar que admitido el principio, no hay ningún freno a su aplicación.

4.1.5. LA CONTESTACION A LA DEMANDA

Considero adecuado continuar el marco conceptual de mi tesis haciendo referencia a algunas concepciones de la contestación a la demanda, para ello, obligatoriamente se debe partir de la concepción, conceptualización, que parte de su más amplio concepto.

Muchos autores han conceptualizado a la contestación a la demanda, no obstante, deseo hacer referencia a los autores reconocidos dentro del Derecho Procesal Civil, por ello, cito el siguiente concepto:

“La contestación a la demanda es también una pretensión excepción procesal que se opone al actor, y sea en forma escrita u oral”¹⁵.

El demandado frente a la demanda del actor, puede reaccionar, allanándose a la pretensión, oponiendo defensas o excepciones, contrademandando (reconvención) o permaneciendo fuera del proceso (rebeldía). La contestación propiamente dicha supone siempre una negación activa, que desconoce el hecho o hechos alegados por el demandante o la aplicabilidad de las normas jurídicas que sirven de fundamento a la demanda en el caso concreto.

La demanda es una petición formulada por el demandante al Juzgado para que éste emita un fallo el demandado. Este mismo acontecimiento es descrito por Chiovenda en los siguientes términos:

¹⁵TRUEBA URBINA. Alberto. Nuevo Derecho Procesal. Pág. 453.

“La demanda judicial es el acto mediante el cual una parte comparece, afirmando que una voluntad concreta de la Ley le garantiza un bien, declarando querer que esa voluntad sea actuada e invocada tal fin la autoridad del orden jurisdiccional”¹⁶.

Ahora bien, si se requiere de una exposición más concreta, reduciríamos la anterior idea a los siguientes términos: demanda es la primera petición en que el actor formula pretensiones, solicitando del Juzgado la declaración, reconocimiento o protección de un derecho.

Entonces con estos primeros referentes tenemos que la contestación a la demanda es concretamente la forma por la cual una persona que es citada con una demanda comparece ante la Jueza o Juez para hacer conocer sus excepciones a los hechos que se han narrado en la demanda, para que la Jueza o Juez pueda contrarrestar las versiones de ambas partes y pueda tomar su decisión.

Se puede establecer elementos de la contestación a la demanda, y según nuestro Código de Procedimiento Civil, los mismos requisitos que se exigen para la demanda son necesarios para la contestación y reconvención en su caso.

Por otra parte, el oponer excepciones y defensas contradictorias no sólo perjudica al que la hace sino es falta de honestidad procesal. En este caso, además, es evidentemente la indefensión del actor.

La contestación de la demanda bien puede guardar la forma oral o la escrita, pero en todo caso debe ser ratificada por la propia parte demandada, en

¹⁶ BERMÚDEZ CISNEROS. Miguel. Derecho Procesal. Pág.127.

cualquiera de las circunstancias.

Toda contestación de demanda debe observar estas partes:

“a).- La parte inicial del escrito de contestación debe contener la nominación del tribunal ante el cual se somete, el nombre del demandado, el domicilio que señalapara oír las notificaciones y la referencia al escrito de demanda, al cual ocurre a dar contestación, así como el nombre del actor.

b).- Una segunda parte denominada de hecho, en la que el demandado debe referirse a cada uno de los hechos argumentando de ellos implica la aceptación del mismo.

c).- La tercera parte de la contestación, conocida con el nombre de "derecho", en ella el demandado debe fundamentar su respuesta, apoyándose en el artículo correspondientes.

d).- Por último, los puntos petitorios, síntesis de la petición concreta del demandado que alega ante el tribunal”¹⁷.

Estos aspectos doctrinarios han sido recogidos en varios cuerpos legales y el nuestro, el ecuatoriano, no ha sido la excepción, pues para la contestación a la demanda se han determinado varios requisitos sin los cuales, según la ley se tendría como indicio en contra del demandado, pero sería necesario que no se vulnerare de ninguna forma el derecho a la defensa y se garantice que durante el juicio pueda el demandado presentar sus excepciones.

¹⁷ BERMÚDEZ CISNEROS. Miguel. Derecho Procesal. Pág. 129

4.1.6. ALLANAMIENTO A LA DEMANDA

Habiendo establecido elementos de suma importancia sobre la contestación a la demanda conviene establecer otros elementos sustanciales del allanamiento a la demanda.

“El allanamiento supone la declaración expresa de voluntad del demandado de no formular oposición, de conformarse con la pretensión planteada por el demandante, y, en consecuencia, de que se dicte sentencia estimatoria.

Se exige declaración expresa, salvo supuestos excepcionales que la ley contempla.

No conviene hablar de allanamiento a la demanda porque en la demanda se pueden acumular varias pretensiones (V. acumulación procesal) y allanarse a la demanda sería allanarse a todas las pretensiones.

El allanamiento suele tener lugar en el momento de contestar a la demanda, pero no es momento exclusivo ni excluyente, pues puede efectuarse en cualquier momento del proceso, hasta la citación para sentencia, en primera instancia, y a lo largo de la segunda, mientras las partes tengan momento hábil para actuar.

Entendido así el allanamiento, hay que distinguirlo de otras instituciones:

a) admisión de hechos: ésta supone, no el allanamiento a la pretensión, sino sólo reconocer, expresa o tácitamente como ciertos hechos de la pretensión del demandante, que por ello dejarán de ser hechos controvertidos a todos los efectos.

b) confesión judicial: es:

1.º medio de prueba a través del cual se pide a la otra parte que, bajo juramento o promesa absuelva las posiciones que se le formulan, relativas a hechos personales, con el fin de conseguir certeza sobre ellos.

2.º también se entiende por confesión al resultado expreso o tácito de la actividad probatoria. Hecho confesado no siempre es hecho probado, o hecho admitido, pues aquí es necesario distinguir los efectos de la confesión, partiendo de la clase de hechos sobre los que haya versado, y el tipo e juramento que se haya utilizado.

Presupuestos:

1.º es necesario tener plena capacidad de obrar.

2.º el procurador precisa poder especial para ello, para el supuesto concreto del llamado «juicio de cognición», y aplicable para el representante voluntario.

3.º En el supuesto de litisconsorcio deberá de formularse por todas las partes integrantes de él. Si lo realiza sólo alguno o algunos no tendrá eficacia alguna, y el proceso se desarrollará normalmente.

4.º Es necesario que el objeto procesal sea disponible. Para el juicio de cognición establece que cuando el allanamiento suponga una renuncia contra el interés o el orden público..., dictará auto en el mismo día o en el siguiente, ordenando la continuación del procedimiento, es decir, se tiene por no formulado.

Se habla de allanamiento total o parcial, pero esta clasificación puede ser entendida:

a) total: como allanamiento a la pretensión en su unidad, cuando no se han planteado pretensiones acumuladas; cuando esta existe, es total el allanamiento a todas las pretensiones acumuladas de forma simple o prejudicial, o a cualquiera de ellas, en la alternativa, o, finalmente, a la preferentemente planteada, si se trata de acumulación eventual-subsidiaria.

b) parcial: como allanamiento a parte de la cantidad reclamada en la única pretensión formulada; si existe acumulación, existirá allanamiento parcial cuando se refiere a alguna o algunas de las pretensiones acumuladas de forma simple o a la principal pero no a alguna o algunas de las acumuladas por razones de prejudicial¹⁸.

De lo establecido entonces, puedo sostener que el allanamiento supone que la sentencia deberá estimar la pretensión o las pretensiones sobre las que haya recaído. La sentencia debe ser estimatoria, salvo cuando el demandado no pueda disponer de su derecho.

No tiene sentido que siendo esta institución jurídico tan importante, no se lo permita en el caso del divorcio, pues estipula nuestra legislación en forma expresa que pese al allanamiento en los juicios de divorcio se abrirá la causa a prueba.

Se establece que cuando el allanamiento suponga una renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de tercero, dictará auto en el mismo día o en el siguiente, ordenando la continuación del procedimiento, es decir, no se producen los efectos ordinarios.

¹⁸ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/allanamiento/allanamiento.htm>

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. EL DIVORCIO

Antes de entrar en las definiciones, características e historia del Divorcio, es necesario considerar la preexistencia de una relación vinculante de carácter legal denominado Matrimonio, el cual es considerado como la institución social más importante en la que a través de esta se establece la integración de una familia, derivada de la ley biológica que exige la perpetuidad de una especie, en este caso la humana.

El Matrimonio se podría definir como un contrato civil según lo contempla el Código Civil, (porque tiene la presencia del Estado) y solemne (porque necesita requisitos para que tenga validez), celebrado entre dos personas de sexo diferente (hombre y mujer), con el objetivo de perpetuar la especie.

En el aspecto civil, es considerado como un contrato el cual sólo será válido si se ciñe a las normas establecidas por nuestra ley, como contrato este reviste una serie de formas solemnes sancionadas por una autoridad civil en tal carácter contractual podemos asumir que este reviste un carácter de disolubilidad, y es en tal caso que se puede recurrir ante la autoridad para solicitar tal disolución del vínculo no sin que la autoridad procure garantizar los intereses de los hijos, y de ambos cónyuges, por lo que es de vital importancia el conocimiento de sus derechos con respecto de su persona, bienes e hijos.

De lo antes dicho, el matrimonio se disuelve por dos razones fundamentales:

- a. Por la muerte de uno de los cónyuges: Esto es acorde con nuestras disposiciones legales vigentes, ante la desaparición física de uno de los

esposos, el vínculo entre ambos deja de existir y de producir efectos jurídicos válidos.

- b. Por el divorcio: Que es el medio que se utiliza como procedimiento especial destinado a lograr el cese de la relación nupcial.

He aquí entonces el origen del divorcio y relación con el matrimonio por ser una de las formas de terminarlo.

El Divorcio se puede definir como "la disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en la posibilidad de contraer otro matrimonio". También puede ser definido "El Divorcio es la ruptura del vínculo conyugal, pronunciado por tribunales, a solicitud de uno de los esposos (Divorcio por causa determinada) o de ambos (Divorcio por mutuo consentimiento) sanción resultante de una acción encaminada a obtener la disolución del matrimonio"¹⁹.

Es decir que el divorcio es sinónimo de rompimiento absoluto y definitivo del vínculo matrimonial entre los esposos, por la intervención de una autoridad judicial facultada por las leyes.

De estas definiciones se desprende lo siguiente:

- El divorcio, igual que la nulidad, debe ser pronunciado por una autoridad judicial;
- Mientras la nulidad tiene carácter retroactivo, salvo la aplicación al matrimonio putativo, el divorcio se limita a la disolución del matrimonio para el porvenir;
- A diferencia de la nulidad, el divorcio supone un matrimonio válido

¹⁹ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. Pág. 291.

La anulación del matrimonio es un procedimiento distinto del divorcio. Un matrimonio se puede anular cuando en su constitución no se siguió alguna de las formalidades exigidas por la ley o cuando se realizó a pesar de mediar un procedimiento legal. Las causales de divorcio, por el contrario, presuponen un matrimonio válido y surgen una vez constituido éste.

En este sentido podemos concluir diciendo que la nulidad del matrimonio es retroactiva, borra el matrimonio como si éste no hubiese existido jamás, es decir que opera hacia el pasado; y por el contrario el divorcio opera hacia el futuro.

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.

En la biblioteca virtual, Wikipedia, se nos enseña que “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.

Los celtas practicaban la endogamia (matrimonio de personas de ascendencia común o naturales de una pequeña localidad o comarca), excepto los nobles que solían tener más de una esposa. Era habitual la práctica de contraer matrimonio por un período establecido de tiempo, tras el cual los contrayentes

eran libres, pero también era habitual el divorcio.

En América, los Aztecas solo podían tener una esposa y se la denominaba Cihuatlantli, Nociuah o Áhuatlantli (esto es mujer legítima) y aunque se aceptaba la poliginia, solo la primera mujer tenía el carácter de esposa. En este contexto, el divorcio era consentido, pudiendo ser solicitado tanto por el hombre como por la mujer; así, al lograrse -vía sentencia judicial- se quedaba habilitado para contraer nuevamente matrimonio”²⁰.

Entre los hebreos, los varones podían repudiar a sus esposas sin necesidad de argumentar la causa de tal actitud, bastaba con informar al Sanedrín. También existía el divorcio por mutuo disenso, pero las razones de las mujeres eran sometidas a un análisis más riguroso que las del hombre.

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 el alto Imperio romano los casos más frecuentes eran los de concubinato y la unión libre, en todas las clases sociales. El matrimonio, cuando se practicaba, obedecía a un objetivo puramente económico: la transmisión del patrimonio a los descendientes directos en vez de otros miembros de la familia o la sociedad y a una política de perpetuar la casta de los ciudadanos. Si se carecía de patrimonio era innecesario casarse, y si se era esclavo, imposible (recién a partir del siglo III les estuvo permitido casarse a los esclavos). La inestabilidad de las parejas parece haber sido muy frecuente y el número de

²⁰ www.wikipedia.com/divorcio

divorcios muy alto”²¹.

En el bajo Imperio romano 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.

Con la llegada del cristianismo, el divorcio se prohibió debido a la concepción del matrimonio como un sacramento instituido por Dios y cuyo vínculo era irrompible. A partir del siglo X, aunque el divorcio estaba prohibido, existía la Nulidad matrimonial, es decir, el matrimonio se declaraba nulo si se demostraba que no había existido por diferentes razones. Eran los tribunales eclesiásticos quienes tramitaban las declaraciones de nulidad matrimonial.

