



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

**“LAS CAUSALES 2 Y 5 DE DIVORCIO COMO
FUENTES GENERADORAS DE INDEMNIZACIÓN
CIVIL POR LOS DAÑOS AL CÓNYUGE
INOCENTE”**

Tesis previa a la obtención
del título de Abogada

AUTORA:

Silvana Elizabeth Jaramillo Rodríguez

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda.

Loja - Ecuador

2016

CERTIFICACIÓN

Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda, DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO, AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA,

CERTIFICO:

Que el presente trabajo de investigación elaborado por la señorita: Silvana Elizabeth Jaramillo Rodríguez, titulado “**LAS CAUSALES 2 Y 5 DE DIVORCIO COMO FUENTES GENERADORAS DE INDEMNIZACIÓN CIVIL POR LOS DAÑOS AL CÓNYUGE INOCENTE**”, ha sido dirigido, corregido y revisado prolijamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas de graduación vigentes del Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación, defensa y sustanciación.

Loja, Diciembre del 2016



Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda

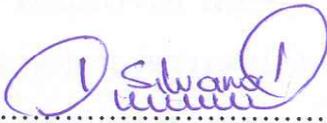
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Silvana Elizabeth Jaramillo Rodríguez, declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja, 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 y Biblioteca Virtual de la misma.

Autora: Silvana Elizabeth Jaramillo Rodríguez

Firma: 

Cedula:

Fecha: Loja, 07 de Diciembre de 2016

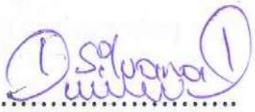
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DE LA AUTORA, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRONICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo; **Silvana Elizabeth Jaramillo Rodríguez**, declaro ser la autora de la tesis titulada **“LAS CAUSALES 2 Y 5 DE DIVORCIO COMO FUENTES GENERADORAS DE INDEMNIZACIÓN CIVIL POR LOS DAÑOS AL CÓNYUGE INOCENTE”**, como requisito para optar por el título de **Abogada**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos; muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

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

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de tesis que realiza un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 07 días del mes de diciembre de dos mil dieciséis, firma la autora.

Firma: 

Autora: Silvana Elizabeth Jaramillo Rodríguez

Cédula: 1900715408

Dirección: Provincia Zamora Chinchipe-Cantón Centinela del Condor-Parroquia Zumbi- Calles-Marco Ovidio Soto y María Isasi

Correo Electrónico: elibellajara26@gmail.com

Celular: 0959670968

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda.

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Mg. Marco Vinicio Ortega Cevallos (Presidente del Tribunal)

Dr. Mg. Sebastián Rodrigo Díaz Paéz (Miembro del Tribunal)

Dr. Mg. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez (Miembro del Tribunal)

DEDICATORIA

Decidí no escuchar las voces de quienes dudaban de mí o me subestimaban, decidí escuchar a mi propia voz y confiar, en que podía lograr mis sueños.

Culminar la Carrera de Derecho no es el final; sino el inicio de todo un mundo por conocer.

La presente tesis está dedicada **a Dios**, que con su mano fuerte y profunda sabiduría ha sido mi aliado.

A mis padres, que son fuente de inspiración para cada una de mis metas, puesto que siempre están a mi lado, brindándome su apoyo, sus consejos que con amor, paciencia y sabiduría me han ido moldeando para hacer de mí una mejor persona, a ustedes mi eterna gratitud mis amados tatas.

A mis hermanos, que con sus palabras de cariño me han apoyado emocional y moralmente.

A mis abuelitos, a los viejitos más bellos de este mundo, gracias por regalarme lo mejor q hay en mi vida, en especial a ti q ya no estas mi suco bello pero sé que desde arriba estas mirándome y cuidándome.

A ti, q a pesar de la distancia y de las dificultades, eres sin duda mi apoyo, mi complemento, mi amado novio; a mis amigos, y a todas aquellas personas que de una u otra manera aportaron para el logro de una de mis metas.

Todo triunfo está más allá de la consecución de un objetivo cumplido.

Silvana Elizabeth Jaramillo Rodríguez

AGRADECIMIENTO

Con especial consideración, agradezco la colaboración de todos quienes aportaron con la información necesaria para la elaboración de mi Tesis.

Gracias a mi Universidad, por haberme permitido formarme en ella, a cada uno de mis Docentes que supieron guiarme en el proceso de forjamiento para profesionalizarme, en especial al Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda Director de tesis, por su valiosa y acertada dirección en la contribución al desarrollo de la misma, aportando con sus valiosas sugerencias.

Gracias a mis padres, familia, novio y amigos; que son el motor fundamental para lograr mis metas, a Dios que día a día guía mis pasos para continuar, gracias a todas las personas que fueron partícipes de este proceso, ya sea de manera directa o indirecta, fueron ustedes los responsables de ayudarme a realizar mi sueño.

Silvana Elizabeth Jaramillo Rodríguez

TABLA DE CONTENIDOS

I. PORTADA

II. CERTIFICACIÓN

III. AUTORÍA

IV. CARTA DE AUTORIZACIÓN

V. DEDICATORIA

VI. AGRADECIMIENTO

VII. TABLA DE CONTENIDOS

1. TITULO

2. RESUMEN

2.1 ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4.- REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 Matrimonio

4.1.2 Contrato

4.1.3 Cónyuge

4.1.4 Divorcio

4.1.5 Integridad física

4.1.6 Indemnización

4.1.7 Autoestima

4.1.8 Trato cruel

4.1.9 Violencia

4.1.10 Compensación

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 Evolución Historita del Matrimonio

- 4.2.2 Características del matrimonio
- 4.2.3 Causas de Terminación del Matrimonio.
- 4.2.4 El divorcio.
- 4.2.5 El daño moral producto del divorcio
- 4.2.6 Estado Psicoemocional después del divorcio.
- 4.2.7 Relación del divorcio por mutuo acuerdo ante el Notario

4.3 MARCO JURÍDICO

- 4.3.1 El Matrimonio dentro del Marco Constitucional Ecuatoriano
- 4.3.2 Régimen Jurídico del Matrimonio en el Código Civil
 - 4.3.2.1 Causas de divorcio

4.4 DERECHO COMPARADO

- 4.4.1 El divorcio y sus efectos según el Código Civil Federal Mexicano
- 4.4.2 Derechos que se originan con el divorcio según el Código Civil Chileno
- 4.4.3 El derecho a ser indemnizado según la Legislación Peruana
- 4.4.4 La compensación por causa de divorcio según el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina
- 4.4.5 La Obligación de contribuir al sustento del ex cónyuge cuando se ha dado causa al divorcio según la Legislación Colombiana

5. MATERIALES Y METODOS

- 5.1 Materiales
- 5.2 Métodos
- 5.3 Técnicas

6. RESULTADOS

- 6. 1. Interpretación y Análisis de Resultados
 - 6. 1. 1. Interpretación y Análisis de los Resultados de las Encuestas

6. 1. 2. Interpretación y Análisis de los Resultados de las Entrevistas

7. DISCUSIÓN

7. 1. Verificación de Objetivos

7.2 Contrastación de Hipótesis

7.3 Criterio Jurídico que sustenta la reforma

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1 PROPUESTA JURÍDICA

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

INDICE

1. TÍTULO

**“LAS CAUSALES 2 Y 5 DE DIVORCIO COMO FUENTES GENERADORAS
DE INDEMNIZACIÓN CIVIL POR LOS DAÑOS AL CÓNYUGE INOCENTE”**

2. RESUMEN

En presente trabajo intitulado: “Las causales 2 y 5 de divorcio como fuentes generadoras de indemnización civil por los daños al cónyuge inocente”, surge como el resultado del estudio de una institución tan fundamental para nuestra sociedad como lo es el matrimonio y los derechos que de él se desprenden incluso posteriormente al divorcio.

Me refiero entonces a aquellos derechos como la integridad personal, que son vulnerados constantemente y que suponen incluso causales de divorcio, que sin embargo pese a ello, no han sido consideradas como fuentes generadoras de una indemnización o una compensación, a pesar de que constituyen hechos comprobados y en nada retrasarían el tramite ya establecido.

De este modo encontramos que, cuando se analiza las causales de divorcio establecidas en los numerales 2 y 5 del Art. 110 del Código Civil, que se refieren a los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, actos que obviamente atentan con el derecho a la integridad personal de cada individuo, derecho previamente reconocido por nuestra Constitución, en ningún momento se establece una indemnización o una compensación equivalente a los daños con ellos causados.

Con estos antecedentes es que se inicia entonces un estudio encaminado a ampliar los conocimientos sobre la evolución del matrimonio y el divorcio, haciendo un principal énfasis en las causales que para este último se han establecido y las consecuencias que

de él se desprenden con respecto de los ex-cónyuges. Se analiza así mismo toda la legislación pertinente existente en nuestro país tanto recogida en nuestra Constitución como en el respectivo Código Civil, a fin de poder realizar un estudio comparativo con la normatividad de países como México, Chile, Perú, Argentina y Colombia, en normas similares que con este motivo se han tipificado.

Así, una vez recogidos varios criterios doctrinarios y analizadas algunas normas, ello me permitió formular encuestas y entrevistas que fueron aplicadas a un grupo profesional que me supo enriquecer con sus conocimientos y razonamientos sobre el tema, a fin de contrastar mis propias ideas con las de una muestra poblacional que refleje su posible aplicación en nuestra realidad local.

Finalmente, con este contraste teórico-práctico, se culmina el presente trabajo con la concreción de conclusiones y recomendaciones puntuales, y una propuesta de reforma que representa el estudio consiente de nuestra realidad social y jurídica propia de nuestro país.

2.1 ABSTRACT

In this paper entitled: "The grounds 2 and 5 of divorce as generators of civil compensation for damage to innocent spouse" emerges as the result of studying such a fundamental institution for our society as it is marriage and rights They detach it even later to divorce.

I then mean those rights as personal integrity, which are constantly violated, and that even supposed grounds for divorce, yet despite this, they have not been considered as generators of compensation or compensation, even though they are made checked and nothing would delay the processed already established.

Thus we find that when the grounds for divorce established in paragraphs 2 and 5 of Art is analyzed. 110 of the Civil Code, which refers to cruel or violence against women or members of the family and attempt one spouse against the other's life, obviously acts that violate the right to personal integrity of each individual, rights previously recognized by our Constitution, at no time compensation or compensation equivalent to the damage caused to them is established.

With this background is that then initiates a directed study to expand knowledge of the evolution of marriage and divorce, with a major emphasis on the grounds that the latter have been established and the consequences of it with respect to detach the ex-spouses. all existing relevant legislation is the same analyzes as well in our country both contained in our Constitution and in the respective Civil Code, in order to conduct a

comparative study with the standards of countries like Mexico, Chile, Peru, Argentina and Colombia, standards like that on this occasion they have criminalized.

Thus, once it collected several doctrinaire criteria and analyzed some standards, it allowed me to make surveys and interviews were applied to a professional group that was able to enrich me with their knowledge and reasoning on the subject, in order to contrast my own ideas with those of a population sample that reflects its possible application in our local reality.

Finally, with this theoretical and practical contrast, the present work with the realization of conclusions and specific recommendations and a proposed reform represents the conscious study of our own social and legal reality of our country culminates.

3. INTRODUCCIÓN

Como introducción al presente trabajo de investigación intitulado “Las causales 2 y 5 de divorcio como fuentes generadoras de indemnización civil por los daños al cónyuge inocente”, se puede decir que este estudio recoge un esquema que va de lo general a lo particular, es decir, desde aquellos conocimientos generales sobre el matrimonio y el divorcio recogidas doctrinaria y jurídicamente, hasta la aplicación de encuestas y entrevistas para la obtención de una muestra concreta de acuerdo a nuestra realidad local.

Ello previo a la elaboración de un proyecto de investigación donde me permití establecer algunos objetivos que me sirvieron como guía a la hora de conocer el grado de violencia intrafamiliar existente en nuestro país, y su incidencia no sólo en la formulación de causales de divorcio por este motivo, sino de la gran cantidad de divorcios que por estas razones se presentan anualmente.

Se estableció además un Marco Conceptual donde se analizan algunos de los principales conceptos que me permitieron manejar ms fácilmente el tema en estudio, y un Marco Doctrinario donde se hace un recuento de la evolución histórica del matrimonio y sus características, además del divorcio con sus respectivas causales debidamente identificadas y diferenciadas y sobre todo del daño moral que producto de éste se genera.

Con este conocimiento conceptual y doctrinario, posteriormente se desarrolla un Marco Jurídico donde se procede a analizar las normas dispuestas en la Constitución de nuestro

país y el Código Civil como el ente encargado de regular todo lo referente al matrimonio y el divorcio, para de este modo, en el Derecho Comparado, poder realizar un análisis comparativo con leyes de otros países que ya han implementado una indemnización y una compensación en los casos que se ha degradado la integridad personal de uno de los cónyuges.

En la legislación comparada se procede entonces a analizar códigos y leyes de países como México, Chile, Perú, Argentina y Colombia, donde ya se ha establecido algún tipo de sanción a la falta de cumplimiento de los fines del matrimonio, lo cual me permitió complementar mis conocimientos sobre el tema en estudio y poder poner en práctica el estudio de campo donde se contrastan los conocimientos adquiridos y la posibilidad de poder incorporarlos a nuestra propia realidad nacional.

Así, al final del presente trabajo luego del correspondiente análisis de las encuestas y entrevistas, y la realización de las conclusiones y las recomendaciones, se pudo llegar a proponer una propuesta de reforma como una alternativa de solución al problema analizado que se pone a disposición de la sociedad en general a fin de poder contribuir al desarrollo de una justicia más acorde a las necesidades y sobre todo posibilidades de las personas.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1 MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1 Matrimonio.- “La unión de un hombre y una mujer, bajo las normas previstas por la ley para la validez de dicha institución. Su celebración implica la creación de vínculos de parentesco y conyugalidad, la obligación y el derecho de cohabitación entre los cónyuges, y la aplicación de un régimen patrimonial específico. Tomó el nombre de las palabras latinas *matris munium* que significan “oficio de madre”. El matrimonio es por su origen, un contrato y ciertamente una institución social, base principal de la civilización”¹.

“Es el acto jurídico, que origina la relación familiar, consistente en la unión de un hombre y una mujer, para la plena comunidad de vida. A diferencia del contrato, negocio jurídico patrimonial, el matrimonio es un acto jurídico con fines transindividuales, los propios de la institución familiar de la que es su fuente creadora legítima”².

“Una de las instituciones fundamentales del Derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos. Quizás ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja humana surgen en todos los estudios que se investigan el origen de la vida de los hombres, y establecida como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada con el matrimonio, clave de la perpetuidad de la especie y célula

¹ ROMBOLA Néstor Darío y REBOIRAS Lucio Martín, Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales; Editorial Diseli, Buenos Aires-Argentina; 2004; Pág. 633.

² Diccionario Jurídico Espasa; Editorial Espasa Calpe S.A.; Madrid-España; 2001; Pág. 933

de la organización social primitiva y, en su evolución, de los colosales o abrumadores Estados”³.

Criterio Personal.- Según las conceptualizaciones antes señaladas el matrimonio siempre comprenderá la unión entre un hombre y una mujer, bajo las leyes y solemnidades establecidas dentro de un Estado, fuente generadora de derechos y responsabilidades para sus contrayentes quienes han de procurarse el bienestar mutuo.

4.1.2 Contrato.- “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. Los contratos se denominan unilaterales o bilaterales. Los primeros son aquellos en que una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que esta le quede obligada. Los segundos, cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra”⁴.

“Negocio jurídico por el que una o más partes crean, modifican o extinguen una relación jurídica patrimonial. El Derecho romano reconoció en el contrato un concurso de voluntades (consensus) que creaba un vínculo (iurisvinculo) si se actuaba de acuerdo con la formalidad prescrita a la causa civilis. Pero la importancia del contrato se fija en el pensamiento liberal individualista, cuyo triunfo hizo posible una noción del contrato que se identifica con el simple convenio o mero concurso de voluntades, concurso que genera una fuerza maravillosa y que se erige absoluta en todos los órdenes, que está encima y más allá de la ley”⁵.

³ CABANELLAS DE TORRES Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental; Editorial Heliasta; Buenos Aires-Argentina; 1998; Pág. 251.

⁴ ROMBOLA Néstor Darío y REBOIRAS Lucio Martín, Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales; Editorial Diseli, Buenos Aires-Argentina; 2004; Pág. 307.

⁵ Diccionario Jurídico Espasa; Editorial Espasa Calpe S.A.; Madrid-España; 2001; Pág. 408.

“La convención, para Aubry y Rau, es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato, constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones. El Cód. Civ. Arg. (art. 1.137) dice que hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. Es muy semejante a la definición dada por Savigny, para quien el contrato es el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas”⁶.

Criterio Personal.- Todo contrato como se observa, lleva implícito un acuerdo común y beneficios para ambas partes contratantes, que generan derechos y obligaciones exigibles aun mediante la autoridad judicial o administrativa correspondiente, los cuales sin embargo deben estar inmersos dentro del ámbito legal.

4.1.3 Cónyuge.- “En Derecho, se denomina cónyuge a cualquiera de las personas físicas que forman parte de un matrimonio. El término «cónyuge» es de género común, es decir, se puede usar para referirse a un hombre («el marido» o «el cónyuge») o a una mujer («la mujer» o «la cónyuge»). Cuando el sexo es desconocido normalmente se dice «el cónyuge» aunque también se puede decir «el o la cónyuge». Como sinónimo de cónyuge se suele utilizar el término «esposo» o «esposa» (el origen del término es el verbo latino spondeo, que significa prometer solemnemente, comprometerse), aunque técnicamente no son equivalentes, pues son esposos quienes han celebrado esponsales, pero aún no el matrimonio. También se emplea la expresión «consorte»⁷.

⁶ CABANELLAS DE TORRES Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental; Editorial Heliasta; Buenos Aires-Argentina; 1998; Pág. 92

⁷ <https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3nyuge>

“La palabra cónyuge se utiliza para designar a cualquiera de las dos personas que tienen entre ellas un vínculo matrimonial. Su significado es el mismo que el de esposo o esposa.

Se suele usar este término mucho en el campo del Derecho, especialmente en el Derecho de Familia. Debido a que se trata de una palabra que pertenece al género común, es decir, que no tiene femenino ni masculino, en el mundo jurídico se opta por ella, siendo así una manera de no hacer distinciones, y un indicativo de la igualdad de derechos que tienen ambos miembros de la pareja”⁸.

“El marido o su mujer unidos por legítimo matrimonio”⁹.

Criterio personal.- Cónyuge como se observa, puede ser tanto el hombre o la mujer que hallándose unidos en matrimonio, forman un hogar conyugal; así pues, éste término en general y se usa tanto para referirse a uno u otro. Lo que hay que resaltar no obstante, es que éste término es producto del matrimonio y con su terminación así mismo desaparece.

4.1.4 Divorcio.- “Disolución del matrimonio legítimamente contraído. Ya entre los romanos era la separación absoluta del marido y la mujer, hecha con arreglo a las leyes, de modo que cada uno de ellos podía casarse inmediatamente con otra persona”¹⁰.

“Del latín *divortium*, del verbo *divertere*, separarse, irse cada uno por su lado. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio en que no cabe

⁸ <http://www.quesignifica.org/conyuge/>

⁹ CABANELLAS DE TORRES Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental; Editorial Heliasta; Buenos Aires-Argentina; 1998; Pág. 97.

¹⁰ ROMBOLA Néstor Darío y REBOIRAS Lucio Martín, Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales; Editorial Diseli, Buenos Aires-Argentina; 2004; Pág. 384.

hablar de disolución, por no haber existido jamás legalmente, a causa de impedimentos esenciales o insubsanables”¹¹.

“El divorcio es la acción que disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Se clasifica en divorcio voluntario, que puede ser administrativo o voluntario contencioso; necesario o causal, y unilateral por la vía judicial. La sentencia de divorcio fija la situación de los hijos menores de edad, lo relativo a la división de los bienes, el pago de alimentos, como acciones fundamentales por parte de la autoridad jurisdiccional”¹².

Criterio Personal.- El divorcio como se observa, constituye el fin del matrimonio, pero no de todos los derechos que de él emanan como es el caso de los alimentos para los hijos en común; implica únicamente la separación de las dos voluntades que acordaron en principio contraerlo, dejándolas libre incluso para contraer nuevas nupcias. No obstante lo expuesto, relaciones como la filiación y el parentesco seguirán estando siempre presentes.

4.1.5 Integridad física.- “Derecho a no sufrir lesión o menoscabo de su cuerpo o su apariencia externa sin su consentimiento. Son pues, el cuerpo y la apariencia física los posibles bienes afectados cuando de la integridad física hablamos. No es necesario que la afectación lesione la salud del sujeto, aunque pueda suceder, el menoscabo de la salud no es condición constitutiva de la vulneración del derecho a la integridad física. Es más,

¹¹ CABANELLAS DE TORRES Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental; Editorial Heliasta; Buenos Aires-Argentina; 1998; Pág. 133.

¹² Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

una intervención quirúrgica beneficiosa para la salud del sujeto, si se practica sin el consentimiento de éste, constituye una lesión al derecho a la integridad física”¹³.

“El derecho a la integridad personal es el derecho humano primordial e imprescindible que tiene como clara finalidad el respeto debido a la vida y el desarrollo normal y sano de ésta. Es el derecho a la protección de la persona, en toda su extensión, ya sea resguardando su aspecto físico como psíquico, pero en este caso nos centraremos en la parte física. Por tanto derecho a la integridad física lo podemos definir como el hecho de que nadie te puede pegar o agredir con la intención de hacerte daño o causarte algún mal físico, esto es que no te pueden impedir ir donde tu quiera por ejemplo, ni te pueden forzar con amenazas a hacer algo que tú no quieres hacer”¹⁴.

“Algunos autores sostienen que el derecho a la integridad física comprende el derecho a la salud, el mismo que no debe interpretarse en un sentido restrictivo de índole somático sino en su más amplia acepción, es decir, entendido no solamente como el dato fáctico de no estar enfermo, sino como una situación de bienestar, constituyendo ambos, dos aspectos, el primero estático y el segundo dinámico, de la misma realidad, cual es la inescindible unidad bio-psico-social en la que consiste el ser humano”¹⁵.