La misma enciclopedia virtual, enseña que “la Reforma de Lutero, admitió el divorcio aunque únicamente en casos muy graves. Esta reforma, incluso provocó que Inglaterra abrazara la misma debido a que su rey, Enrique VIII deseaba divorciarse de su esposa, Catalina, y la Iglesia de Roma no se lo permitía.

Italia en 1970 fue de los últimos países europeos en aprobarlo definitivamente.

En 1796, Francia incorporó la ruptura del vínculo matrimonial en la ley promulgada el 20 de noviembre, que sirvió de antecedente a muchas de las legislaciones vigentes”²².

El divorcio ha causado grandes polémicas en los países mayoritariamente católicos, pues la Iglesia Católica no considera posible el divorcio. Sin

²¹ www.wikipedia.com/divorcio

²² www.wikipedia.com/divorcio

embargo, en nuestro país, pese a ser católico, el número de divorcios aumenta cada vez más, por ello, no podríamos luchar contra corriente, pues el divorcio es una necesidad para solucionar los problemas del matrimonio y mejorar la vida de los hijos de ese matrimonio.

En el Derecho Romano, “la disolución del matrimonio se conocía como Divortium y se producía por diversas razones, entre las cuales podemos señalar:

- Por incapacidad matrimonial de cualquiera de los contrayentes;
- Por la muerte de uno de ellos;
- Por Capitis Diminutio;
- Por el incestus superveniens, que ocurría cuando el suegro adoptaba como hijo a su yerno y los cónyuges quedaban en condición de hermanos;
- Por llegar al cargo de Senador quien estuviese casado con una liberta;
- Por la cesación de la Affetio Maritalis, consistente en la voluntad de ambos cónyuges de poner término al matrimonio.

En la legislación Francesa no estaba permitido el Divorcio, el matrimonio era considerado indestructible, eclesiástico y sagrado, pero a partir de la Revolución de 1739, se abrió la posibilidad de dar por terminado al matrimonio mediante el Divorcio-Contrato y posteriormente surge el Divorcio-Sanción. Fueron asimilando varias ordenanzas que planteaban la posibilidad de pedir el divorcio en los casos de:

- Adulterio,
- Por la muerte de unos de los cónyuges,

- Por la condena a pena criminal,
- El abandono del hogar,
- Los excesos
- Sevicias,
- Las injurias graves del uno para con el otro,

Es decir todo lo que hiciera intolerable el mantenimiento del vínculo conyugal”²³.

“Una de las formas de extinción de la sociedad conyugal. Ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos por causas determinadas taxativamente en la ley y mediante resolución judicial”.²⁴

El tratadista Dr. Juan D. Ramírez Gronda, al definir al DIVORCIO.- dice: “Una de las formas de la disolución del matrimonio. No es éste, sin embargo, el efecto que le atribuye nuestra ley, pues ella dispone que “El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial.”²⁵

La verdadera disolución no se produce sino por la muerte de uno de los esposos, la ley declara, además que no existe el divorcio por mutuo consentimiento de los esposos, debiendo mediar sentencia judicial fundada en las siguientes causas: 1.- Adulterio; 2.-Tentativa de la vida de los esposos contra la vida del otro; 3.-Provocacion de uno de los cónyuges al otro a cometer adulterio u otros delitos; 4.-La sevicia; 5.-Injurias graves; 6.-Malos tratamientos

²³ www.monografias.com/derecho

²⁴ VALLETA, María Laura. Diccionario Jurídico. Pág. 253.

²⁵ RAMIREZ, Juan. Diccionario Jurídico. Pág. 126.

aunque no sean graves, cuando sean tan frecuentes que hagan intolerable la vida conyugal; y; 7.- El abandono voluntario y malicioso.

La acción de divorcio se extingue y cesan los efectos del ya declarado cuando los cónyuges se reconcilian después de hechos que autorizaban la acción o motivación el divorcio.

La ley presume la reconciliación cuando el marido habita con la mujer, después de haber abandonado la habitación común.

Separados por sentencia, cada cónyuge puede fijar su domicilio o residencia donde crea conveniente, aunque sea en el extranjero, pero si tuviesen hijos a su cargo, no podrán sacarlos del país, sin licencia del Juez de dominio.

Los hijos menores de 5 años a cargo de la madre, y los mayores de esta edad, se entregarán al esposo que, a juicio del Juez, sea más idóneo, para educarlos.

Tales son en síntesis las disposiciones, las disposiciones de nuestra ley de matrimonio civil. Cabe, sin embargo, señalar que en 1954 se estableció que transcurrido un año de la sentencia que declaró el divorcio, cualquiera de los cónyuges podrá presentarse al Juez, que la dictó, pidiendo que se declare disuelto el vínculo matrimonial.... La declaración del juez en tal hipótesis autorizaba a contraer nuevo matrimonio.

Según el Dr. Cabanellas "Podemos considerar una gran diferencia entre

divorcio y nulidad del matrimonio, pues de esta última en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás el estado material a causa de impedimentos materiales e insubsanables. Por descuido tecnicismo en la materia, recogido incluso por legisladores civiles, como el español y el argentino la separación de cuerpos y de la de bienes; entre los cónyuges con subsistencia del vínculo matrimonial e imposibilidad de ulteriores nupcias mientras viva el otro consorte. Figurativamente ruptura de relaciones o de trato; profunda divergencia en paraceres, tendencias, aspiraciones, impulsos y aspiraciones.

En los pueblos paganos, como el griego y el romano, el divorcio tuvo amplitud ilimitada; pero como privilegio del marido, que podía repudiar a su antojo a la mujer.

Sin embargo la conversión de Recaredo al cristianismo, seguido por los monarcas posteriores, el Fuero Juzgo admitió en España el divorcio absoluto por adulterio de la mujer, sodomía del marido o cuando éste quisiera que su mujer adulterase con otro y ésta se resistiera.

Todavía cabe llevar más adelante el análisis de la ruptura matrimonial, que como todas ellas son divorcios al menos en el sentido de la divergencia temporal entre los consortes. En este sentido, sin planteamiento judicial, también se da la separación de hecho, con abandono del domicilio conyugal por uno de los casados, por desaveniencias que unas veces encuentran rápida solución y otras se prolongan hasta convertirse en permanentes y servir de asidero legal para la ruptura del vínculo matrimonial.

Al inicio de la época de la biblia, el matrimonio fue indisoluble. En las palabras del Génesis, cuando Adán recibe por vez primera a Eva, exclama que por causa de la mujer dejará el hombre a su padre y a su madre y los dos vendrán a ser una sola carne. Tal Unidad material no era sino el símbolo trascendente de la indisolubilidad institucional. Más tarde el Divorcio no se hizo sentir como necesidad, a causa precisamente de la poligamia; si bien San Mateo, tiene sobre esa práctica una transparente condena, al decir que, si Moisés llegó incluso a permitir el repudio, fue por la dureza de la condición de los judíos de entonces.

Fue San Pablo quien instituye la indisolubilidad sacramental del matrimonio, según la Epístola a los corintios cuando exclama: 'A las personas casadas mando yo no, sino el Señor que no se separe de su marido; que si se separe, no pase a otras nupcias, o bien reconcíliese con su marido. Ni tampoco el marido repudiare a su mujer'.

La oposición de la iglesia. La enemiga del divorcio vincular ha sido y es la Iglesia Católica, fundándose en palabras divinas de que no es justo separar al hombre de lo que Dios ha unido, por el interés de la familia y cual freno a la eventual corrupción de las costumbres.

En los sectores más fanáticos, para los mismos que, que por ausencia de la bendición sacramental, tildan de concubinato el matrimonio civil, la admisión del divorcio con posibilidad de nuevas nupcias no constituye sino una bigamia impune un adulterio legalizado. Tal actitud, aún afectista, no pasa de un

desbordamiento polémico. La afirmación de que implantar el divorcio vincular la poligamia configura sin atenuante un delito. Que tal sostiene y hasta se hace por escrito, arguye supina ignorancia: pues la poligamia implica simultaneidad de vínculo o disfrute igualitario de dos o más mujeres; mientras el divorcio vincular, además de exigir estrictas causas, no “impone” sino un cónyuge, y castiga como delito la bigamia”²⁶.

Quienes profesamos la religión católica conocemos que en la iglesia católica no se acepta el divorcio, pero disuelve nupcias al menos en dos casos:

El primer caso.- En el que los infieles unidos por matrimonio cuando uno se convierte a la fe católica y el otro no quiere continuar en su compañía, en que el convertido puede casarse con otra persona, aun habiéndose consumado el matrimonio anterior;

El Segundo caso.- En el matrimonio católico cuando no haya sido consumado y uno de los cónyuges haga profesión religiosa, aún contra la voluntad del otro, que puede entonces contraer libremente matrimonio.

Frente a estas manifestaciones existen tres tendencias y fundamentos: Tres corrientes principales aparecen en la legislación positiva de los distintos países: a) Las que proscriben el divorcio, y admiten solamente la separación (caso de Argentina); b) las que proclaman a la vez la existencia del divorcio y de la separación (régimen español establecido por ley de 1932); y c) las que tienen exclusivamente el divorcio.

²⁶ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Pág. 293

Cabe también establecer las diferencias legislativas en cuanto a la exigencia de causa y admisión de divorcio por mutuo o a petición de uno solo de los cónyuges como en el caso de Uruguay, en que el divorcio puede obtenerse por la simple manifestación de la mujer, sin alegación de causa.

El tratadista Cabanellas así mismo asevera “En el divorcio por mutuo disenso se sostiene que, siendo el matrimonio un contrato este puede disolverse por la simple voluntad de los contrayentes”²⁷.

En el divorcio por la simple petición de uno de los cónyuges se expresa la situación de inferioridad en que la mujer puede encontrarse; y para garantía de la Institución, los plazos, antes de que éste se conceda, son largos. En el divorcio con causa determinada es necesario la prueba de la misma. Cabe, pues consignar que hay un poco de anarquía en lo que se refiere al divorcio relacionado con los sistemas de los diversos Estados, pues la mejor perspectiva de las cambiantes actitudes legales y hasta ilegales en la materia, se sintetizan los criterios divorcistas y antidivorcistas en algunos países.

4.2.2. CLASES DE DIVORCIO

Puedo mencionar las siguientes:

Hay dos clases de divorcios: el consensual y el contencioso.

El divorcio consensual, es el que se decide por mutuo consentimiento de ambos cónyuges y que es declarado por sentencia judicial, está previsto en el Art. 107 del Código Civil codificado.

²⁷ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Pág. 293

El divorcio contencioso, es el solicitado por uno de los cónyuges, sin o contra la voluntad del otro, por una o varias de las causales del Art. 110 del Código Civil.

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos se contemplan estas dos clases generales de divorcio, así como lo hace nuestro Código Civil.

El Divorcio por mutuo consentimiento, 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”²⁸.

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.

Divorcio sin el consentimiento de alguna de las partes

Siempre y cuando tenga sustento en alguna de las causales que el ordenamiento jurídico del respectivo país o estado mencione.

En general, es la disolución del vínculo matrimonial que se obtiene gracias a

²⁸ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Pág. 294

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).

En algunos países o localidades de diversos países este es conocido como divorcio necesario (contested divorce, en inglés). Para solicitar al Juez que 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.

“Las causales de divorcio de cada país varían en función de su propio ordenamiento jurídico, pudiéndose encontrar:

- Violencia intrafamiliar (lesiones, injurias, violencia psicológica o física).
- Adicciones que afecten al núcleo familiar o a alguno de sus integrantes (Ejemplo adicción a drogas, juegos, etc).
- Ser sentenciado a pena corporal por delito grave que no alcance el beneficio de libertad bajo caución o fianza.
- Adulterio.
- Bigamia.
- Incitar u obligar a cualquier integrante a cometer un delito.
- Conductas que ponen en peligro la integridad física o psicológica de cualquiera de los integrantes de la familia.

- Abandono injustificado del hogar.
- Infecciones de transmisión sexual incurables.
- Falta de cumplimiento intencional a las obligaciones alimentarias.
- Delito cometido en contra de uno de los cónyuges o de los hijos.

Divorcio unilateral o incausado

En algunas partes del mundo, como España y la Ciudad de México, existe otra modalidad de divorcio que es unilateral o incausado, debido a que no requiere del consentimiento de ambos cónyuges, ni la expresión de una causa concreta que lo justifique o se tenga que probar en juicio, para que el Juez de lo familiar decrete la disolución del matrimonio en el corto plazo. Motivo por el cual, se le llama con frecuencia divorcio exprés.

Con esta reforma, en la ciudad de México otros Estados del mismo país, primero se decreta el divorcio y después se tramitan uno o más expedientes para la resolución de los temas relativos a la patria potestad, guarda y custodia de los menores, pensión alimenticia, derecho de convivencia o visita, partición de bienes, y en su caso, compensación a favor del cónyuge que se haya dedicado prioritariamente a las labores del hogar y la crianza temprana de los hijos, que pueden llevarse varios meses o años más”²⁹.

Una de las principales críticas a esta modalidad de divorcio se centra en que no busca solucionar las necesidades sociales más apremiantes, que consisten en problemas de abandono, la negativa a contribuir con el sostenimiento del hogar, violencia intrafamiliar e infidelidad, como se puede apreciar en los datos

²⁹ www.wikipedia.com/divorcio

estadísticos oficiales; y por el contrario, privilegia la libertad individual, al punto que solamente basta que manifieste por escrito que ya no quiere seguir en matrimonio, como sucede en el caso del repudio, para que se decrete la disolución de su vínculo y la persona interesada pueda contraer nuevas nupcias.

4.2.3. EL ALLANAMIENTO A LA DEMANDA COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA

En un sentido general, prejurídico y natural el verbo defenderse significa rechazar por sí mismo una agresión.

“La defensa se vincula así a un mecanismo elemental de actividad instrumental necesaria en la lucha por la supervivencia”³⁰.

Debemos tener en cuenta que la institución de la defensa ya era conocida en el Derecho antiguo. Así por ejemplo, en Grecia, “el acusado debía comparecer el mismo aunque era posible la representación por un tercero y la aportación de dictámenes elaborados por peritos jurídicos especiales. En Roma, por su parte, la defensa se desarrolló en conexión con la institución del patronato”³¹. En la época posterior de los emperadores, “los defensores se llamaban “advocati” llegando a convertirse en una profesión especial que disfrutaba de determinados privilegios”.³²

Si trasladamos el concepto general de defensa al ámbito del Derecho Procesal y a la actualidad, podemos entender que la defensa se configura como la posibilidad de desarrollar toda la actividad precisa para contribuir a eliminar la duda, dicho en otras

³⁰ GUTIÉRREZ - ALVIZ y CONRADI, F., Aspectos del derecho de defensa en el proceso penal, artículo publicado en la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Pág. 760.

³¹ GOLDSCHMIDT, J., Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal, Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935, Ed. Bosch, Barcelona 1935, pág. 105.

³² *Ibíd*em, Págs. 106 y 175.

palabras, se podría definir el derecho de defensa como: El derecho fundamental atribuido a las partes de todo proceso y para ser respetado por la Jueza o Juez que conoce del mismo, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para conformar la resolución judicial y en que conozcan y puedan rebatir sobre los fundamentos de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial.

Esto implica una serie de consecuencias trascendentales ya que el Estado, y en concreto los Juzgados, no deberían llevar a cabo el proceso ni resolver sobre las pretensiones de la demanda sin permitir que el demandado o los demandados hagan conocer sobre sus excepciones o contrademanda que bien puede ser el allanamiento a las pretensiones de la actora o actor, es decir no podría dejarse en indefensión a una persona que quiere allanarse a la demanda, es decir es un derecho de esa persona comparecer y obtener tutela judicial, que sería allanándose a la demanda y así poder alcanzar sentencia que será favorable para ambas partes.

El derecho de defensa implica a su vez una serie de derechos instrumentales como son el derecho a la asistencia de abogado, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho a allanarse a la demanda o pretensión. Inclusive en algunas otras materias a la civil, existe la posibilidad de la autodefensa, la cual consiste “en la intervención directa y personal del imputado en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su derecho”³³.

Si bien en algunos textos internacionales en los que se contempla la autodefensa como derecho a defenderse por sí mismo, ésta debe respetarse, la práctica ha demostrado que se establecen una serie de límites a este derecho y se fomenta extraordinariamente la intervención del abogado en detrimento de la autodefensa, ya que en realidad no se le conceden a la persona todos los medios que serían

³³Vid. GIMENO SENDRA, V. /DÍAZ MARTÍNEZ, M., Derecho Procesal Penal, Ed. Colex, Madrid 2004, pág. 55.

imprescindibles para poder ejercer la autodefensa.

4.2.4. EL DEBIDO PROCESO EN RELACIÓN AL ALLANAMIENTO DE LA DEMANDA

La palabra proceso significa “conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial”³⁴.

En esta acepción, el proceso constituye, entonces, una secuencia de actividades a realizar, esto es, una serie de actuaciones destinadas a alcanzar una finalidad u objetivo predeterminado.

Ese objetivo, o finalidad, es lo que va a condicionar el orden en que se va a cumplir la secuencia o serie de actividades, esto es, el camino a recorrer para alcanzarlo. Así, el proceso es un concepto eminentemente dinámico.

Cuando los autores se refieren a un proceso, cualquiera que fuere, el primer paso es determinar la finalidad que se persigue, esto es, el objetivo que se pretende alcanzar. De ahí que el debido proceso, según Linares: “La garantía del Debido Proceso tiene su origen en el derecho Inglés Medieval, ya que constituye una síntesis de la Carta Magna trasplantada a las colonias inglesas”³⁵.

Retomando lo desarrollado por Juan Francisco Linares, puede el Debido Proceso, dividirse en dos fases:

³⁴Diccionario de la Lengua Española-Real Academia Española, vigésimo primera edición-Madrid, 1992

³⁵ LINARES, Juan Francisco. Debido proceso. Pág. 15.

“a) El Debido Proceso en su Faz Procesal: constituye un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales, que el legislador y el ejecutor de la Ley deben observar cuando en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos, se regula jurídicamente la conducta de los individuos y restringen la libertad civil de los mismos.

b) En su Faz sustantiva: El Debido Proceso, es un patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la Ley al organismo ejecutivo lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos; es decir hasta donde pueden restringir el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo”³⁶.

El debido proceso entonces, es un derecho o garantía a la vez que permite a la persona poder defenderse de la acción que le entablen, el debido proceso aunque ha sido tratado doctrinariamente en el ámbito penal, debe ser respetado en toda materia, sea civil, penal, laboral o inclusive en el ámbito administrativo. La contestación a la demanda es sin duda alguna, el mecanismo para ejercer el derecho a la defensa y permite entablar el proceso con el conocimiento de la contrademanda o de las excepciones que podría interponer el demandado o demandados frente a la demanda o pretensión que les hayan incoado. Este derecho entonces se debe ampliar para poder allanarse al proceso no solo debe pensarse en ejercer el derecho al debido proceso de poder defenderse sino también de poder allanarse a la demanda como un mecanismo de aprobación de su derecho a la justicia y poder preservar sus intereses mediante el allanamiento en forma responsable a la demanda que se ha iniciado en su contra.

³⁶ LINARES, Juan Francisco. Debido proceso. Pág. 15.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL Y AL DEBIDO PROCESO EN EL ECUADOR

Empecemos por recordar que hay dos grandes modelos de justicia constitucional y por ende de constitucionalismo, como con acierto nos dice el Prof. Luis Prieto Sanchis, “el norteamericano, claramente fiduciario del iusnaturalismo contractualista que alentó las formación del primer estado liberal; y el europeo o kelseniano, lastrado por el legalismo en que desembocó primero la Revolución francesa y más tarde (y en el mejor de los casos) el Estado de Derecho continental y que de algún modo puede calificarse de positivista”³⁷.

Nuestra constitución del 2008, proclama que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1), en tanto que en la constitución de 1998 se expresaba que el Ecuador era un Estado Social de Derecho. Estoy con quienes piensan que hay un antes y un después en Ecuador, pues antes de la Constitución vigente no había modo o mecanismo para reclamar por la violación a garantías del derecho al debido proceso, con el argumento de la independencia y autonomía de la Función Judicial, a lo que se agregaba, que con la Corte Constitucional se pretendería crear una instancia judicial superior, que afectaría a la intangibilidad de la cosa juzgada, a la seguridad jurídica, y en definitiva a la sabiduría de los jueces, pues es inadmisibles un control de constitucionalidad que afectare a la cosa juzgada.

³⁷ PRIETO SANCHIS, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Pág. 16.

Genera no pocas discusiones la competencia de la Corte Constitucional para llegar incluso a declarar la inconstitucionalidad de las leyes, comentando a este respecto el Profesor Gustavo Zagrebelsky Presidente de la Corte Constitucional de Italia:

“Era necesario reconocer a la declaración de inconstitucionalidad algún tipo de eficacia respecto al pasado. Esto ha ocurrido con el artículo 30 párrafo III de la ley número 87 de 1953 (la ley orgánica de la Corte Constitucional) que ha sustituido “la cesación de eficacia” del artículo 136 de la Constitución con la prohibición de toda aplicación judicial ulterior de la ley inconstitucional, prohibición dirigida naturalmente para aquellas situaciones futuras pero también para las pasadas que se encuentren o que puedan ser llevadas a sede judicial, particularmente aquélla que ha sido objeto del juicio a quo.

Ésta aparentemente pequeña modificación (aplicación en lugar de eficacia) es en realidad una revolución: de la abrogación a la anulación con efectos plenamente retroactivos, con el límite único de la fuerza de cosa juzgada que impide volver a someter a un juez una cuestión ya decidida (límite, por otro lado, que supera el mismo artículo 30 párrafo IV de la misma ley, al establecer que en el ámbito penal las sentencias condenatorias, aun cuando sean irrevocables, puedan ser impactadas por la declaración de inconstitucionalidad de la ley que se encuentra en su base).

La lógica de la *saisine* incidental, sin embargo, va más allá. La Corte Constitucional es interpelada a partir de un juicio. Debe, por tanto, dar una respuesta al juez que la ha requerido. En otras palabras: el juicio abstracto de

constitucionalidad tal cual fue imaginado por los constituyentes podría alcanzar plenamente su finalidad con la simple eliminación de la ley de inconstitucional, es decir, con la creación de una laguna en el derecho. En efecto, la Constitución prevé simplemente sentencias desestimatorias (cuando rechaza la duda de inconstitucionalidad) y estimatorias (cuando la ley es eliminada por estimar fundada la duda) a la Corte Constitucional. Pero el juicio concreto de constitucionalidad, es decir, el que se promueve por exigencias procesales prácticas no puede estar de acuerdo con ello.

Necesita que al juez a quo le sea provista otra norma, constitucionalmente adecuada, en lugar de aquélla declarada inconstitucional, a efecto de que la pueda aplicar en el juicio. La pura y simple anulación sería suficiente en un ordenamiento de tipo radicalmente liberal en el cual cada norma de ley positiva pueda considerarse como una excepción al principio general de libertad: eliminada la ley inconstitucional se expandiría el principio de libertad y el juez podría hacer referencia a ello para decidir el caso. Empero, nuestros ordenamientos constitucionales son mucho más complicados; los derechos constitucionales no se reducen en absoluto a la defensa frente a la injerencia del poder público puesto que exigen, para valer, intervenciones positivas y normas que los protejan y los expandan.

Éstos son, en síntesis, los motivos que explican el florecimiento de una tipología de decisiones (sentencias interpretativas, estimatorias y desestimatorias, parciales, aditivas, sustitutivas, correctivas, de principio, etcétera) inexplicable dentro de la lógica del juicio abstracto de constitucionalidad, pero fácilmente comprensible en la lógica del juicio

concreto”³⁸.

En la Constitución de la República del Ecuador, se establece penúltimo en el orden de sucesión en el Título II, que trata de los derechos y último de los que se refieren a ellos, está el capítulo VIII denominado Derechos de Protección, su contenido corresponde al derecho al debido proceso, garantizando en los dos últimos numerales del Art. 23 y en los diecisiete numerales del Art. 24 de la Constitución anterior. La actual Constitución destina ocho artículos, uno subdividido en varios numerales y literales que contienen detalladas disposiciones sobre este grupo de garantías procesales.

La justicia, que constituye el objeto de los derechos de la Constitución los denomina “de protección”, es el criterio superior y objetivo que rige las relaciones entre las personas, asignando a cada una lo suyo. La justicia debe inspirar toda ley, el Derecho mismo, pues es su fundamento y medida.

El Art. 76, contiene la legislación básica a nivel constitucional sobre el debido proceso. Dice así su encabezamiento: “En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes garantías básicas”. Luego viene el detalle de dichas garantías, desplegadas en catorce numerales, uno de los cuales, a la vez se subdivide en trece literales.

Al analizar lo esencial de cada uno de los preceptos contenidos en el artículo en referencia, así como de su contenido conceptual, no obstante que mucho de

³⁸ ZAGREBELSKY. Gustavo. Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia. Págs. 325-335.

ellos con de carácter adjetivo, propios, más bien, de la ley secundaria.

Creo pertinente citar al Dr. Ramón Eduardo Burneo, quien sostiene que “conviene revisar los conceptos que configuran la esencia de esta garantía y una breve referencia histórica. Comenzando por ésta podemos señalar que la Constitución de 1998 añadió dos elementos importantes sobre el debido proceso, el de que nadie podrá ser incomunicado y el de presunción de inocencia hasta que no se declare la culpabilidad en sentencia ejecutoriada.

Sobre la naturaleza, el debido proceso es un conjunto de derechos propios de las personas y anteriores al Estado de carácter sustantivo y procesal, reconocidos por la Constitución, que busca precautelar la libertad y procura que quienes sean sometidos a juicio, gocen de sus garantías para ejercer su derecho de defensa y obtener de los órganos judiciales y administrativos un proceso justo, pronto y transparente. Las garantías que articulan el debido proceso están contenidas en la Constitución que, por principio de jerarquía normativa, prevalecen sobre toda norma secundaria, práctica procesal y orden de autoridad”³⁹.

El numeral 7, contempla un aspecto de gran trascendencia en la vida de toda persona; este es el derecho a la defensa, el cual supone una serie de garantías que se expresan en trece numerales, con excesivo detalle que va hasta aspectos de carácter procesal o reglamentario; y, por tanto deberían haberse reservado para la ley y reglamentos respectivos y que el allanamiento a la demanda, obviamente debe ser considerado como un ejercicio de la defensa.

³⁹ BURNEO, Eduardo Ramón. Derecho Constitucional. Pág. 199.