Criterio personal.- La integridad física como se podrá observar comprende mucho más que un buen estado físico de la persona; así pues, esto implica aun una buena condición psicológica de la persona, el bienestar de ésta en general en todos sus sentidos. De hi que no se puede restringir su valoración a un simple estado físico sino que además se

¹³ CANOSA USERA Raúl; El Derecho a la integridad Personal; Editorial Lex Nova; España; 2006; Pág. 89.

¹⁴ GARCIA CANCIO Iris; Derecho a la Integridad Física; 2013; Pág. 1.

¹⁵ Espinoza Espinoza; Derecho de las personas, Editorial Grijley, Lima, 2001, Pág. 184.

deberá considerar su salud emocional, afectiva, y demás, a fin de poder realizar una buena evaluación de su verdadero estado.

4.1.6 Indemnización.- “Es la reparación en dinero o en especie, que se deben como consecuencia de los daños y perjuicios causados a otro. La misma puede provenir de la existencia de una obligación civil, de un delito o por lesión de un derecho. La indemnización debe tomarse de los bienes de lo que ha causado el daño”¹⁶.

“Resarcimiento económico del daño o perjuicio causado. Suma o cosa con que se indemniza. En general, reparación. Compensación. Satisfacción”¹⁷.

“La indemnización es la compensación por un daño que se haya recibido. El término se emplea principalmente en el ámbito del Derecho y permite a través de él referirnos a la transacción que se realiza entre un acreedor o víctima y un deudor o victimario, es decir, es la compensación que un individuo puede exigir y eventualmente recibir como consecuencia de haber sufrido un daño, o en su defecto por alguna deuda que mantenga con él otra persona o entidad”¹⁸.

Criterio Personal.- la indemnización comprende siempre una compensación que nace a raíz de cualquier tipo de daño moral, físico, afectivo, psicológico, etc., cuyo principal función es tratar de enmendar el daño cometido o en el peor de sus casos disminuir las secuelas que de dicho daño hayan podido generarse.

¹⁶ ROMBOLA Néstor Darío y REBOIRAS Lucio Martín, Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales; Editorial Diseli, Buenos Aires-Argentina; 2004; Pág. 532.

¹⁷ CABANELLAS DE TORRES Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental; Editorial Heliasta; Buenos Aires-Argentina; 1998; Pág. 202.

¹⁸ <http://www.definicionabc.com/derecho/indemnizacion.php>

4.1.7 Autoestima.- “La autoestima es la percepción que tenemos de nosotras mismas. Abarca todos los aspectos de la vida, desde el físico hasta el interior, pasando por la valía o la competencia. Se trata de **la valoración** que hacemos de nosotras mismas que no siempre se ajusta a la realidad y esa valoración se forma a lo largo de toda la vida y bajo la influencia de los demás”¹⁹.

“La autoestima es el sentimiento valorativo de nuestro ser, de nuestra manera de ser, de quienes somos nosotros, del conjunto de rasgos corporales, mentales y espirituales que configuran nuestra personalidad. Esta se aprende, cambia y la podemos mejorar. Es a partir de los 5-6 años cuando empezamos a formarnos un concepto de cómo nos ven nuestros mayores (padres, maestros), compañeros, amigos, etcétera y las experiencias que vamos adquiriendo”²⁰.

“El término autoestima es, sin duda, uno de los más ambiguos y discutidos en el ámbito de la psicología. Autoaceptación, autoajuste, autovaloración, autoestima, autoconcepto, autoimagen son términos que se usan indistintamente para significar el concepto, positivo o negativo, que uno tiene de sí mismo. Algunos autores consideran la autoestima como un constructo hipotético que representa el valor relativo que los individuos se atribuyen o que creen que los demás les atribuyen”²¹.

Criterio Personal.- La autoestima según lo expuesto, se conforma de varios factores que bien pueden diferir de una u otra persona, según la percepción que ésta tenga de sí misma y del cómo se haya desarrollado ésta en el transcurso de su formación, a lo cual

¹⁹ VELEZ Laura; Qué es la Autoestima: Definición, Significado y Tipos de Autoestima; 2004, Pág. 1.

²⁰ <http://www.monografias.com/trabajos5/autoest/autoest.shtml#ixzz4DYuoV48Y>

²¹ ORTEGA RUIZ Pedro, MINGUEZ VALLEJOS Ramón y LODES BRAVO María Luisa; Autoestima: Un Nuevo Concepto y su Medida; Murcia-España; 2001; Pág. 47.

se debe sumar el criterio que dicha persona supone que los demás tengan de ella y que puede diferir incluso de la misma percepción de los demás.

4.1.8 Trato cruel.- “Se entenderá por tortura o trato cruel todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarle por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”²².

“Trato cruel es una frase que se utiliza para definir cualquier tipo de conducta de uno de los cónyuges que tenga el efecto de hacer intolerable la vida conyugal al extremo de anular los fines legítimos del matrimonio. La causal de trato cruel no requiere que exista maltrato físico, ya que el abuso verbal puede ser considerado como un trato cruel”²³.

“Esta causal es la más amplia de las de divorcio por lo que puede incluir desde el maltrato físico hasta el psicológico. Todo tipo de conducta que pueda de una forma u otra afectar al otro cónyuge en su persona, bienes, tranquilidad o de cualquier otra forma puede ser invocada bajo esta causal de divorcio. Corresponderá entonces al Tribunal determinar si la conducta alegada es de tal naturaleza que lleve a la ruptura irreparable

²² <http://www.crin.org/en/docs/Tortura.pdf>

²³ http://www.divorciopr.com/trato_cruel/

del vínculo matrimonial y que haga la convivencia como marido y mujer insostenible”²⁴.

Criterio Personal.- Los tratos crueles así, bien pueden ser físicos, psicológicos, o ambos en suma; los cuales han sido considerados por varias legislaciones como causal de divorcio precisamente porque ello hace intolerable la vida en familia y poder sostener una ambiente tranquilo entre los cónyuges y sus propios hijos. Dichas circunstancias sin embargo para el caso específico de considerarse como causal de divorcio deben ser consideradas por el juez a fin de evaluar sus efectos y alcances dentro del matrimonio.

4.1.9 Violencia.- “La fuerza de que se usa contra alguno para obligarle a hacer lo que no quiere por medios a los que no puede resistir. No hay consentimiento donde hay violencia”²⁵.

“El termino violencia, en sentido amplio, sinónimo de coacción, comprendería tanto la fuerza o violencia física como el miedo o violencia moral (intimidación). Ahora nos ocuparemos de la violencia en el sentido estricto: la violencia física. A esta se refiere el artículo 1.267 C.C. al decir que hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Tradicionalmente se viene afirmando que la violencia supone, más que un vicio de voluntad, ausencia de esta”²⁶.

²⁴ <http://vistabahia.tripod.com/id8.html>

²⁵ ROMBOLA Néstor Darío y REBOIRAS Lucio Martín, Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales; Editorial Diseli, Buenos Aires-Argentina; 2004; Pág. 933.

²⁶ Diccionario Jurídico Espasa; Editorial Espasa Calpe S.A.; Madrid-España; 2001; Pág. 1426.

“Situación o estado contrario o naturaleza, modo o índole. Empleo de la fuerza para arrancar el consentimiento. Ejecución forzosa de algo, con independencia de su legalidad o ilicitud. Coacción, a fin de que se haga lo que uno no quiere, o se abstenga de lo que sin ello se quería o se podría hacer. Presión moral. Opresión. Fuerza. Violación de la mujer, contra su voluntad específicamente. Todo acto contra justicia y razón. Proceder contra normalidad o naturaleza. Modo compulsivo o brutal para obligar a algo. Interpretación extensiva o por demás amplia de algo”²⁷.

Criterio Personal- La violencia en general supone entonces todo tipo de maltrato físico, psicológico, sexual, etc., infringido en una persona en virtud de algún tipo de poder, dominio o autoridad de parte de otra, que abusando de dicha potestad se aprovecha del miedo de ésta en beneficio propio y en perjuicio de aquella.

4.1.10 Compensación.- “Se utiliza el termino compensación para hacer referencia al resarcimiento indemnizatorio o composición de una daño sufrido”²⁸.

“Igualdad entre lo dado y lo recibido, entre lo que se adeuda y lo que se nos debe; entre el mal causado y la reparación obtenida; resarcimiento, nivelación. Igualar, equiparar efectos contrarios. Extinguir dos o más deudas y créditos de igual naturaleza y calidad jurídica, por corresponder a deudores y acreedores recíprocos. Resarcir, indemnizar, hacer o entregar algo para reparar un daño o perjuicio o para desagraviar a un ofendido”²⁹.

²⁷ CABANELLAS DE TORRES Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental; Editorial Heliasta; Buenos Aires-Argentina; 1998; Pág. 410.

²⁸ ROMBOLA Néstor Darío y REBOIRAS Lucio Martín, Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales; Editorial Diseli, Buenos Aires-Argentina; 2004; Pág. 262.

²⁹ CABANELLAS DE TORRES Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental; Editorial Heliasta; Buenos Aires-Argentina; 1998; Pág. 78.

“Igualar, equiparar efectos contrarios. Extinguir dos o más deudas y créditos de igual naturaleza y calidad jurídica, por corresponder a deudores y acreedores recíprocos. Resarcir, indemnizar, hacer o entregar algo para reparar un daño o perjuicio o para desagraviar a un ofendido”³⁰.

Criterio Personal.- La compensación según los conceptos antes expuestos, busca como se observa emendar el daño causado por un particular, mediante la entrega, pago o desembolso de una cantidad de dinero si no equivalente al mal causado, al menos resarcitoria de las secuelas dañinas ocasionadas por éste. Indemnización generalmente en dinero que busca menguar las secuelas del daño causado y sobre todo puede sobreponerse a las mismas.

4.1.11 Daño psíquico.- “Toda perturbación, trastorno, enfermedad, síndrome, disfunción, que a consecuencia de un hecho traumático sobre la personalidad del individuo acarrea una disminución en la capacidad de goce, que afecte su relación con el otro, sus acciones, etc. No importando si hay una personalidad de base predispuesta para ese daño; por lo expuesto, podemos inferir que si existe daño psíquico este persistirá siempre y hasta tanto el individuo no realice un tratamiento psicoterapéutico que lo ayude a resolver la problemática que dicho daño le causó”³¹.

“Una alteración clínicamente significativa, que afecta la actividad psíquica global de la víctima, cuyos síntomas permiten identificar de manera clara un síndrome de diagnóstico internacionalmente aceptado; que posee manifestaciones desadaptativas, y que se instaura y perdura en un lapso determinado, cuya etiología es bien definida, al

³⁰ <http://universojus.com/definicion/compensar>

³¹ <https://psicologiajuridicaforense.wordpress.com/2011/03/09/dano-psiquico/>

punto que permite establecer una relación de causalidad, producto de una conducta desviada o hecho punible, tipificada por la autoridad competente”³².

“Se entiende por daño moral o daño psíquico aquel que afecta a la víctima como consecuencia de haber experimentado una vivencia traumática que necesariamente no tiene porque acarrear consecuencias dolosas de carácter patrimonial o físicas (a la salud), afectando en mayor o en menor medida al desempeño de las actividades de la vida diaria –trabajo, relaciones sociales, ocio, relaciones familiares, etc.- que pueden verse afectadas hasta el punto que el sujeto se vea en la obligación de abandonarlas debido a la incapacidad que experimenta para llevarlas a cabo con éxito”³³.

Criterio personal.- El daño psíquico en sí, se puede colegir como toda aquella disminución en la autoestima, falta de socialización con el resto de la sociedad y aun la propia familia, causada por alguna experiencia traumática que necesariamente para su superación exige un tratamiento médico que le permita al individuo retomar su normal proceder.

4.1.12 Daño físico.- “La característica fundamental del maltrato físico es el uso de la violencia, propositiva, repetitiva y cuya finalidad es causar dolor, generalmente producida como consecuencia de una conducta negativa, real o imaginaria, que ha cometido un niño, y que tiene como finalidad última la modificación de la conducta que el adulto considera nociva y perjudicial, ya sea para el niño, el adulto o la sociedad”³⁴.

³² AVENDAÑO URETA Leonidas; Guía de Valoración del Daño Psíquico en Víctimas Adultas de Violencia Familiar, Sexual, Tortura y otras Formas de Violencia Intencional; Lima-Perú; 2011; Pág. 32

³³ Carballal, Alicia; Arce, Ramón; Carrera, Olaia; Novo, Mercedes. De la simulación de daño moral en accidente de tráfico Departamento de Psicología Social. Universidad de Santiago de Compostela.

Documento presentado en el 4º Congreso Virtual de Psiquiatría Interpsiquis 2003; Pág. 3

³⁴ CORRAL PUGNAIRE Eduardo; Maltrato: a la mujer, al menor, al anciano; 2009; Pág. 1.

“Lesión o daño corporal sería, en su definición clásica, toda alteración anatómica o funcional causada por agentes externos, y desde un punto de vista médico-legal toda alteración física, mental o psíquica, causada por agentes mecánicos, físicos, químicos o biológicos, derivados de una causa exógena, tenga o no carácter doloso”³⁵.

Criterio personal.- El daño físico implica toda repercusión negativa generada en un individuo a consecuencia de los maltratos físicos que sobre él se ejercitan reiteradamente y que tienen como principal objetivo adecuar la conducta del ser maltratado a los requerimientos de la persona que ejerce el maltrato.

4.1.13 Tentativa.- “Hay tentativa cuando el sujeto **da principio a la ejecución** del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que **objetivamente deberían producir el resultado**, y sin embargo **éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor**”³⁶.

“Se dice que la tentativa está presente cuando, con el objetivo de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución por medios apropiados pero no se consuma por causas ajenas a su voluntad.

Los delitos imperfectos se caracterizan y se diferencian por la parte subjetiva. Ej. Alguien dispara contra la víctima y le causa una herida, ¿cómo se sabe si es homicidio frustrado o lesión? Ya que objetivamente es lo mismo. La diferencia radica en la intención del autor, ésta intención va a ser la que permita diferenciar el delito y por ello

³⁵ Valoración médica del daño corporal. En: Gisbert-Calabuig JA, editor. Medicina legal y toxicología. 5.^a ed. Barcelona: Ed. Masson, S.A.; 1998. p. 455-65.

³⁶ <https://iusinvocatio.wordpress.com/2012/05/30/tentativa/>

es la parte central de los delitos de imperfecta realización. Esto sin embargo no quiere decir que en estos delitos no haya una parte objetivo, si la hay”³⁷.

“El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada. Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de la las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla”³⁸.

Criterio Personal.- La tentativa como se observa, comprende la ejecución de actos directos e idóneos a la realización de un acto considerado por la ley como ilícito, que no obstante debido a la acción de factores externos no llega a realizarse independientemente de la voluntad del actor.

³⁷ <https://es.wikipedia.org/wiki/Tentativa>

³⁸ BUSTAMANTE José Luis; Tentativa; Antioquia-Colombia; 2011; Pág. 4.

4.2 MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1 Evolución Histórica del Matrimonio.

Previo a introducirnos en lo que corresponde a los orígenes y evolución del matrimonio se debe tener siempre en cuenta que esta es en sí misma una realidad compleja, que abarca y envuelve factores jurídicos, sociales, económicos, culturales, además de aquellos que pertenecen estrictamente al orden de las relaciones humanas de la pareja conyugal. El matrimonio comienza cuando termina una relación de noviazgo, que ha sido impulsada por sentimientos y deseos que comparten los propios contrayentes; esta relación lleva a los novios a tomar de común acuerdo la decisión de adoptar una forma de vida en común, que comporta una situación formalmente nueva de la pareja humana ante la sociedad, ante el derecho y ante la Iglesia, si se trata del matrimonio religioso.

El hombre nace estrechamente ligado a los demás y necesitado de su ayuda en todos los órdenes de su existencia y vive en una trama de relaciones que contribuyen de forma decisiva a que se vaya descubriendo y realizando como persona. Su relación con la madre, el padre y los hermanos, en un primer momento; con los niños y niñas o compañeros en los centros de educación y enseñanza, después; con los amigos y amigas o compañeros en general en la profesión, en el trabajo, en el tiempo de diversión y de ocio, más tarde, responde a sus necesidades más naturales y directas y revela la condición social de la humana naturaleza.

El matrimonio constituye ante todo un asunto colectivo, en el que intervienen en primer lugar los padres o responsables del grupo familiar y en el que se sienten implicados

todos los miembros de la familia. Gracias a ello, la consideración que se deben entre sí los nuevos esposos no depende exclusivamente de sus sentimientos o actitudes personales, sino que encuentra un clima de favorecimiento y ayuda en el compromiso que implícitamente contraen entre sí las familias de los esposos.

El matrimonio es desde muy antiguo en la historia de la humanidad un asunto de interés social de carácter bilateral y contractual, en cuanto supone de parte de la familia de la novia la cesión de uno de sus miembros, y de parte de la del novio, la oportunidad para obtener descendencia. La novia es considerada el valor principal de este contrato, por lo cual la familia del novio ha de dar a la de la novia una dote como signo de que ésta pasa a pertenecer a la familia del novio.

El matrimonio, realizado con el acuerdo de las familias de los novios, constituye asimismo una fiesta para ambas familias y personas allegadas o amigas, que muestran así su solidaridad con un acontecimiento que tiene hondas repercusiones para los esposos y para sus familiares. Pero el matrimonio no se queda en una celebración festiva, sino que es el comienzo de la vida de una nueva familia, que está exenta de problemas y conflictos. Las sociedades más primitivas tratan ya de responder a estas dificultades con prácticas y normas que tienen en cuenta las circunstancias específicas de cada pueblo y cultura.

Así, el matrimonio consiste en una relación interpersonal, que lleva consigo derechos y deberes recíprocos, propios y exclusivos entre los esposos. Pero no es únicamente el matrimonio monógamo (entre un solo hombre y una sola mujer) el que se conoce con la historia de la cultura. Junto al matrimonio monógamo -única forma de matrimonio

reconocida en la legislación occidental-, se conoce y se practica todavía hoy en algunas culturas más tradicionales la poligamia o poliginia, que concede al hombre el derecho de tener dos o más mujeres. Los antropólogos constatan también otras formas de matrimonio practicadas de forma muy excepcional, como la poliandria.

La poligamia coincide con situaciones socioculturales en las que la mujer tiene una dependencia muy acusada respecto al varón en el orden cultural y económico. Supone además una idea del matrimonio y de la familia en la que se sobreestima el rango y el poder social y se da prioridad absoluta a la descendencia. El tener varias mujeres suele ir en relación con el status económico del cabeza de familia. Sin embargo, ya desde los tiempos bíblicos la práctica de la poligamia coexiste con la prioridad legal de una de las mujeres, que se destaca en cuanto consorte que comparte los derechos del esposo y en cuanto la madre de los principales herederos.

El matrimonio monógamo responde mejor al ideal de la unión conyugal, concebida como comunidad de amor y de vida, en igualdad de derechos del hombre y de la mujer, y es en la práctica una forma de matrimonio que se ha visto favorecida por el desarrollo de las libertades de la cultura occidental. Corresponde a un modelo elemental o nuclear de familia, entendida estrictamente como unidad formada por los esposos y los hijos. Por ello, está orientada con mayor exclusividad al desarrollo de sus tareas específicas, tanto las que se refieren a las relaciones conyugales como a las de los padres con los hijos.

Previamente a adentrarnos en lo que a lo largo de la historia ha significado la evolución del matrimonio, es menester señalar que “la palabra Matrimonio se deriva de los

vocablos latinos *matris* y *munium*, lo cual significaba carga o gravamen para la madre, queriendo expresar que la mujer es quien lleva el mayor peso tanto antes como después del parto. Por otra parte, este sentido del vocablo no se reconoce por los sinónimos de matrimonio en Francia, Italia e Inglaterra, en los cuales las voces son: *maritaggio* y *marriage*, respectivamente, las cuales derivan de marido, según la Enciclopedia Jurídica Omeba, t.XIX, Argentina, 1964, p.147³⁹.

A través del tiempo, el matrimonio ha tenido muchos matices, se utilizaba para la perpetuación de la especie y estirpe, por lo que los hombres practicaban la poligamia; o incluso hasta para aumentar las riquezas. Desde los tiempos de las cavernas donde existía la promiscuidad hasta instituir la monogamia como el vínculo aceptado por nuestra sociedad, la cual es uno de los aportes del Cristianismo a la civilización.

Durante el período Romano y Griego, el matrimonio fue sólo una compra de la novia en Roma y del novio en Grecia, ya que los padres, daban un dote para el casamiento. Los hombres tenían el poder absoluto sobre las mujeres, pasando éstas a ser parte de su imperio. Al iniciar el Cristianismo, elevó al matrimonio a sacramento, dándole dignidad e igualdad a los esposos y proclamando la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Hizo del matrimonio una sociedad, instituyendo una Sociedad basada en el amor, de un amor sagrado como el que Cristo tuvo para la humanidad.

Fundamentando el matrimonio en los versículos 18 al 25 del Capítulo II del Libro del Génesis en la Biblia, lo anterior es señalado en la Biblia del Nuevo Milenio, Ed. Trillas, México, 2000, p.8.4 Durante la Edad Media y el Renacimiento, el matrimonio adquiere

³⁹ Citado por: AYALA SALAZAR, José Melchor; González Torres, Martha Gabriela, Matrimonio y sus costumbres, Edit. Trillas, México, 2001, p. 20

un tinte de igualdad en el matrimonio entre hombres y mujeres. En la Revolución Francesa, se definió al matrimonio como “contrato civil”, por lo que se hizo a un lado lo sacramental que por siglos fue considerado gracias al Clero.

4.2.2 Características del matrimonio.

Teniendo en cuenta las definiciones que en varias legislaciones posee el matrimonio dentro del campo estrictamente civil, podemos decir que el mismo cuenta con las siguientes características principales.

Es un contrato.-

“Como reacción a la antigua costumbre de concertar los matrimonios por la sola voluntad de los parientes, especialmente de los padres, con prescindencia casi absoluta de la voluntad de los novios o esposos y como reacción también al carácter religioso y sacramental que al matrimonio asignó la Iglesia, se produjo en los espíritus liberales del siglo XVIII la creación de la teoría del matrimonio-contrato.