4.3.2. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO DEL DIVORCIO

- a) La acción de divorcio es personalísima, es privativa de los cónyuges; y además, estos en varios casos, solo puede ser solicitado por el cónyuge inocente por regla general a excepción de la causal décima primera inciso segundo; así el divorcio es una disputa entre los cónyuges; es menester señalar que el último inciso del Art. 110 del Código Civil manifiesta “El divorcio por estas causas será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas, con la salvedad establecida en el inciso segundo de la causal 11 de este artículo”⁴⁰;
- b) La acción de divorcio no puede renunciarse y según nuestro ordenamiento jurídico, esto se debe a que no solo compromete el interés individual del los cónyuges sino que también entra el juego el interés general de la sociedad y por tal es una disposición de orden público, considerando que el matrimonio es la base de la familia y la familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Art. 123 del Código Civil codificado manifiesta “Son irrenunciables la acción de nulidad de matrimonio y la de divorcio.

Lo es también el derecho del cónyuge a que en caso de divorcio, se le entregue la parte de los bienes del otro, a que se refiere el artículo 112”, de tal

⁴⁰ CÓDIGO CIVIL. Ediciones Legales. Tomo I. Art. 110.

modo que el estado civil de las personas no puede ser objeto de convención, pues puede prestarse a muchas irregularidades;

- c) La acción de divorcio es prescriptible y esto no obstante que esta acción está fuera del comercio humano, pero el legislador velando por la paz conyugal, declara que prescribe por lo general en un año, obviamente que el cónyuge que alega la prescripción le corresponde acreditar el momento en que aquél tuvo conocimiento de la causal que invoca; de tal modo que esta prescripción puede renovarse si el cónyuge incurre nuevamente en hechos que constituyan la causal de divorcio y así no es aplicable la disposición del Art. 2409 del Código Civil que en su inciso final señala que la prescripción se suspende siempre entre cónyuges, pues de aceptarse ello equivaldría en la práctica que esta acción sea imprescriptible.

El Art. 124 del Código Civil señala expresamente “La acción de divorcio prescribe en el plazo máximo de un año contado: por las causas puntualizadas en los numerales 1, 5 y 7 del Art. 110, desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa de que se trate. O la del numeral 2, desde que se realizó el hecho. O las de los numerales 3, 4, 8 y 9, desde que cesó el hecho constitutivo de la causa; y por las de los numerales 6 y 10, desde que se ejecutorió la sentencia respectiva”⁴¹.

En tal virtud, la prescripción se cuenta desde el momento en que el cónyuge asistido de la acción de divorcio, tuvo conocimiento del hecho que le da origen, y se cuenta desde el momento en que el hecho se realizó aunque no lo haya conocido el titular de la acción; siendo menester aclarar que la prescripción de

⁴¹ CÓDIGO CIVIL. Ediciones Legales. Tomo I. Art. 124.

un año, es de corto tiempo y casi todas las legislaciones lo tienen; pero quien alega esta excepción, la debe probar, pues el legislador ha considerado que no puede quedar por mucho tiempo incierta la situación de la familia;

- d) La acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges de tal modo que el Art. 127 del Código Civil señala “Toda acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, aún en el caso de que la demanda se hallare ya propuesta, y cualquiera que fuere el estado del juicio”; y, esto es obvio porque con la muerte se extingue el ser humano y este hecho se justifica con la partida de defunción otorgada por el Registro Civil correspondiente;
- e) La acción de divorcio igualmente se extingue por la reconciliación, así lo señala el Art. 125 ibídem, al disponer “La acción de divorcio por ruptura de las relaciones conyugales se extingue por la reconciliación de los cónyuges; sin perjuicio de la que pueda deducirse por causa de una nueva separación que reúna las circunstancias determinadas en este título”⁴²; obviamente que esta reconciliación debe estar debidamente reconocida ante el juez de lo civil o mercantil que conoce la acción de divorcio y aceptada por el otro cónyuge;
- f) El divorcio requiere de un juicio y por tal se ejercita por medio de una acción civil; de tal modo que en nuestro ordenamiento jurídico el divorcio tiene carácter judicial y ello es consecuencia necesaria del principio de solemnidad y publicidad del mismo; de tal modo que los hechos constitutivos de causales de divorcio alegadas por el demandante, deben ser justificadas en juicio por medio de las pruebas señaladas en

⁴² CÓDIGO CIVIL. Ediciones Legales. Tomo I. Art. 125.

el Código de Procedimiento Civil, pues las causales de divorcio por regla general suponen un actor y demandado consciente y responsable; es decir imputables;

- g) La enumeración de las causales señaladas en el Art. 110 del Código Civil son taxativas; pero se manifiesta que existe otra causal en el Art. 13 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y a la Familia, que puede servir para dar por terminado el matrimonio civil;
- h) El vínculo matrimonial del cónyuge que se hubiere vuelto demente o sordomudo, que no puede darse a entender por escrito, no podrá disolverse por divorcio, así lo señala imperativamente el Art. 126 del Código Civil; y esto tiene su razón de ser, porque estas personas son incapaces absolutas para poder actuar y por ende no podían presentarse a juicio ni personalmente ni por interpuesta persona; o sea que en este caso el matrimonio es indisoluble; e,
- i) El Art. 129 del Código Civil codificado manifiesta “Cuando uno de los cónyuges fuere ecuatoriano, no podrá anularse, ni disolverse por divorcio el matrimonio contraído en el Ecuador sino mediante sentencia pronunciada por jueces ecuatorianos; de tal modo que no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en el Ecuador, mientras no se disuelva válidamente el matrimonio en nuestro país”⁴³; más aún el Art. 93 del Código Civil dispone “El matrimonio que, según las leyes del lugar en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá sin embargo

⁴³ CÓDIGO CIVIL. Ediciones Legales. Tomo I. Art. 126.

disolverse en el Ecuador sino en conformidad a las leyes ecuatorianas”⁴⁴.

Ahora bien el Art. 121 del Código Civil que motivó mi investigación, estipula: “En los juicios de divorcio, a excepción de los de mutuo consentimiento, se abrirá la causa a prueba, no obstante el allanamiento de la parte demandada”⁴⁵.

En esta norma claramente se advierte que en todo juicio de divorcio se debe abrir a prueba, inclusive pese a que la demandada o demandado se hubiere allanado a la demanda, esta situación, implica que se deja sin el derecho de una persona a comulgar con la misma pretensión de la actora o actor, pues en estas condiciones no se lograría nada con el allanamiento.

Entendiendo la institución jurídica del allanamiento debería realizarse un procedimiento especial que garantice el derecho de acceder a los órganos de la Función Judicial para que se pueda aprobar el allanamiento y obviamente se pruebe los aspectos de la causal invocada.

4.3.3. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL RESPECTO DEL ALLANAMIENTO A LA DEMANDA.

En el Código de Procedimiento Civil, se estipula la normativa sobre el Allanamiento a la Demanda, haciéndolo mediante las siguientes normas jurídicas:

“Art. 392.- El demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de

⁴⁴ CÓDIGO CIVIL. Ediciones Legales. Tomo I. Art. 93.

⁴⁵ CÓDIGO CIVIL. Ediciones Legales. Tomo I. Art. 121.

la demanda, en cualquier estado del juicio, antes de sentencia.

El allanamiento de uno o de varios demandados, sobre una obligación común divisible, no afectará a los otros, y el proceso continuará su curso con quienes no se allanaron.

Las mismas reglas se aplicarán en caso de reconvención⁴⁶.

La potestad que le otorga la Ley al demandado, está limitada por el Art. 121 del Código Civil que se analizaba en el ítem anterior, pues la norma anterior claramente contempla que la demandada o demandado puede allanarse y como vamos a ver más adelante éste puede pedir sentencia en forma directa, situación que no le permite en el caso del divorcio por lo que deberá esperar hasta que se pruebe la causal y luego sí, obtener sentencia, vulnerando así el derecho de la persona que en ejercicio de su defensa se allanó a la demanda.

El allanamiento debe tener características a ser consideradas, por lo que no se puede aceptar en algunos casos:

Art. 393.- “El allanamiento será ineficaz en los siguientes casos:

1.- Cuando el demandado sea incapaz;

2.- Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes;

⁴⁶ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Ediciones Legales. Tomo I. Art. 392.

- 3.- Cuando el demandado sea el Estado o alguna de sus instituciones;
- 4.- Cuando los hechos admitidos no puedan probarse por medio de confesión;
- 5.- Cuando la sentencia deba producir efectos de cosa juzgada respecto de terceros; y,
- 6.- Cuando siendo varios los demandados, sobre obligaciones indivisibles, no provenga de todos⁴⁷.

En los casos señalados ninguno se refiere al divorcio, por lo tanto, el allanamiento será eficaz y podría aprobárselo en sentencia.

Art. 394.- “La jueza o el juez aprobará el allanamiento mediante sentencia, la que causará ejecutoria”.

Inclusive es tan imperativa la norma que no admite ni recurso de apelación de la sentencia en la cual la demandada o demandado se allanó.

⁴⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Ediciones Legales. Tomo I. Art. 393.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

En Argentina el Código Civil tiene la misma prohibición que en el Ecuador, así se puede advertir de la jurisprudencia que cito a continuación:

“DIVORCIO. Causales. Reconocimiento expreso o allanamiento. - El Art. 232 del Código Civil confiere valor de prueba suficiente a la confesión y al reconocimiento de los hechos cuando la causal invocada es la separación de hecho, en cambio respecto a otras causales que puedan invocarse, el allanamiento no habrá de producir plenos efectos pues el mismo Art. 232 dispone que en los juicios de separación no será suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos. De ahí que, de manera alguna puede la cónyuge reconviniendo intentar acreditar la existencia de una causal subjetiva fundándose en el allanamiento de su contrario, pues resulta necesaria la acreditación de tales extremos mediante otros medios probatorios”⁴⁸.

En este país se contempla en la misma forma como en nuestro país, pues el sentido es el mismo, es decir no basta con el allanamiento sino que debe probarse.

En Chile también existe la posibilidad del divorcio expreso o unilateral y se rige a los siguientes elementos:

“En la audiencia preparatoria se ratifica la demanda y se da la palabra a los cónyuges para ver si quieren permanecer casados, con su respuesta de querer divorciarse el tribunal solicita a los abogados de cada cónyuge que ofrezcan pruebas, es solo un ofrecimiento de las pruebas que serán incorporadas posteriormente en la audiencia de juicio.

⁴⁸ <http://ar.vlex.com/tags/allanamiento-divorcio-661692>

Pruebas para Ofrecer en Juicio de Divorcio Unilateral.

- 1.- Certificado de Matrimonio
- 2.- Certificado de Residencia
- 3.- Cuentas de servicios básicos donde aparezca el nombre y domicilio de quien presenta la prueba
- 4.- Contrato de trabajo, aparezca el nombre y domicilio de quien presenta la prueba.
- 5.- Contrato de mutuo hipotecario o contrato de arriendo, de quien presenta la prueba.
- 7.- Cartola de banco.
- 8.- Cualquier documento donde aparezca su nombre y dirección, pagaré, demandas, etc.

Los documentos ofrecidos deben tener una fecha de emisión de a lo menos TRES años de antigüedad, con excepción del certificado de residencia y certificado de matrimonio e hijos.

Se debe tener necesariamente a lo menos tres documentos de los indicados para esta audiencia a parte del certificado de matrimonio.

Testimonial

A lo menos dos testigos. Pueden ser testigos los parientes porque son aquellas personas que más de cerca conocen la realidad. Se debe indicar nombres completos, RUT, domicilio y actividad.

Nota: Se hace presente que a esta audiencia preparatoria deben llevar estos datos escritos y proporcionárselos al abogado. No se requiere que los testigos estén presentes, ya que, ellos serán interrogados en la audiencia de juicio. Una vez ofrecida la prueba el tribunal dictará de inmediato la resolución fijando la fecha de la audiencia de juicio

Audiencia de Juicio de Divorcio Unilateral.

En la cual serán interrogados los testigos y además se rendirá la prueba documental incorporándola mediante la lectura de los documentos; luego de incorporada la prueba, el juez dará la palabra a los abogados para realizar los alegatos de clausura que tienen por finalidad realzar la prueba rendida, una vez finalizados los alegatos, el juez pronuncia su veredicto dictando su sentencia y fijará fecha de lectura de fallo o puede entregar la sentencia de inmediato si los abogados renunciaron a los plazos y recursos legales.

Con la copia de la sentencia autorizada por el tribunal se puede inscribir el divorcio en el Registro Civil el cual tarda aproximadamente sesenta días hábiles en realizar la inscripción⁴⁹.

Aunque no se ha establecido la aceptación o no del allanamiento es necesario indicar que con la existencia del divorcio unilateral se avanza en cuanto a la institución jurídica del divorcio.

⁴⁹ <http://www.todojuicio.cl/abogados-divorcio-juicio-unilateral.php>

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. MATERIALES UTILIZADOS

En toda investigación tenemos que contar con materiales adecuados que nos permitan ejecutar de buena manera la investigación, es así, que se utilizó materiales tales como los materiales de escritorio, las fuentes bibliográficas y las herramientas tecnológicas para poder agrupar todos los componentes de investigación.

5.2. METODOS

Es preciso indicar que para la realización del presente trabajo de Tesis, me serví de los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, o sea, las formas o medios que nos permiten descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos.

EL MÉTODO CIENTÍFICO, es el instrumento adecuado que permite llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza y en la sociedad mediante la conjugación de la reflexión comprensiva y el contacto directo con la realidad objetiva, es por ello que en este trabajo investigativo me apoyé en el método científico, como el método general del conocimiento, así como también en los siguientes:

MÉTODO DEDUCTIVO.- Me ha permitido abordar el estudio de los conocimientos generales hasta llegar a la comprensión en lo particular.

MÉTODO INDUCTIVO.- Este métodos me permitió, primero conocer la realidad del problema a investigar partiendo desde lo particular hasta llegar a lo general, en algunos casos.