Fundamentalmente se sostiene que el matrimonio es un contrato porque nace del acuerdo de voluntades, de tal modo que si dicho acuerdo no existe o está viciado, el matrimonio-contrato no nace a la vida del derecho”⁴⁰.

De ese acuerdo de voluntades se derivan innumerables derechos y obligaciones que, aunque la mayoría, si no todos, están determinados por la ley, esta no hace más que

⁴⁰ LARRAIN RÍOS Hernán; Universidad Austral de Chile; Revista de Derecho; Vol. 9; Chile; 1998; Pág. 153

consignar la presunta voluntad de los contrayentes e imponer esos derechos y obligaciones.

Si el contrato no es más que el acuerdo de voluntades producto de obligaciones, no hay duda alguna de que el matrimonio reúne los caracteres esenciales de los contratos patrimoniales, aunque se diferencia de estos en algunos aspectos.

Hoy día se ha hecho caudal de la importancia que el consentimiento juega en el nacimiento del matrimonio para sostener la posibilidad de su disolución también por un simple acuerdo de las partes y llegar así al divorcio de común acuerdo.

Contrato de derecho privado. Los menos, hoy día, ven en la institución matrimonial un puro contrato de derecho privado, regido íntegramente por la voluntad de las partes, tanto en sus efectos, cuanto en su disolución. La única limitación de este contrato, exclusivamente de derecho privado, radicaría en la necesidad de que fuera celebrado por personas de sexo diferente. Ni siquiera operaría, en un terreno especulativo, la restricción derivada del número de personas que podrían celebrarlo.

“El matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas. Es la base de toda la constitución de la sociedad civilizada. Se diferencia de los otros contratos en que los derechos, las obligaciones y los deberes de los esposos no son reglados por las convenciones de las partes, sino que son materia de la ley civil la cual, los interesados, sea cual fuere la declaración de su voluntad, no pueden alterar en cosa alguna. El matrimonio confiere el estado de la legitimidad de los hijos que nazcan y los derechos, deberes, relaciones y privilegios que de ese estado se originan; da nacimiento a las

relaciones de consanguinidad y afinidad; en una palabra, domina todo el sistema de la sociedad civil. No teniendo semejanza con los otros contratos puede celebrarse a una edad en que no es permitida la más indiferente estipulación, y entre tanto, en las naciones civilizadas, no puede ser disuelto por mutuo consentimiento y subsiste en toda su fuerza aun cuando una de las partes venga a ser para siempre incapaz de llenar las obligaciones del contrato, como en el caso de una demencia incurable, que no le permite cumplir la parte que le corresponda en esa convención. No es extraño, pues, que los derechos, deberes y obligaciones que nazcan de tan importante contrato, no se dejen a la voluntad de los contratantes sino que sean regidos por las leyes de cada país”⁴¹.

Por tal motivo requiere del acuerdo de quienes contraen el matrimonio y el cumplimiento de derechos y deberes.

Es solemne.-

Todos los actos y contratos deben tener una forma externa, a través de la cual se pueda constatar su celebración. Sin embargo, cuando la ley no ha regulado la forma en la cual se debe prestar el consentimiento, estamos frente a un acto consensual. En cambio si la ley ha prescrito que para la celebración y eficacia jurídica de los actos, se debe seguir un procedimiento, estamos frente a un acto formal; por ejemplo una factura debe cumplir con todos los requisitos que la ley y el reglamento tributario dispone, caso contrario es un comprobante sin valor legal para sustentar un gasto.

El contrato es solemne cuando, a más del consentimiento, la ley requiere de la observancia de otras formalidades de manera que, sin ellas, el contrato no produce ningún efecto civil.

⁴¹ ARIAS, José; "Derecho de familia"; Buenos Aires-Argentina; Pág. 71

En estos contratos no se producen los efectos que le son inherentes mientras el consentimiento no se otorga en la forma prescrita por la ley.

Así ocurre en la compraventa de bienes raíces y en el matrimonio. Si las solemnidades no se cumplen, la ley entiende que el consentimiento no se produce.

Por cuanto está sujeto a la observancia de ciertas y determinadas formalidades establecidas por la ley, de manera que su inobservancia implica su invalidez o ilicitud.

El concepto de solemnidad del matrimonio, se refiere literalmente a la ceremonia que involucra. No basta simplemente casarse dentro de los límites geográficos de un Estado; debe existir también una ceremonia al efecto. Generalmente hablando, no existe una forma universal para darle solemnidad al matrimonio, a menos que se encuentre establecida por un ordenamiento, pero las partes declararán en presencia de la persona que solemniza el matrimonio y de los testigos necesarios que ellos se aceptan como esposo y esposa.

Insistimos, el matrimonio al ser un contrato solemne, debe celebrarse ante la autoridad competente, esto es ante el Jefe del Registro Civil, Identificación y Cedulación de la respectiva circunscripción territorial, conforme lo prescribe el Art. 15 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación. En caso de que él o los ecuatorianos se encuentren en el extranjero, se lo celebrará ante el Agente Diplomático o Consular respectivo, conforme lo prescribe el Art. 1 del Acuerdo Interministerial N° 458-A, publicado en el Registro Oficial N° 105 de fecha 11 de enero de 1.999, que textualmente dispone: " Delegación.- Delegase a los Cónsules del Ecuador en el exterior para que con su firma y rúbrica y en su representación realicen las inscripciones, tanto oportunas,

como tardías de nacimientos, así como las inscripciones de matrimonio y defunción de las personas"⁴².

En el evento de que él o los ecuatorianos se encuentren a bordo de nave o aeronave ecuatoriana en alta mar o fuera del espacio aéreo ecuatoriano, en su orden respectivamente, el Capitán de dicha nave o aeronave está legalmente facultado para celebrar el matrimonio, conforme lo determina el Art. 15 del Cuerpo de Ley precitado.

Una vez que los celebrantes del convenio matrimonial, comparezcan personalmente o por intermedio de sus apoderados especiales ante las autoridades competentes antes mencionadas y según corresponda a cada caso, en presencia de dos testigos idóneos, expresarán su consentimiento libre y espontáneo de contraer matrimonio, así como manifestarán el hecho de no encontrarse inmersos en ninguna prohibición legal para hacerlo, luego de lo cual en unidad de acto junto con la autoridad y testigos, firmarán la respectiva Acta matrimonial.

Se formaliza el acto del matrimonio en un documento y se realiza ante un oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación, sea en el recinto del Servicio o en la casa de uno de los cónyuges.

Se efectúa entre un hombre y una mujer.-

“El matrimonio es una institución natural. Antecede a la religión y a los gobiernos y está fundamentado en la naturaleza de la persona humana. A pesar de la diferencia

⁴² Acuerdo Interministerial N° 458-A, publicado en el Registro Oficial N° 105 de fecha 11 de enero de 1.999; Quito-Ecuador; Art. 1.

cultural, cada sociedad en toda la historia de la raza humana entendió que el matrimonio es la unión sexual de un hombre y una mujer con el propósito de procrear y educar a la siguiente generación, por tanto y con razón, el matrimonio ha recibido un lugar único en la ley. Aunque Jesús eleva al matrimonio cristiano a la categoría de sacramento, la complementariedad de los sexos y el sentido natural del matrimonio pueden ser conocidos por la razón sin tener que apelar a las escrituras”⁴³.

La diferencia sexual es esencial para el matrimonio. Sólo a través de la diferencia sexual pueden el hombre y la mujer “hablar” el lenguaje del amor conyugal con y a través de sus cuerpos: el regalo total y completo de sí mismo para el otro, un regalo que está abierto al regalo adicional de los hijos. La diferencia hace la diferencia.

El matrimonio es un status especial que la sociedad reconoce a la unión comprometida entre un hombre y una mujer por una razón: porque su relación corporal es la única capaz de generar nuevos miembros de la especie humana y porque su relación interpersonal es la idónea para criar hijos, protegerlos y educarlos.

El matrimonio es la base para la formación de la familia y no es simplemente una forma de legitimación del sexo. Los biólogos evolucionistas reconocen que el vínculo macho-hembra en parejas duraderas fue el paso crítico de la evolución humana y es algo incorporado a nosotros por la naturaleza.

De ahí que desde siempre se ha considerado el que hombres y mujeres no pueden ni deben mantener relaciones entre sí, ya que esto va en contra de la misma naturaleza y de la capacidad reproductiva de la especie humana.

⁴³ <http://www.usccb.org/issues-and-action/marriage-and-family/marriage/promotion-and-defense-of-marriage/upload/Redefinici%C3%B3n-del-matrimonio-2.pdf>

4.2.3 Causas de Terminación del Matrimonio.

Según el Diccionario Jurídico Ambar, “el matrimonio es un contrato unilateral firmado y constituido legalmente; en el cual al no cumplir lo que manda la ley estamos supeditados a la disolución del mismo, ya sea a la disolución por mutuo acuerdo de las partes o a petición de uno de los cónyuges. La declaración de terminación del vínculo matrimonial y de todo contrato matrimonial, solo puede ser declarado terminado por un juez competente”⁴⁴, así como se observa, siendo el matrimonio un contrato deben cumplirse ciertos requisitos que de no hacerlo, dan al cónyuge inocente la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial.

De entre algunas de las causas con las cuales termina el matrimonio que se recogen a nivel internacional, nuestro país, Ecuador, ha optado por señalar cuatro muy puntuales que son recogidas en el Art. 105 de nuestro Código Civil en vigencia y que a continuación me permitiré analizar con mayor especificidad para nuestro entendimiento.

Así tenemos entonces que, el matrimonio termina por:

1.- Por la muerte de uno de los cónyuges.

Como es de conocimiento general, por la muerte de una persona se extinguen prácticamente todas sus obligaciones, por ende, sus responsabilidades civiles al amparo de lo que determina el Art. 64 del Código Civil donde se establecen el fin de la existencia de las personas.

⁴⁴ ANBAR, Diccionario Jurídico, editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana, 1era. Edición, Tomo No. 4, Quito-Ecuador, 2001, pág. 22

Ello sumado a que generalmente en nuestra sociedad, el matrimonio es concebido como una institución cuya pretensión de duración implica el resto de la vida de cada contrayente, lo cual se ve bruscamente finalizado con el fallecimiento de uno de los consortes.

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

La terminación del matrimonio también se da el caso de la nulidad como se lo determina en el Código Civil Art. 94 que dice: “El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, surte los mismos civiles que el válido, respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, y respecto de los hijos concebidos dentro de dicho matrimonio. Pero dejará de surtir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges. Las donaciones o promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que se casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio”⁴⁵.

La nulidad matrimonial civil implica la invalidación del matrimonio por la existencia de un vicio o defecto esencial en su celebración. El matrimonio que es declarado nulo se considera que nunca ha existido, salvo respecto al cónyuge que lo hubiera contraído de buena fe y respecto a los hijos. La nulidad matrimonial, regida en nuestro sistema jurídico por el Código Civil con independencia de la forma que adopte el matrimonio, procederá cuando existan defectos o errores coetáneos a la celebración de dicho negocio jurídico y su estimación tendrá como consecuencia la declaración de inexistencia de vínculo matrimonial. Siendo el matrimonio un contrato solemne, la nulidad puede

⁴⁵ CODIGO CIVIL ECUATORIANO; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 94

provenir de: la incapacidad de los contrayentes; del vicio en el consentimiento matrimonial; de la falta de alguna solemnidad esencial. Cualquiera que sea la causa de la nulidad de un matrimonio, debe ser previamente declarada en sentencia ejecutoriada por la autoridad competente puede ser esta nacional o extranjera.

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

Un primer problema que se plantea en la relación entre matrimonio y muerte presunta, consiste en la subsistencia o no del vínculo conyugal una vez decretada la presunción de fallecimiento y si se autoriza o no al cónyuge presente para volver a contraer nuevas nupcias con un tercero. La primera tendencia en esta materia, delineada por la regulación napoleónica de la ausencia, es la de hacer primar el principio de la indisolubilidad matrimonial por sobre una posible presunción de muerte. Así, este sistema se negaba a considerar muerto al ausente; no cabía entonces que se tuviera por disuelto su matrimonio.

Una segunda posición es adoptada como correctivo de la primera, pero intentando no chocar de frente con el principio de la indisolubilidad, y consiste en estimar que la muerte declarada judicialmente no disuelve por sí el matrimonio, sino que constituye una causa de disolubilidad del mismo. La disolución en estos casos, puede provenir de una segunda declaración judicial.

Como requisitos dentro de esta causa, podemos establecer los siguientes:

a) Sentencia que declare la presunción de muerte.

b) Transcurso de cierto plazo desde las últimas noticias.

El Código Civil regula la presunción de muerte por desaparecimiento en sus artículos 66 al 80, que debe declararse por el Juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el país, y fijara como día presuntivo de la muerte, el último del primer año, contado desde la fecha de las últimas noticias. La ley exige, que hayan transcurrido ciertos plazos, contados desde las últimas noticias que se tuvieron del desaparecido o del presuntamente muerto.

De igual forma el Art. 68 del cuerpo legal antes citado dispone: “El juez concederá la posesión definitiva, en lugar de la provisional, si, cumplidos los tres años, se probare que han transcurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido. Podrá asimismo, concederla, transcurridos que sean diez años, desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, a la expiración de dichos diez años la edad del desaparecido, si *viviere*”⁴⁶.

En armonía a la norma citada el Art. 76 inciso segundo, del cuerpo de Ley citado, establece que en virtud de la posesión definitiva, se da por terminado el matrimonio, si el desaparecido hubiere sido casado.

Los presupuestos contenidos en las normas antes aludidas, deben ser expresamente invocadas por escrito en una demanda o libelo, por el cónyuge del desaparecido, ante el juez competente, para que éste luego de la probanza procesal, declare en sentencia la posesión definitiva de bienes del desaparecido y declare por lo tanto la terminación del matrimonio si fuere casado.

⁴⁶ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 68.

La validez de un nuevo matrimonio contraído por el cónyuge sobreviviente así mismo no se verá afectada aun cuando se probare que el desaparecido murió realmente después de la fecha en que el matrimonio se contrajo. En relación a los efectos respecto del régimen de bienes que produce la declaración de muerte presunta, en virtud del decreto de posesión provisoria, termina la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales, según cual hubiera habido con el desaparecido.

4.- Por divorcio.

El divorcio es una causal que da término al matrimonio válidamente celebrado, declarado por el Juez, a petición de uno o de ambos cónyuges, por la concurrencia de alguna de las causales prevista en el ordenamiento jurídico civil pertinente.

Cualquiera de los cónyuges que desee dar por terminado el contrato matrimonial, lo puede hacer, siempre y cuando se presente una de las causales expresamente determinadas en el Art. 110 del Código Civil. Entre las más habituales causales constan las de: abandono injustificado de un cónyuge al otro por más de seis meses, los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, el estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial; las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro, la condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años entre los más conocidos.

Cabe señalar que el divorcio por causales, no se produce por la simple voluntad o alegación de uno de los cónyuges, sino que debe ser la consecuencia jurídica a una grave falta o hecho imputable al otro cónyuge.

Se debe señalar finalmente que, en cualquiera de las causas previstas para el divorcio, el cónyuge no necesita la firma o consentimiento del otro para demandar la terminación del matrimonio, pero si está en la obligación de probar suficientemente, dentro del juicio, la verdad de la causal invocada, caso contrario el juez en sentencia desechará la demanda.

4.2.4 El divorcio.

Tal y como ya se había señalado en el marco conceptual, el divorcio rompe el vínculo matrimonial a través del pronunciamiento de la autoridad judicial competente, previa demanda debidamente fundamentada y sobre todo comprobada por uno o ambos cónyuges bajo el amparo de la Ley y cumplidos los requisitos de la misma.

En la India, a pesar de la situación desmejorada en que se encontraba la mujer, le fue permitido abandonar a su marido en casos graves como por ejemplo vagancia, vicios empedernidos, abandono de hogar y otros aspectos, pero era mucho más amplio el derecho del hombre, quien podía repudiar a su mujer por causa de adulterio, malas costumbres, enfermedad contagiosa, esterilidad. Analizando podemos darnos cuenta que en primer lugar los derechos prioritarios y preferenciales los tenía el hombre, con superioridad sobre la mujer y referente a las causales algunas con fundamento y lógica y otras exageradas frente a la realidad social.

El Derecho Romano concibió casi simultáneamente formas de repudio y de divorcio que requerían o no el consentimiento de la mujer según la modalidad adoptada para el matrimonio “Cuando se trataba de matrimonios mediante coemptio o por usucapión,

podían utilizarse un procedimiento similar al repudio, mediante el cual el marido hacía venta aparente de su mujer a un tercero que la liberaba mediante la manumisión. En cambio en los matrimonios libres o sine manus se adoptaban procedimientos consensuales o contenciosos, con exigencia de causales, más próximos al divorcio actual. En la época imperial las leyes Julia, Julia Popea y Julia de Adulterio, dispusieron que el divorcio se notificara a la mujer mediante un liberto (esclavo liberado) y en presencia de siete testigos, para hacerle entrega del libellum divortii”⁴⁷.

Así, estando el matrimonio presente en nuestra civilización aún desde sus orígenes, no es menos lógico que el divorcio, haya estado de igual forma ligado a esta institución desde sus inicios. “La historia registra remotos antecedentes del divorcio como institución idónea para poner término a la relación conyugal, siendo uno de los más antiguos es el repudio, en virtud del cual se permitía al marido rechazar a su mujer en ciertas circunstancias que fueron variando en las distintas épocas y ordenamientos jurídicos”⁴⁸.

De tal forma, con el devenir de los tiempos y sobre todo el avance de la civilización y el conocimiento sobre el mismo, o de las relaciones que con él se crean, surgieron en torno a éste varias características que es menester resaltar.

Así tenemos que:

“a) En primer lugar, esta es personalísima, lo que quiere decir que sólo la pueden pedir los cónyuges, y en el caso del divorcio por causales, únicamente el cónyuge inocente, o

⁴⁷ LEÓN GUERRÓN, Oscar, El Matrimonio y el Divorcio, tesis doctoral Universidad Central, Quito, 1975, Pág. 31.

⁴⁸ LEÓN GUERRÓN, Oscar, El Matrimonio y el Divorcio, tesis doctoral Universidad Central, Quito, 1975, Pág. 31

sea aquel que se creyera perjudicado por haber el otro cónyuge incurrido en una o más causales de las enunciadas en el Art. 109 del Código Civil"⁴⁹.

Esto implica que ninguna persona puede interponer la acción de divorcio en representación de otra, salvo poder de procuración judicial otorgado a un profesional del derecho, que en este caso, únicamente se encamina a hacer valer la voluntad del poderdante. Como todos sabemos se trata de un contrato solemne entre dos personas, y son exclusivamente estas, quienes están facultados para solicitar su terminación mediante la vía judicial correspondiente.

“b) La acción de divorcio es irrenunciable, en razón de que lo contrario constituiría poner en juego al estado civil de las personas”⁵⁰.

Esto significa que, una vez contraído el matrimonio, a ninguno de los cónyuges le está permitido por ningún medio renunciar a la acción de divorcio cuando las circunstancias así lo ameriten; ya que si bien, al inicio en todo matrimonio existen problemas que se pueden sobrellevar, esto no será así toda la vida y renunciar al divorcio por causa del amor, puede significar a cualquiera de los contrayentes no pueda volver a rehacerla con otra persona.

Ello a más que esto automáticamente significaría estar ligados por siempre a personas que muchas de las veces en una relación de familia muestran diversas actitudes a que mantuvieron durante la vida de solteros y que puede repercutir en un constante estado de inarmonía familiar.

⁴⁹ GARCCIA FALCONI Ramiro; El Divorcio por causales; Quito-Ecuador; 2013; Pág. 2

⁵⁰ GARCCIA FALCONI Ramiro; El Divorcio por causales; Quito-Ecuador; 2013; Pág. 2

“c) La acción de divorcio es prescriptible, por disposición legal expresa, constante en el Art. 124 del Código Civil. Dicha norma señala que la acción en un año contado de acuerdo a cual sea la causa que se alegue para presentar la acción. Por las causales 1), 5) y 7) el año se contará desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa que se trate.

En lo referente a la segunda causa, desde que se realizó el hecho. En cuanto a los numerales 3), 4) 8) y 9), desde que cesó el hecho constitutivo de las causas y en lo referente a los numerales 6) y 10) desde que se ejecutorio la sentencia respectiva.

La acción de divorcio por excepción es imprescindible, en el caso de la causal décimo primera”⁵¹.

Esto por cuanto toda acción debe estar regulada tanto en torno a quien la beneficia como a quien perjudica, y en este último caso en particular, el sujeto o la persona que dio motivo para el divorcio, no puede estar por ello siempre condenado a estar un estado de inseguridad o incertidumbre legal, el perjuicio de sus derechos como cualquier otro ciudadano.

“d) la acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los dos cónyuges, cualquiera que sea el estado del juicio, como lo establece el Art. 127 del Código Civil”⁵².

Esto por obvias razones, puesto que toda acción generalmente se extingue por la muerte de la persona.

⁵¹ GARCCIA FALCONI Ramiro; El Divorcio por causales; Quito-Ecuador; 2013; Pág. 2

⁵² GARCCIA FALCONI Ramiro; El Divorcio por causales; Quito-Ecuador; 2013; Pág. 2

“e) La acción de divorcio por ruptura de relaciones conyugales se extingue por la reconciliación de los cónyuges, conforme el Art. 125 del Código de la materia. Dicha reconciliación deberá expresarse por escrito dentro del proceso, además que deberá existir la voluntad de ambos cónyuges, especialmente el ofendido por la conducta del otro, de reiniciar su vida conyugal”⁵³.

De este modo de igual forma se prevé que, en caso de reconciliación ningún divorcio ya planteado necesariamente deba ser sentenciado dictando la separación de los cónyuges, con el único requisito de que exista constancia por escrito de ello y sea voluntad de ambos cónyuges.

4.2.5 El daño moral producto del divorcio.

Tradicionalmente se ha considerado que el Derecho de Familia tenía una regulación autónoma, y que por ello era inviable aplicar las normas de la responsabilidad civil a los daños derivados de las relaciones de familia, así pues, en este contexto, el matrimonio devenía en un espacio donde quedaban impunes los daños causados entre sus integrantes, convirtiéndose la familia en un sitio donde se podía herir e injuriar de manera gratuita.