MÉTODO DESCRIPTIVO.- Este método me comprometió a realizar una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema y así demostrar los problemas existentes en nuestra sociedad.

MÉTODO MATERIALISTA HISTORICO.- Me permitió conocer el pasado del problema sobre su origen y evolución y así realizar una diferenciación con la realidad en la que actualmente nos desenvolvemos.

MÉTODO ANALITICO.- Me permitió estudiar el problema enfocándolo desde el punto de vista social, jurídico, político y económico; y, analizar así sus efectos.

MÉTODO COMPARATIVO.- Con la aplicación de dicho método pude comparar las normas legales de otros países y las de otras disposiciones sobre el procedimiento de la adopción, lo que me permitió abordar mi problemática en el ámbito internacional.

La investigación realizada es de carácter documental, bibliográfica y de campo y comparativamente para encontrar normas jurídicas comunes en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, para descubrir sus relaciones o estimular sus diferencias o semejantes y por tratarse de una investigación analítica apliqué también la hermenéutica dialéctica en la interpretación de los textos que fueron necesarios.

5.3. TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS

Como técnicas de investigación para la recolección de la información utilicé fichas bibliográficas, fichas mnemotécnicas de transcripción y mnemotécnicas de comentario, con la finalidad de recolectar información doctrinaria, así mismo mantuve una agenda de campo para anotar todos los aspectos relevantes que se pudieron establecer durante la investigación y en la recolección de la información o a través de la aplicación de las técnicas de la encuesta y entrevista.

La encuesta fue aplicada a treinta Abogados en libre ejercicio profesional, por tratarse de reformas legales, para conocer su criterio y para que me den a conocer su perspectiva sobre la temática a investigar y poder desarrollar con normalidad y absoluta profundidad este trabajo y la entrevista a tres profesionales de solvencia académica.

Finalmente los resultados de la investigación recopilada durante su desarrollo fueron expuestas en el informe final el cual contiene la recopilación bibliográfica y análisis de los resultados que fueron expresados mediante cuadros estadísticos; y, también analizando las entrevistas a los funcionarios de los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, culminando este trabajo, realizando la comprobación de los objetivos y la verificación de la hipótesis planteada, para finalizar con la redacción efectuada de las conclusiones, recomendaciones y posteriormente con la elaboración del proyecto de reformas al Código Civil.

6. RESULTADOS

6.1. ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENCUESTA.

Con la finalidad de tener un acercamiento real al problema de investigación, y para dar cumplimiento a los requerimientos metodológicos establecidos en la Carrera de Derecho, en la Modalidad de Estudios a Distancia, procedí a la realización de un trabajo investigativo de campo a través de la aplicación de la técnica de la encuesta, instrumento que fue aplicado a treinta Abogados en libre ejercicio profesional y que fue diseñada en base al problema, los objetivos y la hipótesis constantes en el proyecto de Tesis, por lo que he considerado didáctico presentar la información utilizando cuadros estadísticos y gráficos que permiten visualizar de mejor forma los resultados obtenidos, para luego analizarlos e interpretarlos.

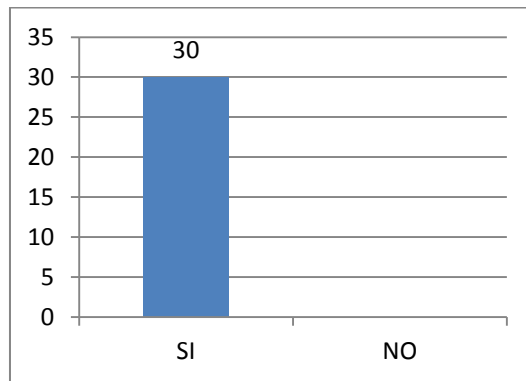
PRIMERA PREGUNTA

¿Conoce usted sobre el régimen aplicable al Divorcio?

INDICADORES	f	%
SI	30	100%
NO	-	-
TOTAL	30	100%

Autor: Segundo Tenesaca

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional



INTERPRETACIÓN

Al ser la población investigada profesionales en Derecho, la respuesta a esta pregunta es evidente que resultaría positiva, pues aunque el principio de conocimiento de la ley nos involucra a todos los profesionales de Derecho por ejercer su profesión están obligados al conocimiento de la ley, por ello, el 100% de la población investigada, tienen conocimiento sobre el régimen legal aplicable al divorcio.

ANÁLISIS

El conocimiento de las normas jurídicas que regulan el divorcio es muy importante en la población investigada, con ello se garantiza la efectividad de mi investigación, pues al conocer la mayoría de mis encuestados sobre el divorcio, éstos pueden brindarme información valiosa a lo largo de las otras preguntas de la encuesta, información que me servirá de mucho para poder sustentar mi propuesta de reforma.

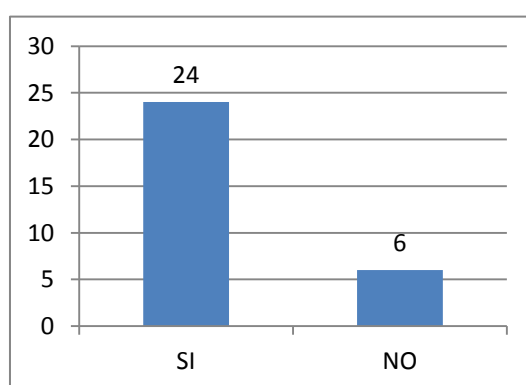
SEGUNDA PREGUNTA

¿Considera usted que es adecuado el allanamiento en los juicios civiles?

INDICADORES	f	%
SI	24	80%
NO	06	20%
TOTAL	30	100%

Autor: Segundo Tenesaca

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional



INTERPRETACIÓN

La población investigada en su mayoría absoluta (93%) considera que es adecuado el allanamiento en los juicios civiles, alcanzando una relación estrecha con la primera pregunta pues el conocimiento de mis investigados es absoluto en el área jurídica y en este caso en forma específica sobre las normas del Procedimiento Civil. Y esto es lógico por cuanto mis investigados tienen que conocerlo porque a diario están relacionados con la tramitación de juicios civiles.

ANÁLISIS

El proceso civil puede terminarse por la figura jurídica del allanamiento, situación que está plenamente ligada a la voluntad de las partes, es decir, si una persona es demandada por otra, y está de acuerdo con sus pretensiones,

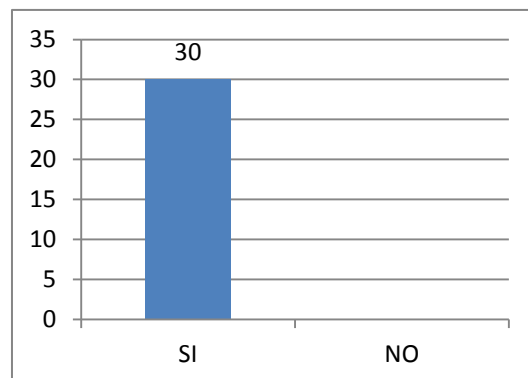
puede allanarse a la misma y según el Código de Procedimiento Civil, tal allanamiento pondría fin a la demanda, situación con la cual mis encuestados están en absoluto acuerdo.

TERCERA PREGUNTA

¿Considera usted que debe existir el allanamiento en los juicios de divorcio?

INDICADORES	f	%
SI	30	100%
NO	-	-
TOTAL	30	100%

Autor: Segundo Tenesaca
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional



INTERPRETACIÓN

Se puede apreciar con claridad que la mayoría absoluta de la población investigada, es decir, el 100%, opinan que debe existir el allanamiento en los juicios de divorcio.

ANÁLISIS

Los encuestados en su mayoría confundieron el alcance de la pregunta, pues

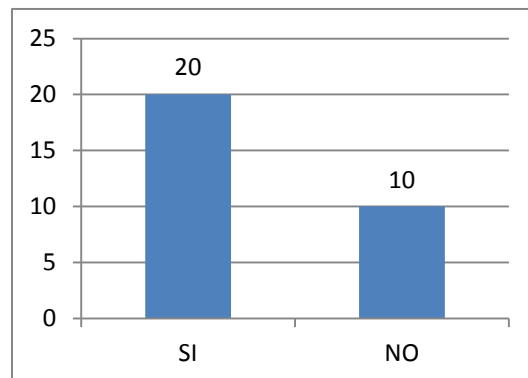
todos están de acuerdo con que exista el allanamiento en los juicios de divorcio, como en efecto lo contempla el Código de Procedimiento Civil, lo que no se estipula en la Ley es el hecho que cuando exista el allanamiento del demandado debería estipularse otro procedimiento para obtener el divorcio, pues es menester que ya que existe el allanamiento por la parte demandada se realice mediante otro procedimiento, de modo que pueda desarrollarse el derecho de las personas a la tutela judicial efectiva y el acceso de las partes a la justicia.

CUARTA PREGUNTA

¿Estima usted conveniente que exista un nuevo procedimiento para los juicios de divorcio en los que se allana a la demanda el demandado?

INDICADORES	f	%
SI	20	66%
NO	10	34%
TOTAL	30	100%

Autor: Segundo Tenesaca
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional



INTERPRETACIÓN

Se puede evidenciar con claridad que la mayoría de la población investigada, es decir, el 66%, opinan que es conveniente que exista un nuevo procedimiento

para los juicios de divorcio en los que se allana a la demanda el demandado, mientras que el 24% en cambio, opina todo lo contrario, es decir que no debe haber un nuevo procedimiento para los juicios de divorcio en los que se allana a la demanda el demandado.

ANÁLISIS

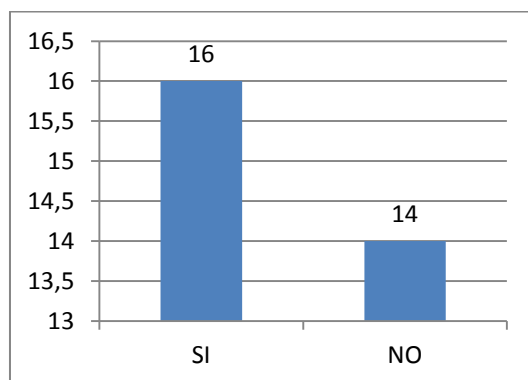
Mis encuestados en esta pregunta muy claramente están de acuerdo con que exista un procedimiento especial para los casos en los que el demandado se allane a la demanda, eso equivaldría a pueda ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva y en ejercicio de su derecho a la defensa pueda allanarse al a la demanda que se propone en su contra.

QUINTA PREGUNTA

¿Considera conveniente que garantizando el principio del debido proceso y a la tutela judicial efectiva, se debe tener un procedimiento especial, cuando el cónyuge demandado se allane a la demanda?

INDICADORES	f	%
SI	16	53%
NO	14	47%
TOTAL	30	100%

Autor: Segundo Tenesaca
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional



INTERPRETACIÓN

Se puede evidenciar con claridad que la mayoría de la población investigada, es decir, el 53%, está de acuerdo con que garantizando el principio del debido proceso y a la tutela judicial efectiva, se debe tener un procedimiento especial, cuando el cónyuge demandado se allane a la demanda, mientras que el 47% en cambio, opina todo lo contrario, es decir que no debe tener un procedimiento especial.

ANÁLISIS

En esta pregunta parecería que la población encuestada está dividida sin embargo sus criterios al responder evidencian su acuerdo para la existencia de un procedimiento especial ya que quienes sostienen que no debe existir lo hacen amparados en los siguientes aspectos:

- Debe darse igual trato, porque es parte procesal.
- Porque el allanamiento solo vuelve las pretensiones del acto.
- Se debe procurar la celeridad y la economía procesal.
- El allanamiento de la germinación de la sentencia aceptando la demanda.
- El allanamiento solo revierte los efectos.

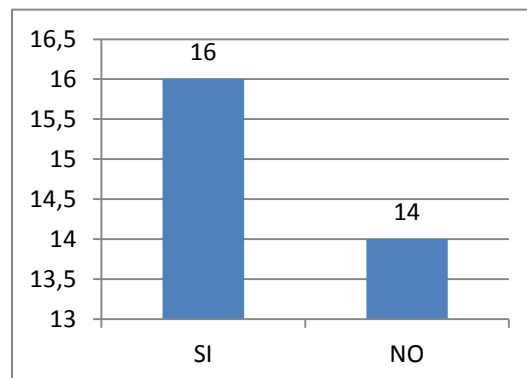
SEXTA PREGUNTA

¿Está de acuerdo con reformar el Art. 121 del Código Civil que estipula: “Art. 121.- En los juicios de divorcio, a excepción de los de mutuo consentimiento se abrirá la causa a prueba, no obstante el allanamiento de la parte demandada”, con la finalidad de que se otorgue un nuevo procedimiento?

INDICADORES	f	%
SI	16	53%
NO	14	47%
TOTAL	30	100%

Autor: Segundo Tenesaca

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional



INTERPRETACIÓN

Se puede evidenciar con claridad que la mayoría de la población investigada, es decir, el 53%, está de acuerdo en reformar el Art. 121 del Código Civil con la finalidad de que se otorgue un nuevo procedimiento, mientras que el 47% en cambio, opina todo lo contrario, es decir que no se debe implementar ninguna reforma al Código Civil.

ANÁLISIS

Igualmente que en la pregunta anterior los encuestados han dividido su opinión

en el sentido de que la reforma no se necesitaría por cuanto en la Ley ya consta el hecho de que allanarse se pediría sentencia, pero no se ha observado el hecho de que no sirve de nada el allanamiento en virtud de que igual se abre la causa a prueba por los seis días ya que se trata de un juicio verbal sumario.

6.2. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENTREVISTA.

ENTREVISTA A UN JUEZ DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE PICHINCHA

PRIMERA PREGUNTA

¿Conoce usted sobre el régimen aplicable al Divorcio?

Sí por supuesto, por ser mi profesión y por ser Juzgador.

SEGUNDA PREGUNTA

¿Considera usted que es adecuado el allanamiento en los juicios civiles?

Así lo estipula la Ley y por lo tanto, considero que sí es adecuado porque la propia naturaleza del juicio y tratándose de materia civil, puede haber el allanamiento del demandado.

TERCERA PREGUNTA

¿Considera usted que debe existir el allanamiento en los juicios de divorcio?

Sí, y la ley lo prevé, porque claramente el Art. 121 del Código Civil contempla la posibilidad del allanamiento en los juicios de divorcio, pero hace la aclaración

que se abrirá la causa a prueba no obstante del allanamiento, contrariando un poco el sentido del allanamiento.

CUARTA PREGUNTA

¿Estima usted conveniente que exista un nuevo procedimiento para los juicios de divorcio en los que se allana a la demanda el demandado?

Creo que sería lo correcto, porque en la actualidad no se está desarrollando el derecho del demandado de allanarse, pues no sirve de nada el allanamiento del cónyuge demandado porque igualmente se abre la causa a prueba.

QUINTA PREGUNTA

¿Considera conveniente que garantizando el principio del debido proceso y a la tutela judicial efectiva, se debe tener un procedimiento especial, cuando el cónyuge demandado se allane a la demanda?

Sí, creo que sí, porque si ya existe el allanamiento por parte de la demandada o demandado dependiendo del caso, el proceso puede concluir aplicando las disposiciones legales del Código de Procedimiento Civil, es decir concluiría el juicio. Entonces sería evidente la oportunidad para el demandado de allanarse a la demanda y poner fin al litigio.

SEXTA PREGUNTA

¿Está de acuerdo con reformar el Art. 121 del Código Civil que estipula: “Art. 121.- En los juicios de divorcio, a excepción de los de mutuo consentimiento se abrirá la causa a prueba, no obstante el allanamiento de la parte demandada”, con la finalidad de que se otorgue un nuevo procedimiento?

Considero que lo que usted propone es del todo procedente, ya que la Constitución de la República del Ecuador mantiene entre los principios de la Justicia el de celeridad y de economía procesal, por lo tanto, debería aplicarse tales principios.

COMENTARIO

En fin, mi entrevistado, mantiene el criterio de reformar el Código Civil con la finalidad de incorporar un nuevo procedimiento cuando exista el allanamiento del demandado en el juicio del divorcio, el entrevistado comparte mi criterio en toda su dimensión, pues sostiene que no se está cumpliendo con la figura jurídica del allanamiento, menos aún con los preceptos constitucionales de economía procesal.

ENTREVISTA A UNA JUEZA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE PICHINCHA

PRIMERA PREGUNTA

¿Conoce usted sobre el régimen aplicable al Divorcio?

Sí tengo conocimiento de la materia en Derecho Civil y también en Derecho de Familia.

SEGUNDA PREGUNTA

¿Considera usted que es adecuado el allanamiento en los juicios civiles?

Sí, por algo está previsto en la Ley.

TERCERA PREGUNTA

¿Considera usted que debe existir el allanamiento en los juicios de divorcio?

Totalmente de acuerdo pues siempre las disposiciones legales deben ser permisibles para que se desarrolle toda institución jurídica, en este caso el allanamiento a la demanda como un derecho de las personas.

CUARTA PREGUNTA

¿Estima usted conveniente que exista un nuevo procedimiento para los juicios de divorcio en los que se allana a la demanda el demandado?

Sería regio que se distinga las normas legales para el caso del divorcio y no sea el trámite verbal sumario, sino que sea un procedimiento oral en el que se simplifique el trámite por existir el allanamiento.

QUINTA PREGUNTA

¿Considera conveniente que garantizando el principio del debido proceso y a la tutela judicial efectiva, se debe tener un procedimiento especial, cuando el cónyuge demandado se allane a la demanda?

Así lo sostuve en la pregunta anterior, y en esta pregunta que usted hace alusión a preceptos constitucionales se fundamenta más mi criterio en que sí sería necesario.

SEXTA PREGUNTA

¿Está de acuerdo con reformar el Art. 121 del Código Civil que estipula:

“Art. 121.- En los juicios de divorcio, a excepción de los de mutuo

consentimiento se abrirá la causa a prueba, no obstante el allanamiento de la parte demandada”, con la finalidad de que se otorgue un nuevo procedimiento?

Estoy de acuerdo con su propuesta y espero que tenga éxito.

COMENTARIO

La doctora que recientemente está en ejercicio de las funciones de Juzgadora tiene una visión moderna de la legislación y está de acuerdo con que se realicen las reformas al Código Civil en el sentido que propongo.

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Al desarrollar el presente subcapítulo debo indicar que he culminado con satisfacción mi investigación doctrinaria, jurídica y empírica, por lo que puedo manifestar que pude verificar positivamente los objetivos planteados al inicio de la presente tesis.

Cabe mencionar el objetivo general el cual fue redactado de la siguiente manera:

- Realizar un estudio jurídico, crítico, doctrinario de las diferentes ramas del derecho que tengan relación con la institución del divorcio y del debido proceso con la finalidad de encontrar la base del problema planteado y darle una fundamentada solución.

El estudio jurídico lo realicé al desarrollar el análisis bibliográfico en todos sus parámetros, ya que analizando jurídicamente el régimen legal que regula el divorcio y en fin de todas las normas jurídicas conexas que se pueden constatar en los numerales constantes en el acápite de la revisión de literatura.

Por lo tanto este objetivo ha sido plenamente verificado tanto por el desarrollo de la revisión de la literatura presentado.

En lo que respecta a los objetivos específicos, considero adecuado verificar cada uno de ellos, por lo tanto los transcribiré en su orden respectivamente:

- Identificar las causas por las cuales los juicios de divorcio controvertido en donde el demandado se allana a la demanda son igual de largos que cuando se han propuesto excepciones.

Para la verificación de este objetivo realicé el estudio constante en el marco jurídico, cuando realicé el análisis del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil en el que se establece que no existe diferencia entre el allanamiento a la demanda y los que no se allanan a la demanda, pues la causa igual se recibe a prueba y es lo que demora el procedimiento.

Por todo lo enunciado anteriormente y en base a todas las consideraciones expuestas ha sido posible la verificación de este objetivo específico.

- Determinar las consecuencias que provocan el no dictar sentencia, inmediatamente luego que un demandado en juicio controvertido de divorcio se ha allanado a la demanda.

Para la verificación de este segundo objetivo específico planteado en el mismo marco jurídico se establece que la consecuencia inmediata es la pérdida de tiempo de las partes y la pérdida de recursos por parte del Estado al tener que tramitar procedimientos en los que ha existido el allanamiento de la demandada o demandado según corresponda.

Por todas las versiones vertidas como autora y obtenidas tanto por el estudio realizado, así como por el trabajo de campo aplicado se ha llegado a la verificación o comprobación de este segundo objetivo planteado en la presente investigación.

- Plantear un proyecto de reforma legal al trámite del divorcio controvertido, con la finalidad de darle celeridad en los casos en que el demandado se allana con la demanda; es decir, reformar el Art. 121 del Código Civil.

Por todo lo enunciado anteriormente, y en base a todas las consideraciones expuestas ha sido posible la verificación de este objetivo específico, además a este objetivo se lo pudo comprobar finalmente y de forma categórica, verificarlo aún más al presente, con la aplicación de las encuestas y entrevistas, cuyo análisis me permitió idear de mejor manera la propuesta que la incluiré en el punto respectivo. Es por ello que con todo lo estipulado y analizado oportunamente me ha sido posible la verificación de último objetivo específico.

7.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Terminada la comprobación de los objetivos, me corresponde efectuar lo mismo con la hipótesis planteada la cual quedó estipulada de la siguiente forma:

- Al no dictarse sentencia luego de que un demandado en juicio de divorcio se allane a las pretensiones de la demanda, puede ser causa para que no se cumpla con los principios de simplicidad, celeridad y economía procesal.

En lo que concierne con la hipótesis planteada, a medida que he desarrollado la presente tesis, he podido comprobarla, ya que con el estudio estipulado dentro de la revisión de literatura, y a través de los objetivos tanto el general como el específico, relacionados con el trabajo de campo, se logró evidenciar que la falta de un procedimiento cuando se allanen a la demanda en el juicio de divorcio atenta contra los derechos a la seguridad jurídica y los principios de celeridad, simplicidad y economía procesal.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

La fundamentación jurídica para mi propuesta de reforma legal creo que se resume en todo el trabajo de investigación realizado, pues he demostrado que es necesario realizar tal propuesta para mejorar la legislación ecuatoriana y brindar mayor seguridad jurídica en nuestro país.

Por el rol primordial que cumple o debe cumplir el Estado, la Constitución de la República del Ecuador, la Función Legislativa en su debido momento y demás instituciones, como es, el de velar por el eficaz cumplimiento de los derechos de las personas y eso conlleva a la seguridad jurídica de los ciudadanos.

Lo antes dicho involucra una serie de derechos que el Estado a través de la Constitución de la República del Ecuador, tiene que asegurar y garantizar como es el derecho a la seguridad jurídica, de ahí que se hace necesario siempre, mejorar la legislación ecuatoriana.

8. CONCLUSIONES

Luego de culminar la presente investigación, sobre la problemática planteada, he podido llegar a determinar las siguientes conclusiones más relevantes:

- La seguridad jurídica es un derecho de las personas y así se protege constitucionalmente e implica que se deben cumplir las normas jurídicas en la forma que están prescritas
- El Código de Procedimiento Civil no establece diferenciación en cuanto al allanamiento como figura jurídica, es decir, pone fin al litigio.
- La mayoría de las personas investigadas a través de la encuesta estima necesario que se permita que con el allanamiento de la demandada o demandado según corresponda, se pueda poner fin al litigio en tratándose de los juicios de divorcio.
- Que lamentablemente, con la contradicción existente entre el Art. 121 Código Civil y los principios constitucionales de celeridad, simplicidad y economía procesal se genera inseguridad jurídica que debe ser superada.
- El Código Civil contiene normas legales que no han sido reformadas con la vigencia de las normas constitucionales que actualmente deben aplicarse en forma directa y obligatoria.
- Es necesario que se reforme el Código Civil para que se contemple la posibilidad que se ponga fin a los juicios de divorcio cuando el demandado se ha allanado a la demanda contando con un procedimiento especial y simplificado en razón del allanamiento.

9. RECOMENDACIONES

Las principales recomendaciones que pueden hacerse en relación con la problemática investigada son las siguientes:

- Que la Asamblea Nacional, procedan a la revisión de las disposiciones incluidas en el Código Civil y Código de Procedimiento Civil.
- Que, la Federación Nacional de Abogados a nivel nacional, y cada Colegio de Abogados organicen seminarios, y talleres de capacitación dirigidos a sus socios, cuyas temáticas versarán sobre el Derecho de Familia, Derecho Civil y Procesal Civil.
- Que se expidan reformas al Código Civil y Código de Procedimiento Civil para contar con un procedimiento simplificado en los juicios de divorcio que exista allanamiento de la demandada o el demandado.
- Que los Abogados en libre ejercicio de la profesión informen a sus clientes sobre la posibilidad de simplificar el trámite del divorcio y hacer efectivo el allanamiento a la demanda
- Que las personas que inician juicios de divorcio siempre observen la lealtad procesal y en lugar de oponerse a la voluntad de uno de los cónyuges, ésta se respete y se allanen a las pretensiones de la actora o actor.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA.

EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Considerando:

Que es deber primordial del Estado garantizar a todos los ciudadanos del derecho a la seguridad jurídica y desarrollar los principios de celeridad, simplicidad y economía procesal.

Que los cónyuges demandados en juicio de divorcio no pueden obtener tutela judicial efectiva por cuanto pese al allanamiento el procedimiento es igual al juicio de divorcio en el que no existe allanamiento.

De conformidad al numeral 6 del Art. 120 de la Constitución:

En ejercicio de sus atribuciones:

Resuelve:

EXPEDIR LA SIGUIENTE LEY REFORMOTARIA AL CÓDIGO CIVIL

Artículo 1.- El Art. 121 dirá:

“En los juicios de divorcio, a excepción de los de mutuo consentimiento, se abrirá la causa a prueba, no obstante el allanamiento de la parte demandada.

Si existe allanamiento de la parte demandada se seguirá el siguiente procedimiento:

El demandado comparecerá a una Audiencia de Juzgamiento en la cual se ratificará en el allanamiento, posteriormente se oirá a los testigos de la parte

actora y se resolverá sobre la situación de los menores, de ser procedente la causal por la que se ha demandado el divorcio a criterio de la juez o juez, dictará sentencia aceptando el allanamiento”.

Artículo 2.-Deróguense todas las normas legales que se opongan a la presente reforma.

Art. FINAL.- Esta Ley reformativa entrará en vigencia desde su promulgación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los diecisiete días del mes de junio de dos mil doce. f.) Presidente de la Asamblea Nacional.- f.), Secretario de la Asamblea Nacional.

10. BIBLIOGRAFIA

- CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 2002.
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, Noviembre 2008.
- CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2005.
- CABANELLAS DE TORRES. Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Ed. Heliasta. 1997.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2011.
- DIAZ, Ruy. DICCIONARIO JURIDICO, Diccionario Jurídico de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO, Océano Uno, Editorial Océano, Año 2004.
- ESPASA. Diccionario Jurídico Espasa. Espasa Calpe S.A. Madrid – España. 2001.
- ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.
- DIEZ PICAZO, Luis María. Sistema de Derechos Fundamentales.
- CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y

Comparado.