Esto toda vez que, el principio de la inmunidad familiar se imponía por sobre la reparación de los daños injustos, puesto que se consideraba que la aplicación de las normas del Derecho de Daños a las estructuras familiares podía entorpecer estas relaciones, ocasionando más daños que los que se pretendía solucionar.

⁵³ GARCCIA FALCONI Ramiro; El Divorcio por causales; Quito-Ecuador; 2013; Pág. 2.

Bajo estas premisas y teniendo al daño moral como el género que comprende toda lesión a los sentimientos, por el sufrimiento o dolor que alguien padece, aplicado al divorcio tal conceptualización se puede decir que el daño moral es el derivado de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, los que han sido causados por la conducta del cónyuge declarado culpable en dicho proceso, y que han perjudicado de forma directa en el honor, en la reputación social, en suma, en el interés personal del cónyuge inocente.

Sin embargo, no todas las causales de matrimonio son susceptibles de indemnización, puesto que algunas de ellas tienen su origen en factores patológicos como enfermedades o circunstancias inherentes a los cónyuges, que de ninguna forma les pueden repercutir en responsabilidad civil.

Ahora bien se debe tener bien claro que, sobre el monto de la indemnización que se entregue a la víctima a título de reparación, debe precisarse que ésta no implica una valoración económica del daño moral producido, dicho dinero no está destinado a reponer las cosas a su estado anterior ni a eliminar el dolor o el sufrimiento. El dinero es sólo instrumental, representa el medio que permite a la víctima hallar, a través de su inversión, una determinada y hasta simbólica compensación del daño.

“Como acertadamente expresa Fernández Sessarego, el peculio que se transfiere a la persona que ha padecido un daño moral, tiene el exclusivo propósito de que le sea útil para encontrar cierto tipo de satisfacción espiritual, un gozo o un placer, algunas sensaciones agradables, placenteras, relajantes. El dinero recibido podrá ser empleado por la víctima para disipar, si es posible y en alguna medida, su dolor mediante

entretenimientos o diversiones adecuados a su personalidad. Es evidente que existirán casos de dolor profundo donde no se obtendrá ninguno de los resultados propuestos. En estas situaciones, el dinero servirá al menos como sanción para el agresor. No es imaginable ni justo que el agente de un daño patrimonial sufra una merma económica mientras que el que genera un daño moral quede impune”⁵⁴.

Así pues, dicha indemnización cumple una doble función, en unos casos levantar la autoestima del cónyuge afectado a través de la idea de una compensación por los males a él ocasionados, y por otra, una sanción al cónyuge que por su mal actual, dio origen al divorcio y sobre todo al perjuicio del otro.

En cuanto al daño moral también podemos señalar algunas características que es necesario tenerlas presentes a saber:

- “1. Al igual que con cualquier otro perjuicio, se requiere que el daño moral sea cierto y personal.
2. La indemnización que se otorga por concepto de daño moral es de carácter simbólico, pues tutela bienes jurídicos imposibles de reparar integralmente. La indemnización por *pretium doloris* busca aliviar, más no resarcir, los padecimientos producidos.
3. Una vez producidos, los daños morales se convierten en auténticos derechos crediticios susceptibles de ser transmitidos o renunciados por su titular.
4. Requieren de prueba de su existencia, no así de su cuantificación. Para ello, el juez puede acudir a su prudente arbitrio (*arbitrium iudicium*) para cuantificar su magnitud”⁵⁵.

⁵⁴ <https://lawiuris.wordpress.com/2008/06/18/reparacion-del-dano-moral-al-conyuge-inocente/>

⁵⁵ DIAZ RUEDA Paola Andrea y QUINTANA VELEZ Jenny Lorena; Daños y Perjuicios en Derecho de Familia Derivados del Divorcio; Pontificia Universidad Javeriana; Bogotá-Colombia; 2013; Pág. 7.

Así como vemos, el daño moral implica aquel que se infligen al cónyuge inocente, y que involucran las lesiones de los derechos subjetivos o intereses legítimos del inocente, como por ejemplo, en el adulterio se lesiona el derecho a la fidelidad; en el abandono voluntario del hogar, el derecho a la cohabitación y la asistencia mutua; en la injuria grave, el derecho al honor.

Se debe tener en cuenta sin embargo que, para que se pueda resarcir el daño moral se deben cumplir ciertos requisitos, toda vez que, al tratarse de un daño no patrimonial, no se puede saber a ciencia cierta quiénes son aquellos que han padecido dicho agravio, debido a la naturaleza extrapatrimonial del mismo que dificulta su probanza. Resulta entonces necesario establecer quienes podrían ser titulares del derecho de exigir la reparación monetaria.

Así, se debe presentar una relación de causalidad entre el daño y el acto ilícito, pues, quien vaya a efectuar la reparación deberá hacerlo por los efectos de sus actos y por nada más, no se puede hacer responsable a una persona por daños que no deriven de sus acciones.

En segundo lugar, el daño debe ser cierto, esto no quiere decir que el daño tenga que probarse; basta simplemente que la víctima acredite la acción antijurídica y la titularidad del accionante; además, el daño debe ser personal al accionante, es decir, solo quien lo sufre puede reclamarlo; debido a que el daño moral es de carácter personalísimo, nadie puede alegar un sufrimiento que no ha padecido. La reparación no tiene por objeto restablecer un valor económico menoscabado, sino ofrecer una satisfacción a quien ha sufrido de manera íntima.

Finalmente, se necesita que quien lo invoque pueda ser considerado como un “damnificado” en sentido jurídico. De esto se desprende que se debe establecer quiénes resultan titulares de la acción de indemnización, puesto que de ser todos aquellos los que sufren el agravio, la multiplicidad de damnificados (familiares, pareja, amigos, etc.) perjudicaría devastadoramente al responsable, desvirtuando el sentido de justicia destinado a la indemnización.

Conforme lo expuesto, tampoco se puede irrogar un daño mayor a quien dio origen al daño moral, lo que impide estandarizar el mismo; así pues, para determinar su valor, el juez deberá tomar todas las consideraciones pertinentes y utilizar las pruebas presentadas por las partes a fin de decidir lo más justo. Se debe tener en cuenta que, no tratándose exclusivamente de castigar al responsable, sino de apaciguar las heridas causadas a la víctima; se debe considerar además la condición económica del responsable, ya que el derecho no busca convertir a éste en una víctima más, sino subsanar aquellos perjuicios irrogados en el cónyuge inocente.

4.2.6 Estado Psicoemocional después del divorcio.

Luego del divorcio, sin duda alguna que se producen algunos cambios emocionales tanto en el hombre como en la mujer, aunque con un mayor grado de lesividad en esta última, quien es por lo general la que solicita el divorcio a causa del abandono, infidelidad o maltratos perpetrados por su cónyuge. Pese a ello, se producen en esta última un sinnúmero de sentimientos que van desde sentirse culpable, hasta la depresión y falta de confianza en sí misma; de este modo entonces, nos referiremos a continuación a algunos de los efectos más comunes, entre ellos tenemos:

Sentirse Culpable.- Los efectos psicológicos del divorcio en las mujeres son muchos, pero una de las emociones más básicas es la culpa; esto puede ser verdad ya sea si la mujer inició el divorcio o no. Mujeres en ambas situaciones pueden sentirse mal por no trabajar lo suficientemente duro como para que el matrimonio funcionara. Si la mujer fue quien inició el divorcio, puede tener una sensación de culpa por acabar con el matrimonio. Esto es especialmente cierto si hay niños involucrados ya que la mujer podría sentirse como responsable de romper a la familia y provocar un trauma emocional.

Sentir Depresión.- El final del matrimonio es devastador para ambas partes, las mujeres, especialmente, pueden sentirse entristecidas por la repentina pérdida de su matrimonio. Sus sueños para el futuro se pueden ver desgarrados junto con su matrimonio y ahora esa esperanza por el futuro parece haberse ido.

Una responsabilidad cada vez mayor combinada con el darse cuenta de que la vida como la imaginaron ya no existe se correlaciona con el hecho de que las mujeres tienen mayor probabilidad de sufrir depresión tres años después del divorcio.

Sentir Ansiedad.- Después del divorcio, una puede experimentar mucha ansiedad, el futuro es incierto y, por lo tanto, igual la propia seguridad. Las mujeres pueden experimentar mayor tensión ya que pueden haber dependido en parte o completamente de sus esposos para el apoyo financiero.

Tratar de saber cómo mantenerse a sí mismas, y en ocasiones, a una familia, puede ser difícil; a pesar de eso, existen muchas cosas que una mujer puede hacer para disminuir la ansiedad incluyendo comer de forma saludable, meditar y ejercitarse.

4.2.7 Relación del divorcio por mutuo acuerdo ante el Notario

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria introduce la posibilidad formalizar el divorcio o separación de mutuo acuerdo ante Notario, según esto se presentan los siguientes requisitos:

- ✓ **El divorcio debe ser de mutuo acuerdo y sin hijos menores de edad o discapacitados:** Sólo podremos ir al notario si se dan los dos requisitos: Además de estar de acuerdo en todos los puntos del divorcio, no puede haber hijos menores de edad ni hijos con la “capacidad modificada judicialmente “(que no es otra cosa que la antigua sentencia de incapacitación judicial). Si los hubiera, obligatoriamente debemos acudir al juzgado para el divorcio aunque exista un acuerdo.
- ✓ **El divorcio se formaliza en escritura notarial:** Esta escritura debe contener, por una parte una declaración de voluntad de los dos esposos de que quieren divorciarse. Por otra parte, se debe unir a la escritura el Convenio Regulador que no es otra cosa que un documento en el que se deben reflejar los aspectos que van a regir el divorcio de una persona. Es aconsejable que se negocie y se redacte el Convenio mediante Abogado especializado en la materia, y previamente a llevarlo a la notaría, deberá ser firmado por ambos cónyuges.
- ✓ **3.-Contenido del Convenio Regulador.** Este convenio debe tratar unos puntos que establece el art. 90 del Código Civil y que, exceptuando los aspectos relativos a las relaciones con los hijos menores que no entran en esta forma de divorcio, son las siguientes:
 - ✓ La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
 - ✓ La contribución a las cargas del matrimonio (gastos comunes) así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

- ✓ La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
- ✓ El establecimiento de una posible pensión compensatoria.

- Intervención de ambos cónyuges en la firma “de modo personal”. Esto en principio supone que es un acto personal de cada cónyuge y no se puede otorgar un poder a otra persona para que se divorcie en su lugar, por lo que la presencia de los dos será obligatoria cuando se ratifique el convenio regulador ante el Notario.

- Necesario consentimiento de los hijos mayores de edad, si los hay. Si ambos cónyuges o cualquiera de ellos tiene un hijo mayor de edad, exige la ley que debe dar su consentimiento al divorcio. Este sorprendente requisito puede frustrar o bloquear estos divorcios, pues si no se otorga, no quedará más remedio que acudir al Juzgado. Al menos, tal y como está redactada actualmente la ley. ¿Qué pasaría si el hijo de 18 años no quiere dar su consentimiento? A día de hoy, parece que habría que recurrir a un contencioso ante el Juzgado, lo cual no deja de ser un tanto absurdo restando parte del sentido al divorcio ante notario.

- Obligatoria presencia de Abogado en ejercicio. La ley impone que un abogado esté presente en la firma de la escritura de divorcio notarial con el fin de garantizar el buen asesoramiento y la protección de las personas que se van a divorciar ante notario.

- Se puede elegir notario. Pero con unos límites: Debe ser e notario del municipio o ciudad correspondiente al último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes.

Criterio personal: Estas son, los aspectos más reseñables de esta nueva forma de divorcio debido a que hoy en día existen conyugues no conformes, con el debido proceso y se puede ahorrar tramites y tiempo.

4.2.8 Causas y consecuencias en la familia por el divorcio

A punto de la separación, en general, las personas están tan abrumadas por el distanciamiento afectivo, el conflicto, los desacuerdos o las dificultades en la comunicación y no alcanzan a dimensionar las implicaciones que hay que tener en cuenta, no solo en el presente, sino también en el futuro. Sumados a la situación misma de la separación, hay otros aspectos que es necesario evaluar y atender en forma realista.

Costo emocional

La separación y el divorcio constituyen acontecimientos vitales que generan un proceso de duelo, es decir, una pérdida que conlleva sufrimiento y que cada uno se ve abocado a superar de manera individual.

Significado distinto para cada uno

La separación impacta a los miembros de la pareja de manera diferente. Pocas veces los dos cónyuges lo viven de forma parecida. Con frecuencia, lo que ocurre es que uno vive la ruptura como un paso adelante y el otro, como un paso atrás. Esto provoca una mezcla de sentimientos que interfieren en la relación de la expareja, afectando las decisiones que deben tomar.

Impacto sobre los hijos

Las maneras como los niños y jóvenes actúan frente al divorcio dependen de un número importante de factores, como la historia del niño y la manera y habilidad que tiene para enfrentarse a la nueva situación. Muchos se sienten culpables, temen quedarse solos y abandonados, creen que los padres pueden volver a juntarse. Todos estos sentimientos producen cambios en su comportamiento que pueden dirigirse con más intensidad hacia uno de los padres.

Además, divorciarse aumenta las responsabilidades que se tienen como progenitores. Los padres deberán coordinar muchos aspectos para asegurar el bienestar de los hijos y hacer que se vean lo menos afectados posible. La labor con los hijos continúa, esto supone mantener el contacto con la expareja, independientemente de que se quiera o no, venciendo esa dosis de hostilidad que se produce en un proceso tan complejo como este.

Cambios que generan incertidumbre

El divorcio conlleva cambios importantes en el entorno de todos los miembros de la familia. Por lo menos uno de ellos cambia de residencia y en muchos casos de ciudad, trabajo o colegios, respectivamente. Asumir los cambios implica grandes esfuerzos y el despliegue de muchas habilidades que contribuyan a mantener el equilibrio en la nueva situación.

Emociones fuertes y contradictorias

Estas hacen parte del proceso de separación. Aunque al principio pueda aparecer cierta sensación de liberación por haber tomado la decisión o por haber decidido solucionar un

problema que ya resultaba insoportable, pronto se presentan la duda, la sensación de haber fallado, la culpa, el desasosiego y un profundo sentimiento de pérdida. Puede pasar que la rabia se mezcle con la nostalgia y la pena inicial, para luego darles paso a la melancolía, la desesperanza y el desamor. Y a todas estas pueden añadirse otras, como el odio, la rivalidad, los celos, la envidia y la necesidad o el deseo de controlar al otro.

Las decisiones importantes

La custodia de los hijos, los horarios de visita, acordar las normas de disciplina, los arreglos económicos al dividir los bienes, negociar las obligaciones que seguirán vigentes, entre otros, son aspectos complejos que traen gran tensión durante el divorcio, pero con los que es preciso seguir lidiando en el futuro. Para avanzar en el manejo asertivo de estos se requieren gran flexibilidad, capacidad para asumir una actitud cooperativa y aprender mecanismos de negociación que permitan desarrollar una relación que beneficie tanto a los padres como a los hijos.

4.2.9 Relación de la figura del femicidio y las causales 2 y 5 de divorcio

En nuestra Legislación Art. 141 del Código Orgánico Integral Penal:- La persona que como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, de muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género.....”

Como se establece en ésta disposición legal PODER, esto es lo que persiste en cada agresor, considera que la pareja es de su propiedad, cada día escuchamos de hombres que dan muerte a su mujer, novia, por celos, el maltrato físico, psicológico y sexual, que destruyen la relación de familia, afectan a los hijos de haberlos. La violencia es poder y el poder genera sumisión, daño, sufrimiento, imposición de una voluntad, dominación y

sometimiento. La violencia presupone, por lo general, posiciones diferenciadas, relaciones asimétricas y desiguales de poder el ejercicio de esta clase de violencia, en sus más diversas manifestaciones, física, psicológica, económica, sexual, laboral, etc., como herramienta de poder y dominación, se ha venido repitiendo a lo largo de la historia de la humanidad. La cuestión, no es nueva. Lo nuevo es el interés que ha despertado en la sociedad moderna la efectiva protección de los derechos humanos de quienes sufren el impacto de esta violencia.

Criterio personal: La relación existente entre la figura femicidio y las causales 2 y 5 de divorcio están palpables, debido a que las causales son un gran acercamiento para que exista la figura porque las causales 2 y 5 se derivan de los tratos crueles y la violencia física a los dos géneros, generando un derivado a la figura femicidio.

4.3 MARCO JURÍDICO.

4.3.1 El Matrimonio dentro del Marco Constitucional Ecuatoriano.

Una vez que se han analizado algunas de las principales características del matrimonio, del divorcio, así como de todo aquello relacionado al daño moral como producto de este último, a continuación me permito realizar un análisis singularizado de todas aquellas normas que en nuestra Constitución tienen relación con el matrimonio, y que se deben tener en cuenta en nuestro estudio.

Así tenemos que, “se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”⁵⁶.

Según nuestra Constitución, el matrimonio está basado en el libre consentimiento de los contrayentes, lo que implica de igual forma que, el mantenimiento del mismo está supeditado a la voluntad de ambas partes de seguir manteniendo dicha relación jurídica, sin embargo, cuando se habla de violencia, intimidación o hasta agresiones a fin de poder mantener esta institución tan importante como lo es el matrimonio, dicho

⁵⁶ Constitución Política de la República del Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 67.

consentimiento ya no se encuentra presente en una de las partes, pudiendo declarar esta fácilmente por tal motivo terminado el vínculo matrimonial.

Ello, teniendo en cuenta que, tal y como lo señala la norma constitucional, tanto el hombre como la mujer poseen igualdad de derechos y obligaciones para con el hogar conyugal como con cada contrayente, lo que implica que si alguno de sus derechos son vulnerados, están plenamente facultados para solicitar la protección estatal conforme las normas reconocidas por nuestra Constitución y la ley especial pertinente.

Teniendo en cuenta que el fin de la familia es vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente; y, que la norma constitucional establece la obligación del Estado de proteger a ésta como el núcleo de la sociedad, es deber del mismo establecer disposiciones especiales que propendan a garantizar la estabilidad y la armonía familiar, sancionado y castigando el maltrato dentro de esta, pero sobre todo, dotando al cónyuge inocente de la normativa legal que le permita acceder a una reparación económica que en algo mengue las secuelas psicológicas sufridas por tales agresiones.

Pese a lo expuesto, se debe tener en cuenta así mismo que esta disposición no es exclusiva del matrimonio, sino que incluso es extensiva a la unión libre legalmente reconocida, pues como todos sabemos, esta tiene los mismos derechos y por lo tanto obligaciones que se contraen con el matrimonio.

De este modo nuestra constitución establece: “la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y

obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”⁵⁷.

Así como se observa, la única aclaración con respecto al matrimonio, es que la adopción siempre será de parte de personas de distinto sexo; por lo que, en caso de llegar a establecerse algún tipo de indemnización por determinadas causales de divorcio, de igual forma debería establecerse una compensación cuando las mismas circunstancias han conllevado a la separación de la unión de hecho.

Dentro de nuestra Constitución de igual forma podemos encontrar algunas disposiciones consagradas para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia tales como:

“Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo”⁵⁸.

Así de esta forma lo que se busca es que ambos padres se hagan responsables de sus hijos en todos los sentidos, no estrictamente en el ámbito económico, sino en todos aquellos aspectos de la vida de un menor con miras a conseguir el desarrollo estable de su personalidad.

⁵⁷ Constitución Política de la República del Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 68.

⁵⁸ Constitución Política de la República del Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 69 numeral 1.

“Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar”⁵⁹.

De este modo lo que se busca es evitar el deterioro de aquellos bienes establecidos como patrimonio familiar, a fin de garantizar a la familia los medios suficientes para su subsistencia, teniendo en cuenta que se considera a toda familia como el núcleo de la sociedad y por ende su bienestar, supone a la vez el bienestar de la misma sociedad.

“El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes”⁶⁰.

De este modo se garantiza la igualdad entre los cónyuges al momento de tomar toda decisión en lo concerniente a sus bienes así como la administración de los mismos, ya que cada decisión afecta a toda la familia en sí, y hace responsable a la misma en caso de cualquier inconveniente.

“El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa”⁶¹.

Así lo que se busca es evitar el acrecentamiento de los problemas de aquellas familias que por una u otra razón se encuentran disgregadas, y contribuir sobre todo al adelanto de los jefes de familia.

⁵⁹ Constitución Política de la República del Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 69 numeral 2.

⁶⁰ Constitución Política de la República del Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 69 numeral 3.

⁶¹ Constitución Política de la República del Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 69 numeral 4.

“El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos”⁶².

De este modo se garantiza que tanto hombre como mujer sea responsable del hogar en igualdad de condiciones y sin miramientos de género.

“Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción”⁶³.

Con ello lo que se busca es dejar de lado todo tipo de posible discriminación en razón de esta causa y cumplir con los derechos de igualdad.

“No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella”⁶⁴.

Lo contrario, significaría una flagrante violación a los derechos de igualdad reconocidos a toda persona y, más aun cuando se trata de un miembro del núcleo familiar que tiene una especial consideración dentro de nuestra Constitución.

4.3.2 Régimen Jurídico del Matrimonio en el Código Civil.

En lo que respecta al matrimonio dentro del Código Civil ecuatoriano, a continuación me permitiré analizar algunas de las principales normas que tienen relación a nuestro tema de estudio.

⁶² Constitución Política de la República del Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 69 numeral 5.

⁶³ Constitución Política de la República del Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 69 numeral 6.

⁶⁴ Constitución Política de la República del Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 69 numeral 7.

Así pues en esta norma encontramos que el “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”⁶⁵. Es decir, según nuestra legislación el matrimonio comprende un acuerdo mediante el cual se obtienen derechos al igual que obligaciones, tanto el hombre como la mujer se encuentran en igualdad de condiciones y unidos con un único fin, el de convivir mutuamente, socorrerse y aun procrear; por lo que, dichos derechos y obligaciones son plenamente susceptibles de ser exigidos, y aun sancionados en caso de incumplimiento por algunas de las partes, independientemente que sea el hombre o la mujer.

Se debe tener en cuenta así mismo que dicha institución está completamente vedada a los menores de edad, en virtud de que actualmente nuestro Código Civil establece: “Las personas que no hubiesen cumplido dieciocho años no podrán casarse”⁶⁶. Ello principalmente en razón de la gran responsabilidad que conlleva un matrimonio, en relación a la escasa madurez con que generalmente cuenta un menor de edad, y que hace imposible un correcto discernimiento entre el amor y una ilusión pasajera que puede traer graves consecuencias en su vida.

En cuanto a los efectos del matrimonio en el extranjero, igualmente se ha dispuesto que: “El matrimonio celebrado en nación extranjera, en conformidad a las leyes de la misma nación o a las leyes ecuatorianas, surtirá en el Ecuador los mismos efectos civiles que si se hubiere celebrado en territorio ecuatoriano. Pero si la autoridad competente ha declarado la insubsistencia o nulidad de un matrimonio celebrado en nación extranjera, se respetarán los efectos de esa declaratoria. Sin embargo, si un ecuatoriano o

⁶⁵ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 81.

⁶⁶ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 83.

ecuatoriana contrajere matrimonio en nación extranjera, contraviniendo de algún modo a las leyes ecuatorianas, la contravención surtirá en el Ecuador los mismos efectos que si se hubiere cometido en esta República”⁶⁷.

De este modo se prevé que las disposiciones existentes en otros países en cuanto a esta institución legal no difieran de aquellas que se han establecido en nuestro Estado, garantizando no solo la independencia de nuestras leyes sino además que exista una única regulación que no genere dudas ni indefensión en los contrayentes.

De igual forma se ha previsto que: “El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo lugar, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes ecuatorianas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en el Ecuador, mientras no se disolviera válidamente el matrimonio en esta República”⁶⁸. Esto a fin de garantizarse la supremacía de las leyes ecuatorianas sobre otras normas que por este mismo motivo se hayan previsto en otro país, a fin de poder garantizar los derechos que nacen con el matrimonio en nuestro Estado; haciendo valer por sobre todo nuestra normatividad interna.

Concordantemente con lo expuesto, “el matrimonio que, según las leyes del lugar en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá sin embargo disolverse en el Ecuador sino en conformidad a las leyes ecuatorianas”⁶⁹. Así pues lo que se prevé, es que ninguna norma externa relacionada con el matrimonio, ponga en duda aquella regulación existente en nuestro país para seguridad de los contrayentes.

⁶⁷ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 91.

⁶⁸ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 92.

⁶⁹ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 93

“El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, surte los mismos efectos civiles que el válido, respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, y respecto de los hijos concebidos dentro de dicho matrimonio. Pero dejará de surtir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges. Las donaciones o promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que se casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio”⁷⁰.

Con esta disposición lo que se pretende es garantizar el derecho de los hijos que hayan resultado de este matrimonio así como resolver el estado de las cosas que con motivo de éste se hayan entregado a uno de los cónyuges.

Estas normas como se observa, lo que se pretenden es garantizar la seguridad de aquellos hijos que nacen dentro de un matrimonio, así como de la persona que de buena fe contrae el mismo. De ahí que precisamente se hayan establecido además algunas causas de nulidad del matrimonio y de subsanación de estas causas de invalidez o el cómo hacerlas efectivas.

Se establece además los requisitos que se necesitan para contraer matrimonio, las autoridades ante las cuales se contrae el mismo, y las solemnidades prescritas para su plena validez.

Finalmente se establecen las causas de terminación del matrimonio que son:

“1o.- Por la muerte de uno de los cónyuges;

⁷⁰ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 94.

- 2o.- Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio;
- 3o.- Por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y,
- 4o.- Por divorcio”⁷¹.

De estas, es la ultima la que ha llamado la atención del presente estudio principalmente en lo relacionado a dos de sus causales no solo porque ponen fin al matrimonio, sino porque en ese trayecto ocasionan graves perjuicios para el cónyuge inocente que deben ser considerados desde ya, a fin de poder solicitar una indemnización que le permita sortear los nuevos problemas que fruto de la terminación de esta relación se desprenden.

4.3.2.2 Causas de divorcio.

Las causales previstas para entablar una demanda de divorcio se encuentran previstas en el Art. 110 del Código civil en vigencia, mismas que a continuación me permitiré analizar individualmente a fin de poder tener una mejor comprensión de las mismas. Así tenemos:

“El adulterio de uno de los cónyuges”⁷².- Se entiende por adulterio “el acceso carnal que un casado tiene con mujer que no sea la legitima, o una casada con hombre que no sea su marido. Constituye una violación la fe conyugal”⁷³; y, es precisamente por esta falta a un voto de confianza que se realiza al momento del matrimonio, que se ha considerado tal situación como causal de divorcio.

⁷¹ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 105.

⁷² Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 110, numeral 1.

⁷³ CABANELLAS DE TORRES Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental; Editorial Heliasta; Buenos Aires-Argentina; 1998; Pág. 28.

Así pues, el adulterio ha sido considerado como causal de divorcio en casi todas las legislaciones de cada país, pues sus orígenes son simultáneos al matrimonio, quien ha estado presente en la sociedad desde los orígenes de la misma, por lo que, entre las principales características de esta causal se pueden enunciar las siguientes:

“Se requieren fundamentalmente dos elementos, aun cuando como veremos algunos autores exigen otros adicionales.

Primero.- Es de orden material, consisten en las relaciones sexuales con una persona distinta del cónyuge de otro sexo; y,

Segundo.- Es de orden intencional, esto es la libre voluntad de realizar ese acto.

Si falta uno de estos elementos, no sirve de causal para solicitar el divorcio.

Para que exista adulterio es fundamental probar que hubo la intención de cometerlo, pues de lo contrario no se podría aducir esta causal”⁷⁴.

Es decir, para que se cumpla con el adulterio, no basta mantener una simple relación sentimental, lo cual no podría considerarse adulterio, pues como se observa, esta causal implica la consumación física de la voluntad de tener sexo con otra persona distinta de aquella a la cual se encuentra unida bajo vínculo matrimonial.

De lo expuesto entonces, se debe señalar que es una de las causales más difíciles de probar puesto que debe establecerse fehacientemente la existencia del acto sexual entre el cónyuge presuntamente adúltero y otra persona, siendo la única prueba palpable de ello, que fruto de esa infidelidad nazca un hijo; pues, los testimonios, las cartas y aún las fotografías, no resultan ser los medios más idóneos para demostrar el adulterio.

⁷⁴ DÍAZ Guadalupe; El Divorcio; República Dominicana; 2015; Pág. 12.

A ello se debe sumar que muchas veces el tratar de obtener pruebas que demuestren el adulterio bien pueden ser consideradas ilegales por haber sido obtenidas de modo contrario a la ley, como por ejemplo cuando han sido obtenidas mediante el robo, hurto o infringiendo algún derecho fundamental como el derecho a la intimidad o la inviolabilidad de domicilio.

“Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar”⁷⁵.-

“De acuerdo al Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso de Sánchez Cruz v. Torres Figueroa, 123 DPR 418, 1989, trato cruel se define como aquella acción basada en la deshonra, descrédito o menosprecio del otro cónyuge. Asimismo, este caso plantea que el trato cruel se basa en hechos que perturban la pacífica convivencia de los cónyuges y afectan directamente al deber general de respeto a la persona y a su integridad física”⁷⁶.

Así pues toda conducta que haga intolerable la vida en matrimonio puede ser considerada como trato cruel, pues, no precisa esta causal de la existencia de una agresión específicamente de carácter física, sino que incluso el maltrato verbal puede ser considerado como un trato cruel.

En la mayoría de los países donde ya ha sido establecida esta causal con anterioridad, suele ser la más utilizada por aquellas personas que han sido víctimas de violencia doméstica, la cual incluso no es susceptible de conciliación puesto que el agresor muchas de las veces logra colocarse en un punto de manipulación tal que, inhibe la voluntad de la persona agredida y su capacidad de reaccionar ante tales agresiones.

⁷⁵ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 110, numeral 2

⁷⁶ <http://www.lexjuris.com/lexlex/Leyes2014/lexl2014012.htm>

Se usa esta causal cuando la mujer ha sido golpeada físicamente o cuando ha sido víctima de insultos, palabras obscenas o, incluso, si la humilla u ofende en privado o frente a otras personas. El maltrato también puede ser psicológico, no requiere exactamente la presencia de la violencia física.

Se debe tener en cuenta que, se habla así mismo de violencia en general, sin determinar si se trata exclusivamente de violencia física, psicología, o de cualquier otra índole, por lo que cualquier tipo de violencia puede servir de sustento para invocar esta causal; la cual como se observa ya no está dirigida exclusivamente a la mujer, sino incluso a los demás miembros del núcleo familiar.

Se debe tener en cuenta de igual forma en este tipo de causal, la posición social, educación, carácter e instrucción de los cónyuges, a fin de poder analizar el conflicto matrimonial desde esa perspectiva, ya que, no es lo mismo una discusión entre personas sin ningún tipo de formación educativa, en la cual, los insultos pueden ser algo normal y de uso diario; a una discusión y ofensas utilizadas por personas cuyo su nivel educacional le permite discernir claramente el contenido y efecto de sus humillaciones.

Finalmente se debe tener claro de igual forma que dicho asedio, ultrajes, ofensas, trato cruel o maltrato físico o verbal, debe ser grave y repetido, es decir, constante, puesto que no basta con aquellos casos aislados o imprevistos que surgen motivo de un momento de confrontación o de un mal día en la vida conyugal.

“El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial”⁷⁷.- Esta causal por si sola jamás ha sido analizada en otras legislaciones

⁷⁷ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 110, numeral 3.

por lo que, siempre se la había relacionado con las injurias graves y la actitud hostil, que daban una idea más clara de lo que debe entenderse y sobre todo tenerse en cuenta al momento de establecer esta falta de armonía como una causal de divorcio.

Así, para poder tener una idea más exacta de lo que comprende la falta de armonía dentro de la vida conyugal se debe señalar al contrario que es lo que comprende la armonía dentro del hogar, así tenemos que, debe existir tolerancia, aceptación, respeto, prudencia y sobre todo conciliación.

De este modo pues, cuando en una relación intenta primar tal solo el criterio de uno de los cónyuges, sin tolerar diferencias y procurar arreglos, está por demás demostrado que algo está fallando en aquella relación; pues toda persona debe tener en cuenta que, el iniciar un hogar con el ser amado, conlleva así mismo entender todo el bagaje de conocimiento, información y principios que han sido inculcados a este durante toda su vida, y que es primordial encontrar un punto de conciliación entre sus principios y el de su cónyuge.

Cuando existe entonces falta de conciliación, tolerancia, aceptación y el más mínimo respeto entre los cónyuges, sin necesidad de mediar insultos graves, violencia física, o cualquier otra agresión que pueda infligir algún tipo de daño corporal o emocional, sino únicamente un estado constante de falta de aceptación, comunicación, aprecio, y trabajo conjunto entre los cónyuges en pro de un bienestar y un beneficio común, entonces nos encontramos claramente en un estado permanente de falta de armonía.

“Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro”⁷⁸.- Entre una de las principales características de esta causal, encontramos que debe existir testigos que hayan presenciado el hecho y que puedan testificar dichas circunstancias en un proceso; o, que existan pruebas documentales, escritas, tecnológicas o cualquier otra en que pueda observarse claramente dichas amenazas.

De igual forma se debe tener en cuenta que para la correcta aplicación de esta causal, se debe poseer una correcta comprensión e interpretación que se dé al doble término de amenazas graves, pues nadie está obligado a permanecer en situación peligrosa, hasta que haya caído sobre él, el peligro, se lo debe entender más bien en el sentido de ser amenazas graves debidamente fundadas y de realización probable, de este modo se pasa claramente al campo psicológico y subjetivo, porque la probabilidad del peligro anunciado depende del carácter de cada persona que amenaza con él, al otro cónyuge, pero no solo ha de considerarse las condiciones personales de ello, sino también las del cónyuge amenazado.

Es decir, si bien la vida matrimonial conlleva así mismo una serie de obligaciones que por razones sociales, familiares y hasta consuetudinarias, determinan que los cónyuges traten de enfrentar juntos los problemas que la vida matrimonial envuelve, esto no significa que, se omita y se ponga en peligro su derecho a la vida por el único objetivo de mantener una vida en común que puede ser insostenible.

En esta causal en particular, como requisito se puede decir que para que proceda el divorcio es necesario la existencia de la amenaza o la promesa de causar daño al otro

⁷⁸ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 110, numeral 4.

cónyuge, que dicha amenaza sea en presencia de aquel y de forma grave, especificándose la acción de pretender acabar con su vida incluso. Lo que se debe tener en cuenta en esta causal, es que únicamente se genera cuando las amenazas son realizadas contra la vida del otro cónyuge.

La lógica de esta causal así mismo tiene su razón de ser, en que aquel cónyuge que ha sido amenazado en su vida ya sea de palabra o de acto, no puede estar obligado a seguir conviviendo con su posible victimario, y sobrellevar un constante estado de zozobra en perjuicio de su estabilidad emocional y familiar.

“La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro”⁷⁹.- Al hablar de tentativa se refiere al campo penal y por ende se puede decir que esta tiene como elementos la intensión no equívoca de cometer el delito, manifestación de ella por actos idóneos dirigidos a cometer el delito mismo, idoneidad de la acción, la no llegada al delito proyectado por causas ajenas a la voluntad del agente.

Es decir que la tentativa de homicidio se consumará con la intención de matar, la idoneidad de la acción y el inicio de la agresión a ese bien tutelado, que puede ser causando daño, lesiones, en todo caso en que se pone ya en peligro efectivo real el bien protegido por la norma principal y sancionado por la accesoria, por lo tanto es importante recalcar que en materia penal no hay tentativa culposa.

“La tentativa es el acto o son los actos que dan inicio a la ejecución de un delito no condigno y reprochable, pero no consumado por la concurrencia de circunstancias

⁷⁹ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 110, numeral 5

independientes de la voluntad del autor; según ciertos criterios, la tentativa puede configurarse como la serie de acciones, maquinaciones y actos que pongan ciertamente en peligro la vida y la seguridad física del otro cónyuge, pudiendo considerarse en la tipificación del hecho las agravantes y las atenuantes previstas en el Código Penal”⁸⁰.

Es decir, en estos casos la voluntad de causar daño está plenamente demostrada con el conjunto de acciones realizadas con el fin de atentar contra la vida del otro cónyuge, y que, por situaciones distintas a su previsión, no permitieron que se consuma tal delito. Se debe tener en cuenta no obstante que, para poder demandar esta causal en muchos países es requisito previo que dicha tentativa haya sido investigada y demostrada dentro de un proceso penal, con lo que, sin dicha valoración, se hace imposible solicitar el divorcio por esta causa.

No obstante a ello, por otro lado de igual forma se señala que, al estar probados los hechos el juez que se encarga de dictar o no el divorcio, está plenamente facultado para realizar una valoración de las pruebas aportadas dentro del proceso y sentenciar en torno sin necesidad de la acción penal previa.

“Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas”⁸¹.- De este modo como se observa en esta causal, basta con involucrar al otro cónyuge en el cometimiento de un delito cualquiera para poder solicitar el divorcio; no se hace alusión alguna al tipo de delito, ni a la gravedad del mismo, así como tampoco a la alarma social generada por este.

⁸⁰ <http://auladerecho.blogspot.com/2013/10/causal-de-divorcio-la-tentativa-contra.html>

⁸¹ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 110, numeral 6.

En esta causal lo único que se toma en cuenta es la acción de corromper al otro cónyuge, de inducirlo a una forma de vida delictiva, que no implica necesariamente la prostitución, o cualquier tipo de delito sexual, sino toda acción que ponga en peligro su seguridad jurídica, su libertad, u que le conlleve cualquier responsabilidad civil penal o administrativa.

El fundamento de esta causal está en la predisposición del otro cónyuge a corromper al otro, lo cual hace imposible una vida conyugal estable y armoniosa con la sociedad.

Se debe considerar que dentro de esta causal se ha considerado también a los hijos, indistintamente de su sexo o edad, ni si son hijos comunes o solo de uno de los cónyuges, basta con la intención incluso de corromperlos y de encontrar sustento para demostrar la tentativa de ello a fin de poner en marcha el divorcio por esta causa.

El sujeto de este acto puede ser cualquiera de los cónyuges, además en esta causal no se admite la reconciliación, porque implica en el sujeto activo de una depravación moral.

“La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años”⁸².-

Esta causal está basada principalmente en el hecho de que uno de los fines del matrimonio es la convivencia entre los cónyuges, la cual en este caso muy particular se encuentra menguada producto del tiempo de espera que significaría para uno de los conyuges esperar que el otro salga y poder retomar el hogar conyugal

⁸² Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 110, numeral 7.

“El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano”⁸³.

Es casi innecesario señalar las consecuencias nocivas que éste tipo de problemas trae consigo para la persona que padece de éste mal así como para su familia, razón por la cual, teniendo en cuenta la armonía que debe reinar en un hogar, es casi imposible que ello suceda cuando uno de los conyugues padece de este vicio. Lo cual no involucra únicamente la voluntad del otro cónyuge que quizá, bien podría intentar mantener la relación por afecto o amor, sino que pone en riesgo la misma seguridad de los hijos habidos dentro del matrimonio que no tienen por qué desarrollarse en un ambiente perjudicial para su salud física y mental y que los puede llevar a un círculo vicioso donde se repita el mismo ciclo.

“El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos”⁸⁴.

Dicha causal de divorcio tiene su razón de ser en que, según nuestro Código Civil el matrimonio tiene como fin el vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente; de este modo, al faltar esta convivencia se está atentando contra uno de los principales fines de esta institución o contrato como se le quiera considerar, más aun cuando se ha producido de manera continua e ininterrumpida cortando todo tipo de relación con el otro cónyuge.

Así, faltándose voluntaria e injustificadamente a dicho contrato ello pone al otro cónyuge en la plena libertad de deshacer el vínculo matrimonial que los une a otra persona que tampoco desea permanecer a su lado.

⁸³ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 110, numeral 8.

⁸⁴ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 110, numeral 9.

4.4 DERECHO COMPARADO.

4.4.1 El divorcio y sus efectos según el Código Civil Federal Mexicano.

A fin de poder sustentar nuestro estudio con un mejor criterio y sobre todo, en base a legislación ya existente en torno al tema, a continuación se pone de manifiesto lo que el Código Civil Federal Mexicano ha establecido con respecto a las indemnizaciones con motivo del divorcio.

Así tenemos que: “En los casos de divorcio necesario, el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente. En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito”⁸⁵.

De este modo es crucial tener en cuenta para este pago las circunstancias que motivaron el divorcio, el cual, procede incluso en caso de que el divorcio se realice por mutuo

⁸⁵ Código Civil Federal de México; Art. 288.

consentimiento, con una duración del mismo de un tiempo igual al que duró el matrimonio. Dicha circunstancia es incluso mandatoria en caso de que exista falta de ingresos suficientes o imposibilidad para trabajar por parte de uno de los conyugues.

Cabe recalcar que si bien, dentro de esta legislación no se considera la imposición de alimentos forzosos una compensación tal y como sucede en otros países, no se puede negar que los mismos tienen su origen en el divorcio y en los derechos antes emanados del matrimonio, lo cual sirve de base y sustento para generar o avalar el pago de dichas indemnizaciones o compensaciones.

Se establece de igual forma que: “Los cónyuges deben darse alimentos; la Ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y otros que la misma Ley señale. Los concubinos están obligados, en igual forma, a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635”⁸⁶.

Con ello se ratifica una vez más la obligación de dar alimentos que se genera con el matrimonio y aun después del divorcio, lo cual ratifica mi iniciativa de incorporar esta normatividad a la realidad social de nuestro país bajo ciertos requisitos y circunstancias especiales.

Como se podrá observar del conjunto de la normatividad analizada, el legislador en el caso de éste país es muy preciso al señalar o establecer las circunstancias antes mencionadas en el caso del divorcio necesario, entendiéndose por éste, aquel que por las

⁸⁶ Código Civil Federal de México; Art. 302.

circunstancias particulares de conflicto matrimonial pone en peligro incluso no solo al otro cónyuge sino a los mismos hijos y demás miembros del hogar conyugal.

Dicha situación es así en definitiva la que obliga al cónyuge inocente a solicitar el divorcio y que a su vez, le hace acreedor a una indemnización por los efectos nocivos recibidos en su persona durante el tiempo de duración del matrimonio y por un tiempo prolongado hasta que la autoridad competente lo considere necesario según las características y posibilidades propias de cada solicitante.

4.4.2 Derechos que se originan con el divorcio según el Código Civil Chileno.

En lo que corresponde al Código Civil Chileno encontramos dentro del Título VI las Obligaciones y Derechos entre los Cónyuges, de entre las cuales analizaremos las normas pertinentes y que más relación guardan con nuestra normatividad.

Así en cuanto al matrimonio se refiere, tenemos que: “Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”⁸⁷; lo cual tiene mucha similitud con nuestra legislación, y de donde se desprende que, ambos cónyuges son poseedores de derechos y obligaciones para con el otro, que pueden ser exigibles en cualquier momento en que dichos derechos resulten vulnerados.

Concordantemente con lo antes señalado, de igual forma se prevé que: “El adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da

⁸⁷ Código Civil Chileno; Art. 131.

origen a las sanciones que la ley prevé. Cometten adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge”⁸⁸.

De aquí entonces es que se origina la posibilidad de que, en caso de divorcio por causa de infidelidad, el cónyuge inocente esta o queda en plena capacidad de solicitar una sanción, la misma que en su mayoría es de carácter económico a fin de resarcir los daños morales causados en el otro de los cónyuges.

Es en virtud de esta fidelidad que incluso las donaciones realizadas regresan también al cónyuge donador al existir el adulterio, según lo prescrito: “El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio o a la separación judicial por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad”⁸⁹. Lo que se debe resaltar en cambio en esta norma, es que dicha sanción no es exclusiva del adulterio sino incluso de la sevicia y el atentado contra la vida, que en nuestra legislación también son causas de divorcio.

Ahora bien, como dentro de esta legislación lo que nos interesa, es la posibilidad de encontrar nomas en países vecinos que apoyen mi iniciativa de establecer una compensación económica cuando el divorcio se ha realizado por tratos crueles o violencia contra la mujer o algún miembro del núcleo familiar o en caso de tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, dentro de este país, se ha estipulado o previsto el pago de alimentos por causa de divorcio en general.