- LOVATO, Juan Isaac. Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano.
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico.
- LARREA HOLGUIN, Juan. Derecho Civil del Ecuador. Tomo XII.
- www.noticias.jurídicas.com
- www.amazon.com
- www.google.com

11. ANEXOS

PROYECTO



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

**“LA NECESIDAD DE EXPEDIR UNA LEY REFORMATORIA AL
CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, EN RELACIÓN A SIMPLIFICAR EL
PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO CONTROVERTIDO CUANDO EL
DEMANDADO SE ALLANA A LA DEMANDA”**

PROYECTO DE TESIS DE GRADO,
PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR:

SEGUNDO BALDOME TENESACA TACURI

LOJA – ECUADOR

2014

1. TEMA

LA NECESIDAD DE EXPEDIR UNA LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, EN RELACIÓN A SIMPLIFICAR EL PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO CONTROVERTIDO CUANDO EL DEMANDADO SE ALLANA A LA DEMANDA.

2. PROBLEMÁTICA

El Código Civil Ecuatoriano en su Art. 81 señala: “Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”, y efectivamente esto es lo que sucede mientras existe armonía dentro del mismo, sin embargo cuando el deseo de los esposos ya no es el de vivir juntos recurren al divorcio, facultad o derecho que lo pueden hacer valer en conjunto o por separado según los Arts. 107 ibídem que trata del divorcio por mutuo consentimiento, mismo que tiene un trámite especial en el que luego de que las partes expresan de consuno y viva voz su deseo de divorciarse y quedar de acuerdo en cuanto a sus hijos y bienes éste tendrá de inmediato su sentencia; y, el Art. 110 ibídem otorga al cónyuge ofendido la facultad de demandar el divorcio por una de las causales establecidas en el artículo antes mencionado, siendo muy acertadamente el trámite para este proceso el verbal sumario. Sin embargo en los casos en que uno de los cónyuges ha sido citado y este se allana a la demanda debería de inmediato dictarse sentencia, caso contrario el divorcio en el trámite verbal sumario resulta innecesariamente demasiado largo, ya que a pesar de estar de acuerdo con el divorcio debe cumplirse con todo el procedimiento como si no lo estuviere, es decir, aunque el demandado llegue a la audiencia de conciliación y al igual que el actor exprese su deseo de dar por terminado el vínculo matrimonial que los une, estos deben seguir con

el trámite y presentar las pruebas de que se creyeren asistidos para demostrar lo manifestado en la demanda inicial, así como en el allanamiento.

Dejándose entrever que las audiencias de conciliación en estos casos no sirven en lo absoluto, ya que si en la audiencia de conciliación quedan de acuerdo en divorciarse debería en ese entonces elevarse a sentencia ese acuerdo.

Para sustentar lo manifestado en mi proyecto hice referencia a lo estipulado en el inciso primero del Art. 392 del Código de Procedimiento Civil que estipula que el demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, en cualquier estado del juicio, antes de sentencia; así, el Art. 394 ibídem estipula “La Jueza o el Juez aprobará el allanamiento mediante sentencia, la que causará ejecutoria”; y no podemos dejar de lado el Art. 833 ibídem que estipula: “La audiencia de conciliación comenzará por la contestación a la demanda, que contendrá las excepciones dilatorias y perentorias, de que se crea asistido el demandado. Trabado así el litigio, la jueza o el juez procurará la conciliación y, de obtenerla, quedará concluido el juicio.

Al no darse o aceptarse lo referido en el párrafo anterior, claramente se está atentando contra el debido proceso sostenido en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador y los principios de simplificación, eficacia celeridad y economía procesal plenamente reconocidos en el Art. 169 ibídem: “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.

3. JUSTIFICACIÓN

El presente proyecto se motivó por cuanto dentro del Código Civil de nuestro país en el Art. 81 encontramos que “Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”, y efectivamente esto es lo que sucede mientras existe armonía dentro del mismo, sin embargo cuando el deseo de los esposos ya no es el de vivir juntos recurren al divorcio, facultad o derecho que lo pueden hacer valer en conjunto o por separado según los Arts. 107 ibídem que trata del divorcio por mutuo consentimiento, mismo que tiene un trámite especial en el que luego de que las partes expresan de consuno y viva voz su deseo de divorciarse y quedar de acuerdo en cuanto a sus hijos y bienes éste tendrá de inmediato su sentencia; y, el Art. 110 ibídem otorga al cónyuge ofendido la facultad de demandar el divorcio por una de las causales establecidas en el artículo antes mencionado, siendo muy acertadamente el trámite para este proceso el verbal sumario. Sin embargo en los casos en que uno de los cónyuges ha sido citado y este se allana a la demanda debería de inmediato dictarse sentencia, caso contrario el divorcio en el trámite verbal sumario resulta innecesariamente demasiado largo, ya que a pesar de estar de acuerdo con el divorcio debe cumplirse con todo el procedimiento como si no lo estuviere, es decir, aunque el demandado llegue a la audiencia de conciliación y al igual que el actor exprese su deseo de dar por terminado el vínculo matrimonial que los une, estos deben seguir con el trámite y presentar las pruebas de que se creyeren asistidos para demostrar lo manifestado en la demanda inicial, así como en el allanamiento.

Dejándose entrever que las audiencias de conciliación en estos casos no sirven en lo absoluto, ya que si en la audiencia de conciliación quedan de acuerdo en divorciarse debería en ese entonces elevarse a sentencia ese acuerdo.

Para sustentar lo manifestado en mi proyecto haré referencia a lo estipulado en el inciso primero del Art. 392 del Código de Procedimiento Civil que estipula que el demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, en cualquier estado del juicio, antes de sentencia; así, el Art. 394 ibídem estipula “La Jueza o el Juez aprobará el allanamiento mediante sentencia, la que causará ejecutoria”; y no podemos dejar de lado el Art. 833 ibídem que estipula: “La audiencia de conciliación comenzará por la contestación a la demanda, que contendrá las excepciones dilatorias y perentorias, de que se crea asistido el demandado. Trabado así el litigio, la jueza o el juez procurará la conciliación y, de obtenerla, quedará concluido el juicio.

Al no darse o aceptarse lo referido en el párrafo anterior, claramente se está atentando contra el debido proceso sostenido en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador y los principios de simplificación, eficacia celeridad y economía procesal plenamente reconocidos en el Art. 169 ibídem: “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.

Se observa también que con el fin de hacer valer los principios de simplificación, celeridad y economía procesal al trámite del divorcio se lo debe dar por terminado y dictar sentencia cuando un demandado por causal de divorcio se allana a la misma y

comparece manifestando su conformidad, ya que busca el mismo fin es decir pretendiendo el divorcio. Esto evitaría la gran congestión procesal que existe en los Juzgados del Ecuador.

4. OBJETIVOS.

4.1. OBJETIVO GENERAL.

- ✓ Realizar un estudio jurídico, crítico, doctrinario de las diferentes ramas del derecho que tengan relación con la institución del divorcio y del debido proceso con la finalidad de encontrar la base del problema planteado y darle una fundamentada solución.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- ✓ Identificar las causas por las cuales los juicios de divorcio controvertido en donde el demandado se allana a la demanda son igual de largos que cuando se han propuesto excepciones.
- ✓ Determinar las consecuencias que provocan el no dictar sentencia, inmediatamente luego que un demandado en juicio controvertido de divorcio se ha allanado a la demanda.
- ✓ Plantear un proyecto de reforma legal al trámite del divorcio controvertido, con la finalidad de darle celeridad en los casos en que el demandado se allana con la demanda; es decir, reformar el Art. 121 del Código Civil.

4.3. HIPÓTESIS.

- ✓ Al no dictarse sentencia luego de que un demandado en juicio de

divorcio se allane a las pretensiones de la demanda, puede ser causa para que no se cumpla con los principios de simplicidad, celeridad y economía procesal.

5. MARCO TEÓRICO.

Antes de entrar en las definiciones, características e historia del Divorcio, es necesario considerar la preexistencia de una relación vinculante de carácter legal denominado Matrimonio, el cual es considerado como la institución social más importante en la que a través de esta se establece la integración de una familia, derivada de la ley biológica que exige la perpetuidad de una especie, en este caso la humana.

El Matrimonio se podría definir como un contrato civil según lo contempla el Código Civil, (porque tiene la presencia del Estado) y solemne (porque necesita requisitos para que tenga validez), celebrado entre dos personas de sexo diferente (hombre y mujer), con el objetivo de perpetuar la especie.

En el aspecto civil, es considerado como un contrato el cual sólo será válido si se ciñe a las normas establecidas por nuestra ley, como contrato este reviste una serie de formas solemnes sancionadas por una autoridad civil en tal carácter contractual podemos asumir que este reviste un carácter de disolubilidad, y es en tal caso que se puede recurrir ante la autoridad para solicitar tal disolución del vínculo no sin que la autoridad procure garantizar los intereses de los hijos, y de ambos cónyuges, por lo que es de vital importancia el conocimiento de sus derechos con respecto de su persona, bienes e hijos.

De lo antes dicho, el matrimonio se disuelve por dos razones fundamentales:

- c. Por la muerte de uno de los cónyuges: Esto es acorde con nuestras disposiciones legales vigentes, ante la desaparición física de uno de los esposos, el vínculo entre ambos deja de existir y de producir efectos jurídicos válidos.
- d. Por el divorcio: Que es el medio que se utiliza como procedimiento especial destinado a lograr el cese de la relación nupcial.

He aquí entonces el origen del divorcio y relación con el matrimonio por ser una de las formas de terminarlo.

El Divorcio se puede definir como "la disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en la posibilidad de contraer otro matrimonio". También puede ser definido "El Divorcio es la ruptura del vínculo conyugal, pronunciado por tribunales, a solicitud de uno de los esposos (Divorcio por causa determinada) o de ambos (Divorcio por mutuo consentimiento) sanción resultante de una acción encaminada a obtener la disolución del matrimonio".

Es decir que el divorcio es sinónimo de rompimiento absoluto y definitivo del vínculo matrimonial entre los esposos, por la intervención de una autoridad judicial facultada por las leyes.

De estas definiciones se desprende lo siguiente:

- El divorcio, igual que la nulidad, debe ser pronunciado por una autoridad

judicial;

- Mientras la nulidad tiene carácter retroactivo, salvo la aplicación al matrimonio putativo, el divorcio se limita a la disolución del matrimonio para el porvenir;
- A diferencia de la nulidad, el divorcio supone un matrimonio válido

La anulación del matrimonio es un procedimiento distinto del divorcio. Un matrimonio se puede anular cuando en su constitución no se siguió alguna de las formalidades exigidas por la ley o cuando se realizó a pesar de mediar un procedimiento legal. Las causales de divorcio, por el contrario, presuponen un matrimonio válido y surgen una vez constituido éste.

En este sentido podemos concluir diciendo que la nulidad del matrimonio es retroactiva, borra el matrimonio como si éste no hubiese existido jamás, es decir que opera hacia el pasado; y por el contrario el divorcio opera hacia el futuro.

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.

En la biblioteca virtual, Wikipedia, se nos enseña que “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.

Los celtas practicaban la endogamia (matrimonio de personas de ascendencia común o naturales de una pequeña localidad o comarca), excepto los nobles que solían tener más de una esposa. Era habitual la práctica de contraer matrimonio por un período establecido de tiempo, tras el cual los contrayentes eran libres, pero también era habitual el divorcio.

En América, los Aztecas solo podían tener una esposa y se la denominaba Cihuatlantli, Nociuah o Áhuatlantli (esto es mujer legítima) y aunque se aceptaba la poliginia, solo la primera mujer tenía el carácter de esposa. En este contexto, el divorcio era consentido, pudiendo ser solicitado tanto por el hombre como por la mujer; así, al lograrse -vía sentencia judicial- se quedaba habilitado para contraer nuevamente matrimonio”.

Entre los hebreos, los varones podían repudiar a sus esposas sin necesidad de argumentar la causa de tal actitud, bastaba con informar al Sanedrín. También existía el divorcio por mutuo disenso, pero las razones de las mujeres eran sometidas a un análisis más riguroso que las del hombre.

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 el alto Imperio romano los casos más frecuentes eran los de concubinato y la unión libre, en todas las clases sociales. El matrimonio, cuando se practicaba, obedecía a un objetivo puramente económico: la transmisión del patrimonio a los descendientes directos en vez de otros miembros de la familia o la sociedad y a una política de perpetuar la casta de los ciudadanos. Si se carecía de patrimonio era innecesario

casarse, y si se era esclavo, imposible (recién a partir del siglo III les estuvo permitido casarse a los esclavos). La inestabilidad de las parejas parece haber sido muy frecuente y el número de divorcios muy alto”.

En el bajo Imperio romano 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.

Con la llegada del cristianismo, el divorcio se prohibió debido a la concepción del matrimonio como un sacramento instituido por Dios y cuyo vínculo era irrompible. A partir del siglo X, aunque el divorcio estaba prohibido, existía la Nulidad matrimonial, es decir, el matrimonio se declaraba nulo si se demostraba que no había existido por diferentes razones. Eran los tribunales eclesiásticos quienes tramitaban las declaraciones de nulidad matrimonial.

La misma enciclopedia virtual, enseña que “la Reforma de Lutero, admitió el divorcio aunque únicamente en casos muy graves. Esta reforma, incluso provocó que Inglaterra abrazara la misma debido a que su rey, Enrique VIII deseaba divorciarse de su esposa, Catalina, y la Iglesia de Roma no se lo permitía.