⁸⁸ Código Civil Chileno; Art. 132.

⁸⁹ Código Civil Chileno; Art. 172.

Así tenemos que: “El cónyuge que no haya dado causa a la separación judicial tendrá derecho a que el otro cónyuge lo provea de alimentos según las reglas generales”⁹⁰. De este modo, aunque no se trata de una compensación exclusiva por maltratos o tentativa contra la vida, si se observa en cambio que el pago de alimentos es directamente imputable al cónyuge que da motivo de divorcio.

Esto es aún más claro cuando en el artículo siguiente se señala: “El cónyuge que haya dado causa a la separación judicial por su culpa, tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación; pero en este caso, el juez reglará la contribución teniendo en especial consideración la conducta que haya observado el alimentario antes del juicio respectivo, durante su desarrollo o con posterioridad a él”⁹¹.

Lo que en este caso cabe señalar, es que si bien, el divorcio da origen un derecho que se mantiene aún con posterioridad al vínculo matrimonial, la regulación de este derecho está supeditada a la conducta que el cónyuge inocente haya tenido antes, durante y con posterioridad al juicio de divorcio.

En este caso en particular, lo que llama la atención es principalmente el alto grado de importancia que se ha dado a la fidelidad recíproca que debe existir entre los cónyuges, tanto es así el caso que el adulterio es constituido como una grave infracción; y, la falta a éste presupuesto matrimonial, tiene como consecuencia no solo la posibilidad de solicitar el divorcio por parte del cónyuge ofendido; sino además una compensación

⁹⁰ Código Civil Chileno; Art. 174.

⁹¹ Código Civil Chileno; Art. 175.

económica o derecho de alimentos que subsiste aún después del divorcio y por un tiempo establecido por el Juez y conforme los recursos del alimentante.

Se debe tener muy en cuenta además que, es igualmente importante para el establecimiento de ésta indemnización o sanción como se le quiera considerar, tener en cuenta el comportamiento anterior que el cónyuge alimentario haya guardado anteriormente al divorcio, a fin de considerar hasta qué punto es en verdad merecedor de éste derecho.

Lo que se busca así como vemos, es mantener la equidad entre los derechos y deberes de los cónyuges no solo dentro del matrimonio sino aun posteriormente al mismo.

4.4.3 El derecho a ser indemnizado según la Legislación Peruana.

Dentro de la legislación peruana encontramos la definición de matrimonio en los siguientes términos: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”⁹².

Similar a la norma ecuatoriana, en Perú el matrimonio se erige sobre la base de la voluntad de las partes, hombre y mujer, y con derechos, deberes y obligaciones recíprocas reconocidas en igualdad de condiciones a los dos contrayentes; lo cual

⁹² Código Civil Peruano; Art. 234.

implica que ha estar legalmente reconocidos dichos deberes y obligaciones por la ley, son igualmente exigibles a través de ella.

Cabe señalar que en este país incluso el mismo incumplimiento de una promesa de matrimonio ya es sancionado con indemnización, de este modo cuando existe un perjuicio para la otra persona con quien se realizó el compromiso, se prevé una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en la siguiente forma: “Si la promesa de matrimonio se formaliza indubitadamente entre personas legalmente aptas para casarse y se deja de cumplir por culpa exclusiva de uno de los promitentes, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a terceros, aquél estará obligado a indemnizarlos. La acción debe de interponerse dentro del plazo de un año a partir de la ruptura de la promesa. Dentro del mismo plazo, cada uno de los prometidos puede revocar las donaciones que haya hecho en favor del otro por razón del matrimonio proyectado. Cuando no sea posible la restitución, se observa lo prescrito en el artículo 1635”⁹³.

Esto en gran medida a que dentro de los deberes y derechos que nacen del matrimonio en este país, se encuentra el deber de fidelidad y asistencia que prevé que “los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia”⁹⁴; así como el deber de cohabitación que textualmente prescribe: “Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia”⁹⁵.

⁹³ Código Civil Peruano; Art. 240.

⁹⁴ Código Civil Peruano; Art. 288.

⁹⁵ Código Civil Peruano; Art. 289.

Así pues, la fidelidad, la asistencia mutua y la cohabitación, tanto como deberes de uno y derechos del otro, hacen posible su reclamo en caso de incumplimiento; esto, se encuentra así más claramente determinado en la siguiente norma que prescribe:

“Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”.

En este artículo podemos observar ya claramente una sanción al cónyuge que da motivo para el divorcio, una sanción reflejada en una indemnización económica encaminada a resarcir el daño moral ocasionado por el divorcio. Lo que llama la atención de esta norma sin embargo, no es solo la posibilidad de imponer una reparación económica, sino que se deja a libre albedrío del juez o del cónyuge inocente en este caso, solicitar dicha indemnización en cualquiera de las causas de divorcio previstas en este país siempre y cuando medie algún tipo de perjuicio en su contra.

De igual forma se prevé además que: “El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro”, lo cual implica otra sanción más a aquel cónyuge que faltando a sus deberes contraídos con el matrimonio ha ocasionado su terminación por divorcio.

Dentro de éste país como se observa, las sanciones no son exclusivas del cónyuge, sino que además son extensivas a aquella persona que aun antes de llegar a estar ligada a otra mediante el vínculo del matrimonio, promete contraer el mismo y no lo hace, precisamente por los daños y perjuicios que con este motivo ya se generan en la otra

persona; así pues, no es necesario que exista únicamente violencia física para conceder esta indemnización sino psicológica incluso que en este caso se genera.

De igual forma, tampoco se ha establecido el pago de una suma de dinero exclusivamente al caso de violencia física, psíquica o sexual dentro del matrimonio, sino que se considera para ello cualquier comprometimiento o atentado en contra del interés personal de una persona que abarca a todos estos aspectos personales y que comprenden incluso sus expectativas en cuanto a su futuro y capacidad de socializar con el resto de la sociedad.

Esto teniendo en cuenta principalmente que, uno de los más duros efectos del divorcio es el aislamiento del cónyuge inocente por la baja autoestima y depresión en que frecuentemente recae, y que en muchos casos el hecho de velar por los hijos complica la posibilidad de auto realizarse como persona.

4.4.4 La compensación por causa de divorcio según el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Dentro de este código si bien es cierto no se encuentra claramente determinado el matrimonio, en cambio sí se establecen algunos de los deberes y derechos que deben cumplir y pueden exigir los cónyuges. De este modo, se ha tipificado el derecho de asistencia que prescribe que: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”⁹⁶.

⁹⁶ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; Art. 431.

Así pues, juntos están obligados a socorrerse, a cooperar entre sí y a brindarse la asistencia necesaria cuando uno de ellos así lo necesite. Finalmente se debe señalar que el guardarse fidelidad, no solo involucra abstenerse de tener relaciones sexuales con otra persona, sino en el compromiso de buscar el bienestar común.

De igual forma se prevé el derecho de alimentos que establece: “Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención de las partes.

Esta obligación se rige por las reglas relativas a los alimentos entre parientes en cuanto sean compatibles”⁹⁷.

De este momento si bien no se habla expresamente de una compensación por divorcio, si podemos darnos cuenta de que en cambio, por el hecho de éste, si se puede ordenar una prestación de alimentos posterior al mismo y según determinadas circunstancias que a continuación se exponen.

“Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio:

- a.- A favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide auto sustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos.
- b.- A favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo 433. La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441.

⁹⁷ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; Art. 432.

En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad. Si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas⁹⁸.

De este modo lo que se busca es que, el cónyuge que padece de una enfermedad venidera durante el matrimonio o que luego del divorcio carezca de los medios suficientes para mantenerse, pueda con la ayuda de su ex cónyuge subsistir mientras las causas que originaron dicho pago no subsistan.

Ya más específicamente en cuanto mi tema de estudio se refiere, encontramos más adelante ya claramente definida la compensación económica consecuencia del divorcio en los siguientes términos: “El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez⁹⁹”.

En esta norma como se observa, el desequilibrio que sufre el cónyuge inocente producto del divorcio o por el cual, éste le haya significado un empeoramiento en su situación emocional, directamente significa para el cónyuge causante la condena de una

⁹⁸ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; Art. 434.

⁹⁹ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; Art. 441.

compensación que puede ser según las circunstancias determinada o indeterminada, y cancelada en dinero en efectivo o mediante un usufructo según el convenio de las partes; aunque, en caso de no llegar a establecerse un convenio entre estos, de igual forma se regula la forma en que el juez a de determinar la compensación y la forma de pago.

Así tenemos que la fijación judicial de la compensación económica se regula en la siguiente forma:

“Caducidad. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

- a. el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;
- b. la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;
- c. la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;
- d. la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;
- e. la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;
- f. la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio”¹⁰⁰.

Con esta normatividad como se observa, se pretende que la compensación no sea arbitraria, sino que se encuentre regulada según las capacidades del cónyuge culpable del divorcio así como las necesidades del cónyuge inocente, al igual que el comportamiento que hayan tenido ambos durante el matrimonio. Esto sumado a las diversas edades en que se produce el mismo, el nivel de educación de cada pareja, va a determinar que dichas compensaciones resulten distintas según cada caso en particular.

Del análisis general de las presentes normas, al momento de establecer la causa que da origen a la indemnización se ha prescrito “un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación”, lo cual a mi parecer es demasiado general pues, si bien es cierto ello recoge todo tipo de daño físico, psicológico, sexual, emocional, etc., deja un amplio campo de interpretación al juzgador de éste tipo de conductas que bien puede dar lugar a exagerar en su aplicación.

Lo que hay que resaltar sin embargo, es que se han estipulado otras reglas como la capacidad económica y laboral de los cónyuges para fijar el tiempo de duración y sobre todo de la cantidad de la contribución económica, considerando además su edad, si poseen o no vivienda, e incluso la caducidad de este derecho si no es requerido dentro del periodo estipulado por la ley.

¹⁰⁰ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; Art. 442.

Así pues, si bien estas normas nos permiten acrecentar nuestros conocimientos al momento de señalar una propuesta de reforma, es así mismo necesario especificar cuál es el tipo de conducta que genera este derecho a fin de evitar excesos en el reclamo del mismo.

4.4.5 La Obligación de contribuir al sustento del ex cónyuge cuando se ha dado causa al divorcio según la Legislación Colombiana.

En lo que respecta al Código Civil Colombiano tal y como veremos a continuación, la normativa en cuanto a la definición del matrimonio es muy similar a la de nuestro país, así tenemos que: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”¹⁰¹, es decir, en ambos países al matrimonio se lo toma como un contrato y con el fin de que los contrayentes puedan socorrerse mutuamente.

Dicho socorro no obstante hay que señalar, que en algunos casos expresamente determinados por la ley, son incluso exigibles luego del divorcio según lo determinado en la siguiente norma: “Ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio, queda disuelto el vínculo en el matrimonio civil y cesan los efectos civiles del matrimonio religioso, así mismo, se disuelve la sociedad conyugal, pero subsisten los deberes y derechos de las partes respecto de los hijos comunes y, según el caso, los derechos y deberes alimentarios de los cónyuges entre sí”¹⁰².

¹⁰¹ Código Civil Colombiano, Art. 113.

¹⁰² Código Civil Colombiano, Art. 160.

Dichos derechos como se podrá ver con posterioridad, bien pueden ser estipulados de mutuo acuerdo o por decreto de la autoridad competente; así pues, “para que la separación de cuerpos pueda ser decretada por mutuo consenso de los cónyuges, es necesario que estos la soliciten por escrito al juez competente, determinando en la demanda la manera como atenderán en adelante el cuidado personal de los hijos comunes, la proporción en que contribuirán a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos y, si fuere el caso, al sostenimiento de cada cónyuge. En cuanto a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, responderán solidariamente ante terceros, y entre sí en la forma acordada por ellos”¹⁰³.

De esta norma como se observa si bien se hace relación a la alimentación y congrua sustentación de los hijos, del mismo modo se hace referencia a la contribución que se puede realizar en favor del cónyuge.

Finalmente en el caso particular que nos ocupa, se establece en forma clara que “el marido que ha dado causa al divorcio conserva la obligación de contribuir a la congrua y decente sustentación de su mujer divorciada, y el juez fijará la cantidad y forma de la contribución, atendidas las circunstancias de ambos”¹⁰⁴.

Aquí si bien se establece el derecho de sustentación de la mujer divorciada, no se establecen cuáles serán las circunstancias que el Juez tomara en cuenta para ello, más que las circunstancias de ambos cónyuges que pueden ser muchas y muy diferentes según el juzgador.

¹⁰³ Código Civil Colombiano, Art. 166 inciso segundo.

¹⁰⁴ Código Civil Colombiano, Art. 166 reformado.

Esto implica que su regulación o efectivizarían queda a consideración y criterio del juzgador; por lo que una y otra resolución pueden variar aun cuando se hayan dado en las mismas circunstancias, vulnerándose el principio de equidad e igualdad entre las personas. Se hace necesario entonces una verdadera y prolija regulación que establezca reglas claras y precisas que eviten excesos.

Lo que llama la atención en las normas establecidas en éste derecho de sustentación, es que se ha especificado claramente que es sólo aplicable a la mujer, pues se la está identificando plenamente en la norma, lo cual impide que dicho derecho sea extensible al hombre. Ello no solo que constituye una flagrante violación a los principios de igualdad y equidad ante la ley, sino que además deja en indefensión al hombre frente a circunstancias similares.

De ahí pues que, en nuestro caso muy particular se deben tomar en cuenta todos aquellos factores que permitan enriquecer nuestra norma, y contribuir a fortalecer a la familia considerada como el núcleo de la sociedad.

5. MATERIALES Y METODOS

5.1 Materiales.-

Durante el desarrollo del presente proceso de investigación e utilizado algunos materiales desde los más básicos hasta los más complejos, así pues, e requerido de materiales de escritorio tales como lápices, esferos, hojas de papel bond, como lo más elemental y, computadoras, escáner, copiadoras, impresoras, buscadores de internet, como los más complejos.

Este tipo de materiales en suma, me permitieron realizar las consultas necesarias a objeto de cumplir con los objetivos propuestos con la presente investigación, y elaborar un texto donde se recojan cada uno de los criterios a que se ha podido llegar con la misma, según el cronograma planteado.

5.2 Métodos.-

Durante la realización del presente trabajo de investigación se ha utilizado los siguientes métodos que a continuación se describen:

Método Científico, el cual a través de la observación sistemática, la medición en base a cuadros estadísticos, la formulación de hipótesis, el análisis y la síntesis, me permitió realizar procesos lógicos para alcanzar el conocimiento científico razonado.

De este modo pude vincular mis teorías con la práctica, confrontarlas y sobre todo corroborar si la hipótesis se comprueba de manera afirmativa o negativa.

Método Analítico, el que mediante la descomposición del problema en estudio, buscando principalmente sus causas, naturaleza, efectos, me ha permitido realizar mis propias conclusiones a objeto de comprender de mejor manera el tema.

Método Sintético, procedimiento que me ha permitido reconstruir un nuevo conocimiento, a partir de los distintos elementos que han sido analizados en la presente tesis de investigación, sean estos doctrinales o empíricos, y puestos a disposición del público en general al final del presente trabajo investigativo en las conclusiones a las que se ha podido llegar.

Método Deductivo, que mediante el estudio de las legislaciones internacionales y demás legislación comparada, me permitió deducir conclusiones finales que son presentadas al concluir el presente trabajo, es decir, partiendo de criterios y conocimientos generales se pudo llegar a razonamientos particulares.

Método Inductivo, el cual mediante la generalización de una idea, o de observaciones particulares, me permitió desarrollar criterios generales con respecto a los principales problemas que afronta el cónyuge posterior al divorcio y sobre todo la normativa existente a fin de menguar las secuelas negativas

Método Dialéctico: consiste en una confrontación permanente entre la norma jurídica positiva, con la realidad en la que se desarrolla la justicia en nuestro país, de la cual resulta un Derecho más justo y adecuado para los miembros de nuestra sociedad.

5.3 Técnicas y procedimientos.

En cuanto a las técnicas se utilizaron:

Las técnicas bibliográficas, destinadas a recoger la información de fuentes secundarias localizadas en libros, revistas, periódicos y documentos en general.

La técnica del fichaje, permitirá la recolección de datos teóricos que se relacionan con el tema que me encuentro investigando.

Respecto a las técnicas de campo, en cambio, se utilizó:

La encuesta y la entrevista realizada a los diferentes profesionales del derecho, hecho que me permitió recabar información verídica; y, una vez recogidas todas las encuestas y entrevistas proceder a la realización de la tabulación y procesamiento de la información recopilada utilizando para ello el método estadístico con el objetivo de concretar conclusiones y una propuesta acorde a la realidad de nuestro país.

6. RESULTADOS

6. 1. Interpretación y Análisis de Resultados

6. 1. 1. Interpretación y Análisis de los Resultados de las Encuestas

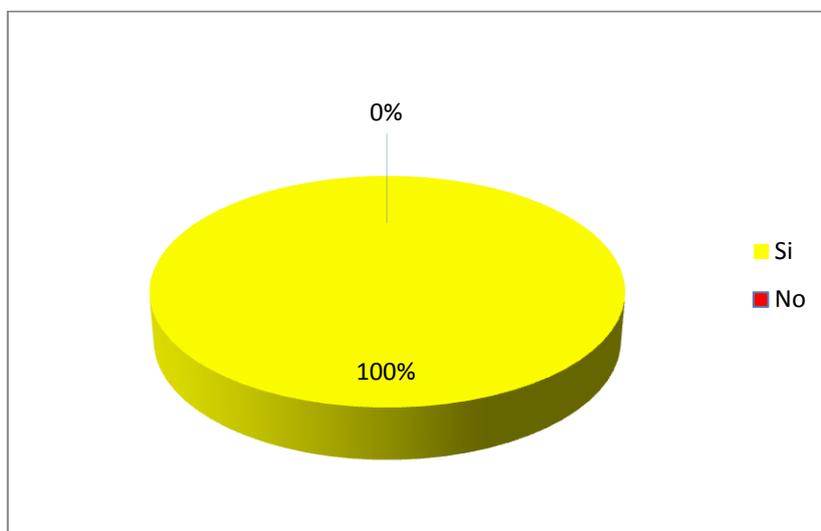
PRIMERA PREGUNTA.- ¿Conoce usted, cuales son los fines del matrimonio en nuestro país?

Cuadro Nro. 1

Indicadores	Frecuencia	Porcentajes
Si	30	100%
No	0	0%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de Zamora.
Autor: Silvana Elizabeth Jaramillo Rodríguez

Representación Gráfica Nro. 1



Interpretación: Según la presente interrogante, 30 personas que corresponden al 100% de los encuestados, señalan que si conocen cuáles son los fines del matrimonio en nuestro país.

Análisis: Con respecto al conocimiento o no de los fines del matrimonio en nuestro país, la mayoría sostiene que se refiere a vivir juntos, procrear y socorrerse mutuamente, lo cual genera derechos y obligaciones para ambos cónyuges que deben velar por el bienestar del otro y de sus hijos en común.

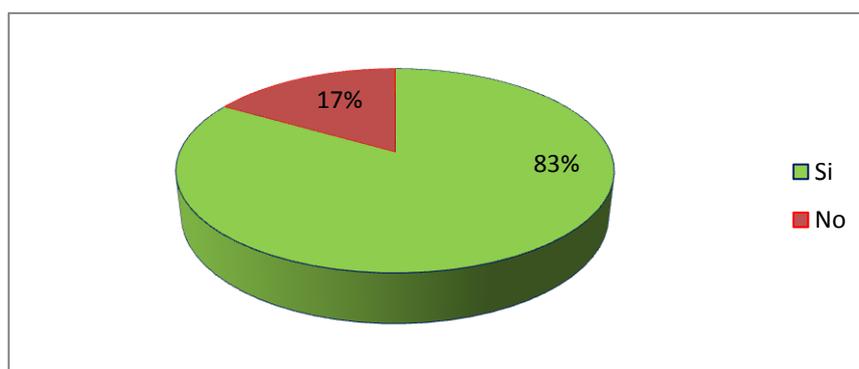
SEGUNDA PREGUNTA.- ¿Considera usted, que el matrimonio estando definido por nuestra legislación como un contrato solemne, impone al cónyuge causante de su rompimiento una indemnización o compensación producto de la falta de cumplimiento de sus fines?

Cuadro Nro. 2

Indicadores	Frecuencia	Porcentajes
SI	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de Zamora.
 Autor: Silvana Elizabeth Jaramillo Rodríguez.

Representación Gráfica Nro. 2



Interpretación: Dentro de esta interrogante, 25 personas que corresponden al 83% de los encuestados manifiestan que el matrimonio estando definido por nuestra legislación como un contrato solemne, si impone al cónyuge causante de su rompimiento una

indemnización o compensación producto de la falta de cumplimiento de sus fines; mientras que, 5 de ellos que corresponde al 17% del total, consideran que no.

Análisis.- Como se puede observar, una gran mayoría de los encuestados considera que el rompimiento del matrimonio cuando es causado por uno de los cónyuges si debe ser indemnizado o compensado puesto que, se está faltando a una obligación contractual que es exigible al igual que cualquier otro tipo de contrato. Sin embargo, pocos de ellos consideran que no, ya que en muchas ocasiones dicha terminación no es atribuible a uno solo de los cónyuges.

TERCERA PREGUNTA.- ¿Conoce usted, cuales son las causales de divorcio legalmente reconocidas en nuestro país?

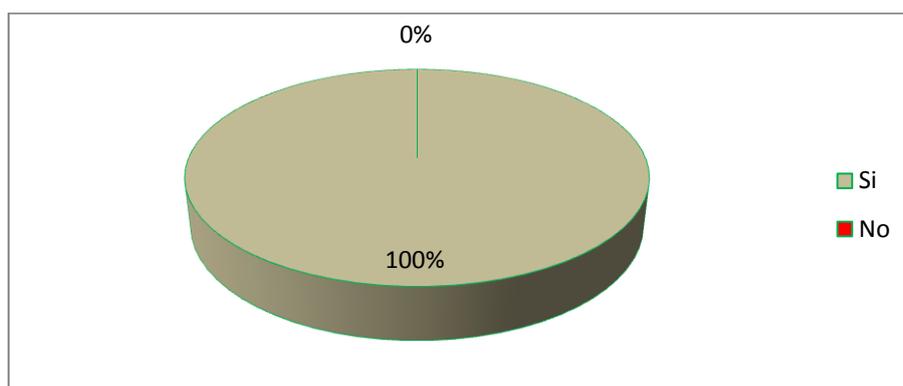
Cuadro Nro. 3

Indicadores	Frecuencia	Porcentajes
Si	30	100%
No	0	0%
TOTAL	30	100%

Profesionales del Derecho de Zamora.

Autor: Silvana Elizabeth Jaramillo Rodríguez.

Representación Gráfica Nro. 3



Interpretación.- En la presente pregunta, 30 de los encuestados que corresponden al 100% del total, están plenamente conscientes de cuáles son las causales de divorcio legalmente reconocidas en nuestro país.

Análisis.- De lo que se observa en esta pregunta, la mayoría de los encuestados tiene pleno conocimiento de las distintas causales de divorcio existentes en nuestro país y que van desde el abandono como la más común, hasta las más graves como agresiones, maltratos, y amenazas contra la vida del otro cónyuge. Figuran también el adulterio, la falta de armonía entre los cónyuges, las penas privativas de la libertad superiores a los diez años y el hecho de ser ebrio consuetudinario o toxicómano.

CUARTA PREGUNTA.- ¿Considera usted, que el divorcio por los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, es susceptible de indemnización o compensación?

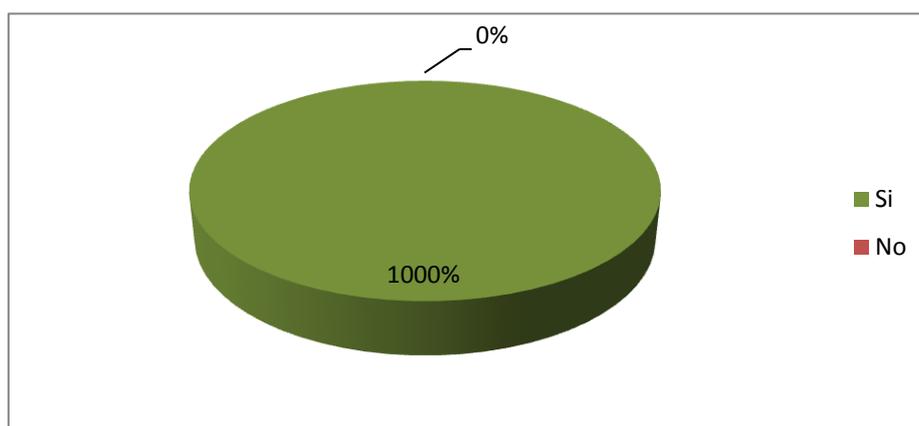
Cuadro Nro. 4

Indicadores	Frecuencia	Porcentajes
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de Zamora.

Autor: Silvana Elizabeth Jaramillo Rodríguez.

Representación Gráfica Nro. 4



Interpretación: Conforme se podrá observar del cuadro gráfico, 30 de los encuestados y que corresponden al 100% creen que el divorcio por los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, si es susceptible de indemnización o compensación, ninguno de ellos contradice esta posibilidad.

Análisis.- Dentro de esta interrogante como se observa, es la mayoría absoluta la que cree que el divorcio por los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro si debe ser indemnizado o compensado, pues no se justifica por ningún motivo la violencia contra uno de los cónyuges, más aun cuando se ha atentado contra su propia vida o la de uno de sus familiares, pues esta situación muchas de las veces conlleva graves secuelas no solo físicas sino psicológicas que requieren tratamiento para poder ser superadas.

QUINTA PREGUNTA.- ¿ Apoyaría usted, una propuesta de reforma al Código Civil que permita establecer una indemnización o compensación al cónyuge inocente por divorcio en caso de tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro?

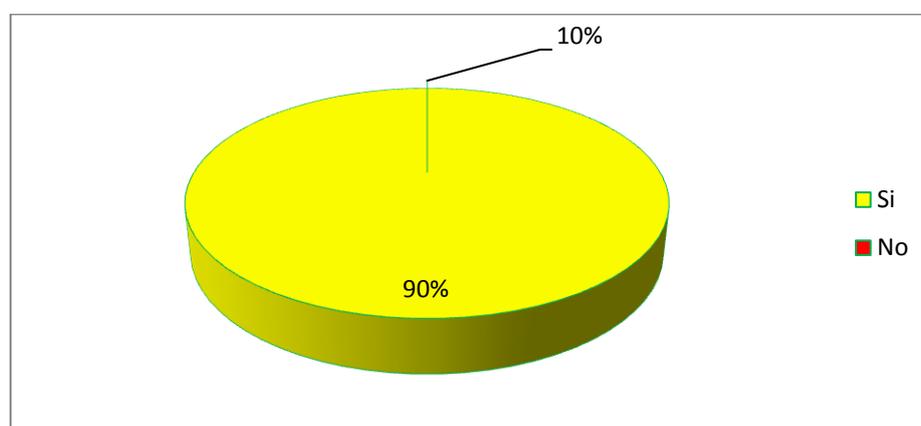
Cuadro Nro. 5

Indicadores	Frecuencia	Porcentajes
SI	30	90%
NO	0	10%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de Zamora.

Autor: Silvana Elizabeth Jaramillo Rodríguez.

Representación Gráfica Nro. 5



Interpretación.- Del total de los encuestados, 30 de ellos que corresponden al 100%, si apoyarían una propuesta de reforma al Código Civil que permita establecer una indemnización o compensación al cónyuge inocente por divorcio en caso de tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro por las consideraciones arriba expuestas.

Análisis.- Concordantemente con el criterio recogido en la pregunta anterior, la mayoría de los encuestados si apoyaría una propuesta de reforma que establezca una compensación o indemnización en favor del cónyuge inocente en caso de divorcio por las causales antes expuestas a fin de poder menguar en algo las secuelas de los daños

sufridos en su contra y que le permitan afrontar la nueva vida sin depender de su ex-cónyuge.

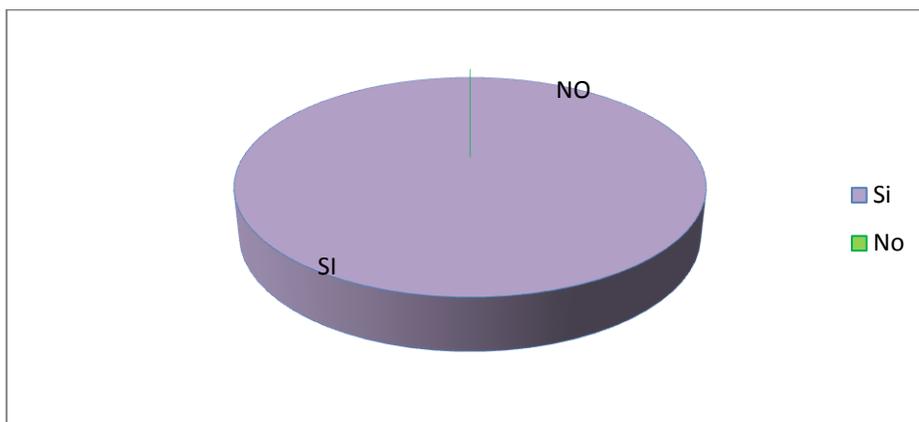
SEXTA PREGUNTA.- ¿ Cree usted, que las indemnizaciones o compensaciones con motivo del divorcio amparado en las causales 2 y 5 del Código Civil, deben ser dispuestas dentro del mismo juicio de divorcio sin mediar más tramite que la prueba generada dentro de éste?

Cuadro Nro. 6

Indicadores	Frecuencia	Porcentajes
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de Zamora.
Autor: Silvana Elizabeth Jaramillo Rodríguez.

Representación Gráfica Nro. 6



Interpretación.- En esta pregunta, 30 de los encuestados que corresponden al 100% si consideran conveniente que las indemnizaciones o compensaciones con motivo del

divorcio amparado en las causales 2 y 5 del Código Civil, deben ser dispuestas dentro del mismo juicio de divorcio sin mediar más trámite que la prueba generada dentro de éste.

Análisis.- Según esta interrogante como se observa, la totalidad de los encuestados está de acuerdo en que las indemnizaciones o compensaciones por motivo de estas causales sean dispuestas en la misma sentencia que genera el divorcio, ya que el daño debe estar demostrado para que proceda el mismo; así, justificadas las agresiones o atentado contra la vida no debería existir ningún otro trámite engorroso que vuelva lenta la justicia en perjuicio de los derechos a la integridad física de las personas.

6. 1. 2. Interpretación y Análisis de los Resultados de las Entrevistas

PRIMER ENTREVISTADO

Primera Pregunta.- ¿Conoce usted, cuales son los fines del matrimonio en nuestro país?

Según lo establecido por el Código Civil los fines del matrimonio son procrear, socorrerse mutuamente y convivir juntos, aunque en la práctica conlleva muchas más responsabilidades que solo eso.

Segunda Pregunta.- ¿Considera usted, que el matrimonio estando definido por nuestra legislación como un contrato solemne, impone al cónyuge causante de su rompimiento una indemnización o compensación producto de la falta de cumplimiento de sus fines?

Según mi criterio si se reconoce al matrimonio como un contrato, el cual genera derechos y obligaciones para ambas partes, el fracaso del mismo por culpa de uno de los cónyuges o del cumplimiento de los fines para los cuales se ha contraído debe ser sancionado pues es una falta al acuerdo entre ellos contraído.

Tercera Pregunta.- ¿Conoce usted, cuáles son las causales de divorcio legalmente reconocidas en nuestro país?

Si, principalmente y la más común y fácil de probar es el abandono, seguida de los maltratos; aunque también se prevén otras tales como el adulterio, el que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano, el haber sido privado de su libertad por las de 10 años, y el estado de inarmonía entre las dos voluntades.

Cuarta Pregunta.- Considera usted, que el divorcio por los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, es susceptible de indemnización o compensación.

Yo consideraría que sí, pues todo acto de violencia genera daños físicos o psicológicos que necesitan de un tratamiento posterior; más aún si se trata de un atentado contra la vida, el cual puede generar daños más severos que necesitan un tratamiento.

Quinta Pregunta.- ¿Apoyaría usted, una propuesta de reforma al Código Civil que permita establecer una indemnización o compensación al cónyuge inocente por divorcio en caso de tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro?

Si, precisamente por las consideraciones antes expuestas.

Sexta Pregunta.- Cree usted, que las indemnizaciones o compensaciones con motivo del divorcio amparado en las causales 2 y 5 del Código Civil, deben ser dispuestas dentro del mismo juicio de divorcio sin mediar más tramite que la prueba generada dentro de éste.

Sí, porque para que proceda el divorcio debe estar probada la causal sobre la cual se fundamenta la demanda; y, ello automáticamente vuelve ineficaz e improductivo realizar un nuevo procedimiento a fin de imponer una sanción a esta conducta que ya ha sido demostrada y que únicamente estaría pendiente la sanción.

Criterio personal.- Como análisis de la presente entrevista se puede evidenciar que siendo los fines del matrimonio procrear, socorrerse mutuamente y convivir juntos, fracasar en el cumplimiento de ellos y ocasionar el rompimiento del matrimonio

fácilmente puede considerarse como una causa de sanción; más aún cuando la causa principal de ello sea por tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.

Esto principalmente debido a que todo acto de violencia genera daños físicos o psicológicos que necesitan de un tratamiento posterior; y con mayor razón cuando se trata de un atentado contra la vida, el cual puede generar daños más severos que necesitan un tratamiento.

Así dicha indemnización debería incluso ser establecida dentro del mismo proceso de divorcio no solo como una forma de agilizar los procesos, sino además de satisfacer el sentido de justicia de la misma sociedad.

SEGUNDO ENTREVISTADO

Primera Pregunta.- ¿Conoce usted, cuales son los fines del matrimonio en nuestro país?

El matrimonio es un contrato solemne mediante el cual un hombre y una mujer se unen para vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

Segunda Pregunta.- ¿Considera usted, que el matrimonio estando definido por nuestra legislación como un contrato solemne, impone al cónyuge causante de su rompimiento una indemnización o compensación producto de la falta de cumplimiento de sus fines?

Todo incumplimiento de contrato genera algún tipo de indemnización, compensación o sanción, por lo que, si las partes así lo acuerdan, en este tipo de casos bien podría

establecerse una sanción económica al cónyuge que falte en el cumplimiento de los fines del matrimonio.

Tercera Pregunta.- ¿Conoce usted, cuáles son las causales de divorcio legalmente reconocidas en nuestro país?

Por lo general la mayor parte de divorcios se dan por abandono, que es la causal más fácil de probar, sin embargo también se puede solicitar por adulterio, malos tratos, el estado habitual de inarmonía entre las partes, y otras más que casi no se usan.

Cuarta Pregunta.- Considera usted, que el divorcio por los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, es susceptible de indemnización o compensación.

Si se puede demostrar las violencias, los tratos crueles y aun la tentativa contra la vida del otro, los cuales involucren severos daños físicos o psicológicos al cónyuge agredido que ameriten tratamiento, obviamente que debe existir una compensación por los mismos ya que son producto de las agresiones propinadas por cónyuge agresor.

Quinta Pregunta.- ¿Apoyaría usted, una propuesta de reforma al Código Civil que permita establecer una indemnización o compensación al cónyuge inocente por divorcio en caso de tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro?

Sí, siempre y cuando se regule la forma en que van a establecerse estas indemnizaciones o compensaciones no solo de acuerdo a los daños o agresiones recibidas sino además en base a las capacidades y necesidades de ambos cónyuges.

Sexta Pregunta.- Cree usted, que las indemnizaciones o compensaciones con motivo del divorcio amparado en las causales 2 y 5 del Código Civil, deben ser dispuestas dentro del mismo juicio de divorcio sin mediar más trámite que la prueba generada dentro de éste.

Yo considero que sí, porque las agresiones ya han sido probadas y sobre todo, debe atenderse al principio de celeridad determinado por el Código Orgánico de la Función Judicial que demanda la tramitación de la causa de manera rápida y oportuna, sin más trámites innecesarios.

Criterio personal.- En el presente caso siendo considerado el matrimonio como un contrato, el cual impone deberes y obligaciones, su incumplimiento automáticamente debería generar una sanción económica; más aún cuando en el seno del mismo se ha demostrado la existencia de violencias, tratos crueles y aun la tentativa contra la vida del otro, que implica daños físicos o psicológicos al cónyuge agredido.

Ahora bien dicha sanción económica debe estar siempre regulada conforme las capacidades y necesidades de ambos cónyuges, sean su preparación profesional y su capacidad económica, al igual que la conducta que hubiere mantenido el cónyuge inocente durante el matrimonio.

En todo caso dicha sanción debe ser impuesta al momento mismo de establecerse el divorcio.

TERCER ENTREVISTADO

Primera Pregunta.- ¿Conoce usted, cuales son los fines del matrimonio en nuestro país?

Todo matrimonio busca la felicidad entre los cónyuges, la unión y el apoyo entre los mismos, por lo que hablar exclusivamente de la procreación y el auxilio mutuo en la forma como lo hace el código es muy subjetivo pues conlleva aún mucho más de lo que se ha prescrito.

Segunda Pregunta.- ¿Considera usted, que el matrimonio estando definido por nuestra legislación como un contrato solemne, impone al cónyuge causante de su rompimiento una indemnización o compensación producto de la falta de cumplimiento de sus fines?

Desde el punto de vista de un contrato, su incumplimiento por una de las partes automáticamente genera para con la otra, algún tipo de compensación o sanción por el tiempo perdido, el daño causado o incluso las pérdidas que ello haya ocasionado a la otra parte; lo cual aplicado a los fines del matrimonio implica claramente una compensación cuando no se ha cumplido con estos fines.

Tercera Pregunta.- ¿Conoce usted, cuáles son las causales de divorcio legalmente reconocidas en nuestro país?

Son el adulterio, los tratos crueles, las amenazas graves, la tentativa contra la vida de uno de los cónyuges, la condena ejecutoriada de más de diez años, el abandono injustificado y padecer de algún vicio como ser toxicómano o ebrio consuetudinario.

Cuarta Pregunta.- Considera usted, que el divorcio por los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, es susceptible de indemnización o compensación.

Todo acto de violencia y lo que es más grave, atentar contra la vida de otra persona, conlleva inmerso lesiones que pueden ser de carácter físico, psicológico o incluso hasta sexual, que generan un deterioro en la integridad física de la otra persona y que muchas de las veces requieren de ayuda profesional para poder sanar las mismas; por lo que es plenamente viable instaurar indemnizaciones o sanciones a las personas que dan motivo al divorcio por estas causales.

Quinta Pregunta.- ¿Apoyaría usted, una propuesta de reforma al Código Civil que permita establecer una indemnización o compensación al cónyuge inocente por divorcio en caso de tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro?

Sí, porque como dije antes los daños que con este motivo se causan hasta la presente fecha no son considerados sino únicamente para conceder el divorcio.

Sexta Pregunta.- Cree usted, que las indemnizaciones o compensaciones con motivo del divorcio amparado en las causales 2 y 5 del Código Civil, deben ser dispuestas dentro del mismo juicio de divorcio sin mediar más tramite que la prueba generada dentro de éste.

Sí, porque no basta con tan solo establecer indemnizaciones y compensaciones por esta causa, ya que de lo contrario, si no se da esta capacidad al juez que conoce el divorcio de él mismo determinar los montos, el solicitar dichos pagos se volvería otro tramite largo y engorroso.

Criterio personal.- En este caso como en los anteriores, el entrevistado haciendo uso de la conceptualización del matrimonio como un contrato solemne, considera que en

virtud de ello que su incumplimiento genera para una de las partes la obligación a la otra de compensar por sus faltas cometidas, no solo por el tiempo perdido sino por el daño ocasionado a la estabilidad emocional y física de la pareja.

Esto considerando que, todo acto de violencia conlleva inmerso lesiones que pueden ser de carácter físico, psicológico o incluso hasta sexual, que generan un deterioro en la integridad física de la otra persona y que muchas de las veces requieren de ayuda profesional para poder sanar las mismas; por lo que es plenamente viable instaurar indemnizaciones o sanciones a las personas que dan motivo al divorcio por estas causales, circunstancia que actualmente no ha sido contemplada en nuestro ordenamiento civil y procesal civil.

7. DISCUSIÓN

7. 1. Verificación de Objetivos.

Objetivo general.

- Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario del Código Civil Ecuatoriano, referente a las causales de Divorcio.

El presente objetivo se ha verificado satisfactoriamente en virtud de que, en el transcurso de la presente tesis de investigación dentro del marco jurídico y doctrinario se ha procedido a analizar aquellas normas establecidas en nuestra Constitución con respecto al matrimonio así como el Código Civil y específicamente en cuanto al divorcio; lo que me ha permitido diferenciar claramente cuáles son las diferencias entre una y otra causal, y sobre todo cuáles son sus alcances y efectos posteriores al mismo.

Así, se ha podido establecer que pese a la gravedad de las causas que originan las demandas de divorcio en determinados casos, lo único que ello determina, es que éste proceso se gane fácilmente sin mayores consecuencias que el divorcio mismo. De este modo las lesiones, malos tratos, y las faltas a la integridad física de las personas, únicamente sirven como prueba sin la posibilidad de solicitar la correspondiente indemnización o compensación por los daños o lesiones sufridas.

Objetivos Específicos:

- Establecer que la violencia intrafamiliar y la tentativa de asesinato constituye actos dolosos.

El presente objetivo también se ha cumplido a cabalidad revisando los antecedentes del matrimonio y del divorcio mismo en nuestra sociedad, de donde se desprende que las agresiones han estado aceptadas siempre dentro del grupo familiar como una forma de hacer respetar la autoridad de uno de los cónyuges sobre el otro, y como una forma común de solucionar problemas familiares. Constituye un rasgo cultural incluso pese a los constantes cambios en favor de la integridad física de las personas que se han reconocido últimamente dentro de nuestra Constitución, por lo que el hecho de mantenerse este tipo de conductas voluntariamente pese a la normatividad vigente, demuestra claramente la voluntad maliciosa de causar daño.

- Determinar que las causales 2 y 5 del Art. 110 del Código Civil, debe ser sujetas a Indemnización.

Este objetivo también ha sido corroborado y confirmado no solo a través de las diversas normas citadas que avalan y ponen de manifiesto algunas indemnizaciones o compensaciones que países vecinos han establecido en favor del cónyuge inocente que se ha visto obligado a solicitar el divorcio por agresiones, maltratos o incluso el atentado contra su vida, sino a través del mismo estudio de campo donde se ha consultado sobre la posibilidad de establecer dichas indemnizaciones con resultados favorables para esta opción que avalan mi iniciativa.

- Estudiar el marco jurídico que regula las causales de divorcio en nuestro país respecto a la legislación Latinoamericana.

Para poder corroborar este tercer objetivo específico se procedió a analizar algunas legislaciones de países vecinos tales como México, Chile, Perú, Argentina y Colombia;

en donde ya se han establecido algunas compensaciones económicas con motivo del divorcio en determinadas circunstancias, lo que me ha permitido cumplir el mismo exitosamente pues se ha analizado normas que aportan con grandes conocimientos para la conclusión de éste estudio.

- Presentar una propuesta de reforma al Código Civil que permita la indemnización al divorciado o afectado, por las causales 2 y 5 del Art. 110.

Este objetivo también se ha cumplido satisfactoriamente pues, con la conclusión del presente trabajo se pudo llegar a formular una propuesta de reforma que permita implementar una indemnización o compensación al cónyuge inocente, cuando las causas del divorcio han sido los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro; teniendo en cuenta no solo la legislación similar que países vecinos ya han implementado en este sentido sino además, los criterios rescatados del trabajo de campo realizado en el presente trabajo.

7.2 Contrastación de Hipótesis

Hipótesis.

En el proyecto de investigación planteé la siguiente hipótesis:

La falta de regulación de una sanción o indemnización cuando el divorcio ha sido declarado por alguna de las causales 2 y 5 del Código Civil, viola el derecho a la integridad de las personas consagrado en nuestra Constitución, dejándolas en

indefensión, cuando pese a las agresiones demostradas no se asigna de inmediato y en la misma sentencia de divorcio una compensación económica que permita al cónyuge inocente recobrar su estabilidad emocional.