Italia en 1970 fue de los últimos países europeos en aprobarlo definitivamente.

En 1796, Francia incorporó la ruptura del vínculo matrimonial en la ley promulgada el 20 de noviembre, que sirvió de antecedente a muchas de las legislaciones vigentes”.

El divorcio ha causado grandes polémicas en los países mayoritariamente católicos, pues la Iglesia Católica no considera posible el divorcio. Sin embargo, en nuestro país,

pese a ser católico, el número de divorcios aumenta cada vez más, por ello, no podríamos luchar contra corriente, pues el divorcio es una necesidad para solucionar los problemas del matrimonio y mejorar la vida de los hijos de ese matrimonio.

En el Derecho Romano, “la disolución del matrimonio se conocía como Divortium y se producía por diversas razones, entre las cuales podemos señalar:

- Por incapacidad matrimonial de cualquiera de los contrayentes;
- Por la muerte de uno de ellos;
- Por Capitis Diminutio;
- Por el incestus superveniens, que ocurría cuando el suegro adoptaba como hijo a su yerno y los cónyuges quedaban en condición de hermanos;
- Por llegar al cargo de Senador quien estuviese casado con una liberta;
- Por la cesación de la Affetio Maritalis, consistente en la voluntad de ambos cónyuges de poner término al matrimonio.

En la legislación Francesa no estaba permitido el Divorcio, el matrimonio era considerado indestructible, eclesiástico y sagrado, pero a partir de la Revolución de 1739, se abrió la posibilidad de dar por terminado al matrimonio mediante el Divorcio-Contrato y posteriormente surge el Divorcio-Sanción. Fueron asimilando varias ordenanzas que planteaban la posibilidad de pedir el divorcio en los casos de:

- Adulterio,
- Por la muerte de uno de los cónyuges,
- Por la condena a pena criminal,
- El abandono del hogar,
- Los excesos

- Sevicias,
- Las injurias graves del uno para con el otro,

Es decir todo lo que hiciera intolerable el mantenimiento del vínculo conyugal”.

“Una de las formas de extinción de la sociedad conyugal. Ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos por causas determinadas taxativamente en la ley y mediante resolución judicial”.

El tratadista Dr. Juan D. Ramírez Gronda, al definir al DIVORCIO.- dice: “Una de las formas de la disolución del matrimonio. No es éste, sin embargo, el efecto que le atribuye nuestra ley, pues ella dispone que “El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial.”

La verdadera disolución no se produce sino por la muerte de uno de los esposos, la ley declara, además que no existe el divorcio por mutuo consentimiento de los esposos, debiendo mediar sentencia judicial fundada en las siguientes causas: 1.- Adulterio; 2.- Tentativa de la vida de los esposos contra la vida del otro; 3.-Provocacion de uno de los cónyuges al otro a cometer adulterio u otros delitos; 4.-La sevicia; 5.-Injurias graves; 6.- Malos tratamientos aunque no sean graves, cuando sean tan frecuentes que hagan intolerable la vida conyugal; y; 7.- El abandono voluntario y malicioso.

La acción de divorcio se extingue y cesan los efectos del ya declarado cuando los cónyuges se reconcilian después de hechos que autorizaban la acción o motivación el divorcio.

La ley presume la reconciliación cuando el marido habita con la mujer, después de haber abandonado la habitación común.

Separados por sentencia, cada cónyuge puede fijar su domicilio o residencia donde crea conveniente, aunque sea en el extranjero, pero si tuviesen hijos a su cargo, no podrán sacarlos del país, sin licencia del Juez de dominio.

Los hijos menores de 5 años a cargo de la madre, y los mayores de esta edad, se entregarán al esposo que, a juicio del Juez, sea más idóneo, para educarlos.

Tales son en síntesis las disposiciones, las disposiciones de nuestra ley de matrimonio civil. Cabe, sin embargo, señalar que en 1954 se estableció que transcurrido un año de la sentencia que declaró el divorcio, cualquiera de los cónyuges podrá presentarse al Juez, que la dictó, pidiendo que se declare disuelto el vínculo matrimonial.... La declaración del juez en tal hipótesis autorizaba a contraer nuevo matrimonio.

Nuestra constitución del 2008, proclama que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1), en tanto que en la constitución de 1998 se expresaba que el Ecuador era un Estado Social de Derecho. Estoy con quienes piensan que hay un antes y un después en Ecuador, pues antes de la Constitución vigente no había modo o mecanismo para reclamar por la violación a garantías del derecho al debido proceso, con el argumento de la independencia y autonomía de la Función Judicial, a lo que se agregaba, que con la Corte Constitucional se pretendería crear una instancia judicial superior, que afectaría a la intangibilidad de la cosa juzgada, a la seguridad jurídica, y

en definitiva a la sabiduría de los jueces, pues es inadmisibile un control de constitucionalidad que afectare a la cosa juzgada.

Genera no pocas discusiones la competencia de la Corte Constitucional para llegar incluso a declarar la inconstitucionalidad de las leyes, comentando a este respecto el Profesor Gustavo Zagrebelsky Presidente de la Corte Constitucional de Italia:

“Era necesario reconocer a la declaración de inconstitucionalidad algún tipo de eficacia respecto al pasado. Esto ha ocurrido con el artículo 30 párrafo III de la ley número 87 de 1953 (la ley orgánica de la Corte Constitucional) que ha sustituido “la cesación de eficacia” del artículo 136 de la Constitución con la prohibición de toda aplicación judicial ulterior de la ley inconstitucional, prohibición dirigida naturalmente para aquellas situaciones futuras pero también para las pasadas que se encuentren o que puedan ser llevadas a sede judicial, particularmente aquélla que ha sido objeto del juicio a quo.

Ésta aparentemente pequeña modificación (aplicación en lugar de eficacia) es en realidad una revolución: de la abrogación a la anulación con efectos plenamente retroactivos, con el límite único de la fuerza de cosa juzgada que impide volver a someter a un juez una cuestión ya decidida (límite, por otro lado, que supera el mismo artículo 30 párrafo IV de la misma ley, al establecer que en el ámbito penal las sentencias condenatorias, aun cuando sean irrevocables, puedan ser impactadas por la declaración de inconstitucionalidad de la ley que se encuentra en su base).

La lógica de la saisine incidental, sin embargo, va más allá. La Corte Constitucional es

interpelada a partir de un juicio. Debe, por tanto, dar una respuesta al juez que la ha requerido. En otras palabras: el juicio abstracto de constitucionalidad tal cual fue imaginado por los constituyentes podría alcanzar plenamente su finalidad con la simple eliminación de la ley de inconstitucional, es decir, con la creación de una laguna en el derecho. En efecto, la Constitución prevé simplemente sentencias desestimatorias (cuando rechaza la duda de inconstitucionalidad) y estimatorias (cuando la ley es eliminada por estimar fundada la duda) a la Corte Constitucional. Pero el juicio concreto de constitucionalidad, es decir, el que se promueve por exigencias procesales prácticas no puede estar de acuerdo con ello.

6.- METODOLOGÍA.-

En el desarrollo de la tesis se empleará como métodos de investigación él, inductivo deductivo, sistémico, analítico, empírico, que permitirá abordar el tema y su amplia problemática con un mejor nivel de objetividad científica.

6.1. Fase de recopilación:

Será una etapa de selección de la bibliografía a emplearse y la formulación del marco referencial sobre el tema- problema planteado y la correspondiente elaboración de los contenidos teóricos.

Se utilizará las técnicas de investigación científicas como: fichas bibliográficas, nemotécnicas, se obtendrá información empírica o de campo, se aplicará encuestas y entrevistas a personas a fin de que su opinión sirva de orientación y mejor análisis del presente trabajo; utilizaré los medios técnicos y tecnológicos de actualidad que

puedan aportar con la correspondiente información jurídica- doctrinaria- procesal del tema de investigación.

6.2. Fase de Sistematización.-

Procederé a organizar y sistematizar los contenidos teóricos en orden cualitativo, histórico, cronológicos; la información empírica se hará mediante el sistema de procedimiento de datos.

6.3. Fase de presentación.-

Con la información bibliográfica recopilada durante el proceso de la investigación, será sistematizada y expuesta a través de enunciados y contenidos teóricos; y los resultados que arroje el trabajo de campo, se lo expondrá a través de la elaboración de cuadros estadísticos que permitirá una mejor y didáctica interpretación de los mismos.

6.4. Fase de discusión.-

La información obtenida será objeto de un prolijo análisis crítico reflexivo; y, los datos empíricos se los someterá a un análisis estadístico simple.

6.5. Fase de síntesis.-

Corresponderá a la operatividad y verificación de los objetivos planteados en la investigación; se elaborará las conclusiones y las recomendaciones a las que nos lleve la ejecución de la investigación.

7. CRONOGRAMA

ACTIVIDADES / SEMANAS	2014 MARZO				ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
SELECCIÓN DEL TEMA	X																			
PROBLEMATIZACIÓN		X																		
JUSTIFICACIÓN			X	X																
OBJETIVOS					X															
MARCO REFERENCIAL					X															
HIPÓTESIS					X															
ACOPIO CIENTÍFICO DE INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA						X	X													
ELABORACIÓN PROYECTO DE INVESTIGACIÓN									X	X	X									
PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y CONFRONTACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN												X	X	X						
VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS E HIPÓTESIS														X						
CONCLUSIONES RECOMENDACIONES Y PROPUESTA JURÍDICA															X	X				
INFORME FINAL																	X			
REVISIÓN																		X	X	
SOCIALIZACIÓN, PRESENTACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS INFORMES FINALES																				X

8.- RECURSOS

8.1. Presupuesto de Gastos:

- Por compra de libros, revistas, y material bibliográfico.....	600
- Por elaboración de borradores y texto de la tesis.....	350
- Por trabajo de encuestas.....	200
- Gastos varios:.....	300
- Total.....	1500

8.2. Financiamiento.-

La presente investigación será financiada económicamente en su totalidad por el investigador.

8.3. Recursos Humanos

Postulante: SEGUNDO BALDOME TENESACA TACURI

Población investigada

9.- BIBLIOGRAFIA.-

- CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 2002.
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, Noviembre 2008.

- CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2005.
- CABANELLAS DE TORRES. Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Ed. Heliasta. 1997.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2011.
- DIAZ, Ruy. DICCIONARIO JURIDICO, Diccionario Jurídico de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO, Océano Uno, Editorial Océano, Año 2004.
- ESPASA. Diccionario Jurídico Espasa. Espasa Calpe S.A. Madrid – España. 2001.
- ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.

Modelo de Encuesta

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO EN LA CIUDAD DE QUITO

Dígnese contestar las preguntas planteadas, a fin de recopilar información suficiente que sirva de sustento para la realización de mi tesis.

Banco de Preguntas.-

1. ¿Conoce usted sobre el régimen aplicable al Divorcio?

Si ()

No ()

2. ¿Considera usted que es adecuado el allanamiento en los juicios civiles?

Si ()

No ()

3. ¿Considera usted que debe existir el allanamiento en los juicios de divorcio?

Si ()

No ()

4. **¿Estima usted conveniente que exista un nuevo procedimiento para los juicios de divorcio en los que se allana a la demanda el demandado?**

Si ()

No ()

5. **¿Considera conveniente que garantizando el principio del debido proceso y a la tutela judicial efectiva, se debe tener un procedimiento especial, cuando el cónyuge demandado se allane a la demanda?**

Si ()

No ()

6. **¿Está de acuerdo con reformar el Art. 121 del Código Civil que estipula: “Art. 121.- En los juicios de divorcio, a excepción de los de mutuo consentimiento se abrirá la causa a prueba, no obstante el allanamiento de la parte demandada”, con la finalidad de que se otorgue un nuevo procedimiento?**

Si ()

No ()

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

INDICE

CERTIFICACIÓN.....	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	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
4.1.1. CONCEPTO DE FAMILIA.....	9
4.1.2. TIPOS DE FAMILIA.....	12
4.1.3. FUNCIONES DE LA FAMILIA	13
4.1.4. CONCEPTO DE DIVORCIO.....	14
4.1.5. LA CONTESTACION A LA DEMANDA	18
4.1.6. ALLANAMIENTO A LA DEMANDA	21
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	24

4.2.1. EL DIVORCIO.....	24
4.2.2. CLASES DE DIVORCIO.....	35
4.2.3. EL ALLANAMIENTO A LA DEMANDA COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA	39
4.2.4. EL DEBIDO PROCESO EN RELACIÓN AL ALLANAMIENTO DE LA DEMANDA	41
4.3. MARCO JURÍDICO	43
4.3.1. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL Y AL DEBIDO PROCESO EN EL ECUADOR.....	43
4.3.2. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO DEL DIVORCIO	48
4.3.3. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL RESPECTO DEL ALLANAMIENTO A LA DEMANDA.	52
4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA	55
5. MATERIALES Y MÉTODOS	58
5.1. MATERIALES UTILIZADOS.....	58
5.2. METODOS.....	58
5.3. TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS	59
6. RESULTADOS.....	61
6.1. ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENCUESTA.	61
6.2. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENTREVISTA.....	69

7.	DISCUSIÓN.....	74
7.1.	VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS	74
7.2.	CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	76
7.3.	FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.....	77
8.	CONCLUSIONES.....	78
9.	RECOMENDACIONES.....	79
9.1.	PROPUESTA DE REFORMA.....	80
10.	BIBLIOGRAFIA.....	82
11.	ANEXOS	84
	PROYECTO	84
	INDICE	106