Dentro de este estudio, he realizado una hipótesis afirmativa de una realidad palpable y que se ha podido corroborar con el desarrollo del mismo tanto de la normatividad existente con relación al divorcio, así como con el estudio de campo y de los distintos criterios sobre la posibilidad de incorporar una indemnización o compensación por razones de tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.

Así pues, mi hipótesis se ha comprobado afirmativamente, ya que, luego de analizar las normas Constitucionales y del Código Civil, se puede afirmar sin ningún lugar a duda, que la falta de regulación de una indemnización por divorcio amparado en las causales 2 y 5 de éste último, viola el derecho a la integridad de las personas dejándolas en indefensión, puesto que si bien con la separación de estas dos personas se termina una relación insana que ocasiona diariamente graves daños físicos o psicológicos a una de ellas, no se hace nada en cambio por enmendar las secuelas que fruto de esos daños o abusos han podido ocasionarse.

Dejándose con ello en el cónyuge inocente, una sensación de injusticia social que lo único que hace es contribuir a menoscabar su ya disminuida autoestima, lo cual no solo que vulnera además su derecho a un buen vivir, sino a aquel de poder acceder a una justicia que en verdad proteja sus derechos y garantice su integridad personal, física, psicológica, sexual, en todo sentido.

7.3 Fundamentación jurídica que sustenta la reforma.

A fin de poder sustentar mi propuesta de reforma, es menester considerar que nuestra constitución prescribe en torno al matrimonio que “...es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”¹⁰⁵. Es decir, y lo que me interesa resaltar de la presente norma, es que las obligaciones a que se refiere el presente artículo no son exclusivamente aquellas relacionadas con los hijos, sino que involucran también aquellas emanadas entre uno y otro cónyuge con motivo del matrimonio; la cuales están íntimamente ligadas con la conceptualización que realiza nuestro código civil con respecto a éste como un contrato, y sobre todo con los fines de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

A ello se suma además, el ya de por sí derecho a la integridad personal que rige para toda persona conforme el Art 66 numeral 3 literal a) de la Constitución del Ecuador, que demanda respeto a la integridad física, psíquica, moral y sexual de todo ser humano.

Con ello lo que quiero decir, es que, si bien es cierto no existe una norma exacta que establezca algún tipo de compensación cuando el matrimonio ha sido fallido por causa de uno de los contrayentes, las normas antes citadas sí prevén derechos y obligaciones que deben ser respetadas por cada persona en general, y, más aun cuando se trata de esposos o de un núcleo familiar; derechos y obligaciones que son exigibles incluso con el uso de la ley en caso de su incumplimiento.

¹⁰⁵ Constitución Política de la República del Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 67.

Así entonces, si bien la Constitución en términos generales habla de igualdad de derechos y obligaciones entre cónyuges, es obligación del legislador regular de mejor manera el correcto uso y ejercicio de los mismos en las leyes especiales como el Código Civil en vigencia, las cuales se encargan de esclarecer cualquier duda que en torno a temas tan específicos como el que se trata en este estudio.

Esto teniendo en cuenta principalmente que la sociedad se encuentra en constante cambio y evolución, y que las normas no pueden quedarse estancadas, sino que deben irse renovando conforme los derechos y obligaciones reconocidos en nuestra Constitución a fin de garantizar un adecuado control de las garantías establecidas por la misma.

Es por ello que, la realización del presente estudio no solo que se encuentra debidamente justificado, sino que además, constituye una verdadera obligación de los estudiantes de derecho que, conscientes de los vacíos que aún guarda nuestra normatividad legal, optamos por contribuir con alternativas de solución al problema expuesto.

Con estos antecedentes, y refiriéndonos más específicamente a nuestro tema de estudio, se debe considerar que en el caso de divorcio se han establecido algunas causales que tienen como fin dar término al matrimonio, y que en su tramitación, se conocen además circunstancias graves como los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, que generan consecuencias dañinas que no se subsanan con esta simple declaratoria de divorcio.

Es ahí entonces cuando pese a que dentro de estos procesos se ha generado la prueba suficiente a fin de probar la causal invocada, se viola el derecho a la celeridad procesal al no establecerse con la sentencia una indemnización o compensación por aquellos daños y las secuelas ocasionadas al cónyuge inocente, ya que, el Juez no es competente para conocer dentro de éste mismo trámite dicha indemnización pese a los hechos encontrarse plenamente comprobados.

Ello principalmente por cuanto en nuestra legislación, no existe la normatividad necesaria que avale el conocimiento por parte del juez de dicha indemnización o compensación dentro del mismo proceso de divorcio como si lo han hecho ya vecinos países, a fin de que esta antigua institución como lo es el matrimonio, sea respetada y salvaguardada como el núcleo de la sociedad.

No se ha considerado así además, el comprometimiento que existe por parte de los cónyuges a sobrellevar los diversos problemas que enfrenta el matrimonio, el tiempo que se invierte en una relación, en el cuidado de los hijos, el sacrificio de sus propios sueños personales en favor de aquellos que surgen con la pareja, entre otros que, muchas de las veces ni siquiera llegan a cumplirse por el irrespeto personal de uno de los cónyuges a la integridad personal del otro.

Tampoco se ha considerado las secuelas físicas o psicológicas que fruto de dichos maltratos perduran con posterioridad al divorcio, y que afectan el diario vivir del cónyuge inocente menoscabando incluso su reinserción al campo laboral, lo cual perjudica su propia estabilidad económica y la de los hijos que fruto de esa relación hayan podido engendrar.

Son estas algunas de las circunstancias principales que avalan la propuesta de reforma que se presenta a la conclusión del presente estudio, y que tienen como principal fin, contribuir al correcto ejercicio de los derechos reconocidos por nuestra Constitución, en pro de la protección de la familia y de los miembros de esta.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA: El matrimonio según lo determinado por el Código civil es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, relación de la cual nacen derechos y obligaciones recíprocos que pueden y deben ser exigidos mediante la ley y el procedimiento correspondiente.

SEGUNDA: El divorcio pone fin al matrimonio pero no a todos los derechos u obligaciones que de él se desprenden, tanto para con los hijos como para con el ex-cónyuge y en virtud de las circunstancias que generaron el mismo; lo cual requiere de una correcta normatividad legal a fin de evitar lesionar derechos reconocidos previamente por nuestra Constitución.

TERCERA: La integridad personal comprende el bienestar físico, psicológico y sexual de todo individuo en cada momento de su vida, más aun dentro de una relación familiar como lo es el matrimonio, donde cada cónyuge pone en juego sus esperanzas, sueños y anhelos en pro de una mejor expectativa de una vida en familia.

CUARTA: El divorcio derivado de la conducta nociva de uno de los cónyuges y que ha provocado un perjudicado de forma directa en el honor, en la reputación social y la integridad personal del cónyuge inocente, es plenamente susceptible de indemnización o compensación precisamente por los daños causados a éste último, y que no se superan con la sola declaración del divorcio.

QUINTA: El divorcio particularmente declarado a raíz de los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges

contra la vida del otro, debe ser indemnizado en virtud de la afectación física y emocional generada en el cónyuge inocente así como de sus necesidades y posibilidades del cónyuge culpable.

SEXTA: Según la muestra tomada en el trabajo de campo la mayoría de las personas está de acuerdo en que las indemnizaciones con motivo del divorcio sean de una vez resueltas por el juez que conoce el mismo a fin de garantizar el principio de celeridad procesal, y agilidad en la realización de justicia.

9. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda a la sociedad en general emprender en una campaña de reeducación, a fin de poder retomar el respeto al matrimonio y a la familia como el principal eje de la sociedad, y en sus objetivos de velar por el bienestar recíproco de los cónyuges y sus hijos, así como en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones.

SEGUNDA: Se recomienda a los legisladores tomar en consideración que el divorcio no pone fin a todos los derechos derivados del matrimonio, por lo que debe actualizarse constantemente la normatividad especial referente a estas dos instituciones legales con respecto de los derechos y garantías reconocidos en nuestra Constitución.

TERCERA: Se recomienda a los legisladores incorporar normas dentro del campo civil que permitan salvaguardar la integridad física, psicológica y sexual de los cónyuges, mediante el uso de sanciones diversas a las establecidas en el Código Orgánico Integral Penal a fin de no emporar aquellas relaciones de por sí problemáticas.

CUARTA: Se recomienda al consejo de la Judicatura incrementar un cuadro estadístico referente a los problemas posteriores al divorcio que deben sobrellevar los ex cónyuges, a fin de poder colaborar a mantener una mejor relación pos marital en favor de los demás miembros de la familia.

QUINTA: Se recomienda de igual forma a los señores Asambleístas, incorporar reformas al Código Civil que permitan establecer una indemnización al cónyuge inocente, cuando el divorcio provenga de tratos crueles o violencia contra la mujer o

miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, considerando además las circunstancias personales del cónyuge culpable.

SEXTA: Finalmente y como recomendación adicional a los señores Asambleístas, se sugiere además la incorporación de normas que permitan conocer dicha indemnización al Juez que conoce el divorcio, librando al cónyuge inocente de trámites engorrosos e innecesarios.

9.1. PROPUESTA JURÍDICA

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que, según el artículo 11 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador:
“Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

Que, el mismo Art 11 numeral 8 del cuerpo legal antes mencionado de igual forma dispone: “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”.

Que, nuestra Constitución así mismo establece que: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

En uso de las atribuciones que le confiere la Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 120 numeral 6, expide la siguiente:

REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

Art. 1.- Agréguese a continuación del Art 110 del Código Civil, los siguientes artículos innumerados:

Art. (...) En el caso del divorcio por tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, el Juez además podrá decretar en la misma resolución que resuelve el divorcio, previo acuerdo o en atención a las circunstancias particulares de cada caso, una pensión mensual como compensación a las agresiones sufridas por un periodo igual al tiempo que haya durado el matrimonio.

Dicha pensión sin embargo se extinguirá en el momento de que el cónyuge inocente contraiga matrimonio o unión de hecho.

Art. (...) En el caso de divorcio por tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, el juez estará facultado para decretar una indemnización por los daños causados tomando en consideración la magnitud de los mismos y las necesidades del cónyuge inocente.

En todo caso, tanto en el presente artículo como en el antecesor, para la fijación de la pensión mensual o de la indemnización, el Juez considerara además las condiciones económicas del cónyuge culpable, las cargas familiares que éste posea, y el tiempo que haya perdurado el matrimonio.

Art. (...) En el caso de los dos artículos anteriores, cuando no exista acuerdo entre las partes, el Juez podrá determinar el monto de la compensación o la indemnización en base a los siguientes presupuestos:

- 1.- El patrimonio y los ingresos de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial.
- 2.- La dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y mientras dura el proceso de divorcio.
- 3.- La edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos.

4.- La capacitación laboral, profesional y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica o indemnización; y,

5.- La colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

ARTÍCULO FINAL: Esta reforma, entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito, de la República del Ecuador, en la sala de sesiones de la Asamblea, en el mes de diciembre del 2016.

f. EL PRESIDENTE/A

f. EL SECRETARIO/A

10. BIBLIOGRAFÍA

- ✓ ARIAS, José; "Derecho de familia"; Buenos Aires-Argentina.
- ✓ AYALA SALAZAR, José Melchor; González Torres, Martha Gabriela, Matrimonio y sus costumbres, Edit. Trillas, México, 2001.
- ✓ Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- ✓ CABANELLAS DE TORRES Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental; Editorial Heliasta; Buenos Aires-Argentina; 1998.
- ✓ CANOSA USERA Raúl; El Derecho a la integridad Personal; Editorial Lex Nova; España; 2006.
- ✓ Código Civil Colombiano.
- ✓ Código Civil Chileno.
- ✓ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015.
- ✓ Código Civil Federal de México.
- ✓ Código Civil Peruano.
- ✓ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- ✓ Constitución Política de la República del Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015.
- ✓ DÍAZ Guadalupe; El Divorcio; República Dominicana; 2015.
- ✓ DIAZ RUEDA Paola Andrea y QUINTANA VELEZ Jenny Lorena; Daños y Perjuicios en Derecho de Familia Derivados del Divorcio; Pontificia Universidad Javeriana; Bogotá-Colombia; 2013.
- ✓ Diccionario Jurídico Espasa; Editorial Espasa Calpe S.A.; Madrid-España; 2001.

- ✓ ESPINOZA ESPINOZA; Derecho de las personas, Editorial Grijley, Lima, 2001.
- ✓ GARCIA CANCIO Iris; Derecho a la Integridad Física; 2013.
- ✓ GARCIA FALCONI Ramiro; El Divorcio por causales; Quito-Ecuador; 2013.
- ✓ <http://www.definicionabc.com/derecho/indemnizacion.php>
- ✓ <http://www.monografias.com/trabajos5/autoest/autoest.shtml#ixzz4DYuoV48Y>
- ✓ <http://www.crin.org/en/docs/Tortura.pdf>
- ✓ http://www.divorciopr.com/trato_cruel/
- ✓ <http://vistabahia.tripod.com/id8.html>
- ✓ <http://universojus.com/definicion/compensar>
- ✓ <http://www.usccb.org/issues-and-action/marriage-and-family/marriage/promotion-and-defense-of-marriage/upload/Redefinici%C3%B3n-del-matrimonio-2.pdf>
- ✓ <https://lawiuris.wordpress.com/2008/06/18/reparacion-del-dano-moral-al-conyuge-inocente/>
- ✓ <http://www.lexjuris.com/lexlex/Leyes2014/lexl2014012.htm>
- ✓ <http://auladerecho.blogspot.com/2013/10/causal-de-divorcio-la-tentativa-contra.html>
- ✓ LARRAIN RÍOS Hernán; Universidad Austral de Chile; Revista de Derecho; Vol. 9; Chile; 1998.
- ✓ LEÓN GUERRÓN, Oscar, El Matrimonio y el Divorcio, tesis doctoral Universidad Central, Quito, 1975.
- ✓ ORTEGA RUIZ Pedro, MINGUEZ VALLEJOS Ramón y LODES BRAVO María Luisa; Autoestima: Un Nuevo Concepto y su Medida; Murcia-España; 2001.

- ✓ ROMBOLA Néstor Darío y REBOIRAS Lucio Martín, Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales; Editorial Diseli, Buenos Aires-Argentina; 2004.
- ✓ VELEZ Laura; Qué es la Autoestima: Definición, Significado y Tipos de Autoestima; 2004.

11. ANEXOS

PROYECTO DE TESIS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

“Las causales 2 y 5 de divorcio como fuentes generadoras de indemnización civil por los daños al cónyuge inocente”

AUTORA:

Silvana Elizabeth Jaramillo Rodríguez

Loja-Ecuador

1. TEMA:

Las causales 2 y 5 de divorcio como fuentes generadoras de indemnización civil por los daños al cónyuge inocente.

2. PROBLEMÁTICA.

El perfeccionamiento de la justicia, ha determinado que el hombre busque constantemente la evolución de las leyes que rigen el comportamiento humano así como sus relaciones individual y colectivamente, de manera coherente con el ámbito social y nivel de desarrollo alcanzado por cada sociedad. Así, el papel que cumplen las leyes en mantenimiento del orden social es fundamental para sostener la equidad y sobre todo la igualdad, ante las diversas diferencias de índole psicológica, morfológica, física, y psicológica, que distinguen a hombres y mujeres y que en un momento determinado pueden ocasionar lesiones a los derechos de uno u otro género.

De este modo entonces encontramos que, la ley ha estado presente en la vida del hombre desde hace mucho tiempo atrás, desde los consejos de ancianos en la época pre-incaica que basaban sus decisiones en la costumbre y la tradición, hasta la época presente donde encontramos un ordenamiento jurídico previamente establecido y determinado en códigos o leyes, y con un aparato material y humano encargado de hacerlo efectivo. Sin embargo, dicho perfeccionamiento es progresivo tal y como se ha demostrado en el caso ecuatoriano, donde nuestras leyes en los últimos años han sido reformadas casi en su totalidad y según las nuevas tendencias o concepciones sociales.

Así pues, el Código Civil no ha sido la excepción, reformándose en el caso que nos ocupa, las causales de divorcio, las cuales considerando el alto índice de violencia familiar, y en muchos casos específicamente contra la mujer y miembros del núcleo familiar, ha tipificado cuatro situaciones puntuales como causa de divorcio en donde la razón principal es la violencia ejercida, el grado en que se actúa y el fin que se persiguió con ello para distinguirlas.

No obstante a ello, y aunque como es bien conocido por todos que el divorcio en si procede únicamente una vez que se hayan comprobado los hechos alegados en la demanda, nada se ha dicho de las lesiones, agresiones o ataques que hayan producido considerando el ámbito familiar exclusivamente. Es decir, esa relación única y especial que se genera entre el hombre y la mujer una vez consagrado el matrimonio, y que le da a la familia en carácter de núcleo de la sociedad.

Dentro del ámbito Penal se ha considerado por ejemplo una serie de situaciones especiales con respecto a la mujer que dieron origen el femicidio; como resultado de su “fragilidad” ante la fuerza del hombre y como una respuesta ante la necesidad de protegerla y mantener la equidad social; sin embargo, dicha preocupación no se ve reflejada en el ámbito Civil, donde si bien se ha considerado dicha violencia para establecer una o más causales de divorcio, no así se han considerado las secuelas psicológicas y sociales que en una mujer puede acarrear un divorcio cuando se ha producido el mismo por dichas causales; generando no solo fobias a contraer un nuevo compromiso, sino que además, privando a esa persona de alcanzar el tan mencionado buen vivir señalado en nuestra Constitución.

Ahora bien, muchos de estos casos requieren de ayuda profesional que les permita aumentar el autoestima y retomar la confianza en sí mismas, situaciones que no han sido previstas por el legislador en este caso, y que requieren ser subsanadas a objeto de contribuir al mejoramiento de nuestra legislación. Se debe entonces implementar un tipo de sanción pecuniaria que a su vez, permita a las personas que han sido agredidas y concedido el divorcio por esta causa, costearse la ayuda psicológica y profesional que les permita seguir con sus vidas, en beneficio mismo de los hijos habidos dentro del matrimonio que merecen vivir en un hogar estable.

Esto no sucede así en otros países donde cuando se ha comprometido el interés personal del cónyuge inocente se concede una suma de dinero por concepto de reparación de daño moral; y en otros casos incluso se conserva la obligación de contribuir a la congrua y decente sustentación de la mujer divorciada. Esto como consecuencia directa de la declaración del divorcio por causa o efecto de la violencia u otras actuaciones del hombre y que dieron origen al divorcio.

Así pues, como se observa, las responsabilidades del hombre no terminan con el divorcio; sino que, cuando ha sido éste culpable de alguna agresión éstas se extienden hasta que se haya satisfecho la misma.

Según las reformas al Código Civil, son causales de divorcio:

- 1.- El adulterio de uno de los conyugues.
- 2.- Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

- 3.- El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.
- 4.- Las amenazas graves de un cónyuge sobre la vida del otro.
- 5.- La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
- 6.- Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas.
- 7.- La condena ejecutoriada a pena privativa de libertad mayor a diez años.
- 8.- El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano.
- 9.- El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos.

Así pues como podemos observar en las causales 2 y 5, se ha considerado el trato cruel, la violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; el estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial; las amenazas graves de un cónyuge sobre la vida del otro; y, la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro. Todas estas circunstancias que de una u otra manera, producto de la violencia física o psicológica generan además un daño emocional en el cónyuge inocente que ve en el divorcio la única salida a su constante padecimiento.

Ahora bien, siendo que en estas causales de divorcio se ha considerado tanto la violencia o maltratos físicos y psicológicos causados en uno de los cónyuges, circunstancias que de ser probadas dan origen al divorcio; es menester tener en cuenta de igual forma que, al encontrarse plenamente establecidos dichos maltratos, debe de igual forma imponerse una sanción o penalización económica que no solo subsane moralmente los daños ocasionados, sino que además le permita al cónyuge agredido contar con el apoyo de un profesional a fin de reestablecer su autoestima y equilibrio emocional; esto no sin embargo cuando dicha agresión pueda constituir un delito más grave sancionado por la Ley penal.

Muchos de estos casos como es conocido, se producen principalmente en hogares de bajos recursos donde motivo de la intimidación o el miedo, las mujeres principalmente omiten denunciar las agresiones ocasionadas por sus cónyuges hasta por un tipo de consentimiento social, donde desde siempre se le ha permitido al hombre agredir física, verbal y psicológicamente a la mujer como parte de nuestra propia cultura. En otros casos en cambio, los honorarios de un profesional que le permita dar seguimiento a

estas denuncias por agresión son demasiado altos y las personas terminan por no hacer nada; y, en el mejor de los casos cuando han tenido acceso a los defensores públicos, el hecho de tener que esperar varios días a fin de poder continuar con las diligencias necesarias para la investigación de estos casos terminan por agotar su paciencia y abandonar dichos trámites legales.

De este modo entonces la justicia no solo que se vuelve ineficaz, sino que priva a las personas de hacer valer sus derechos tanto en el ámbito civil como penal.

Considerando entonces lo expuesto, el hecho establecer una sanción económica o un tipo de indemnización cuando se ha producido el divorcio producto de algunas de las causales señaladas con anterioridad, permitiría al cónyuge inocente al menos por un tiempo no solo contar con los medios económicos suficientes para reestablecer su estado emocional o incluso físico cuando las agresiones han sido graves, sino que inevitablemente se convertiría en una razón más para denunciar los ataques sufridos durante el matrimonio y tratar de evitar un estado constante de inarmonía en el hogar; al restringir con ello la actitud impositiva del otro cónyuge.

Finalmente considerando entonces lo expuesto, el hecho de no establecer una sanción económica o indemnización que vaya al par de la declaratoria del divorcio cuando se ha producido por algunas de las causales 2 y 5, constituye una flagrante violación a los derechos establecidos en nuestra Constitución, en especial el Art. 66 numeral 3, literales a y b que establecen:

“El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. **El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes**, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

3. JUSTIFICACIÓN.

Como es de conocimiento general, la Universidad Nacional de Loja comprometida con la solución de problemas que aquejan a la sociedad, así como con el deber de relacionar al estudiante con la esta, ha optado por desarrollar un programa de estudios destinados a brindar alternativas de solución a los distintos conflictos que aquejan a la colectividad en general.

De este modo y considerando que nuestra área de estudio está directamente relacionada al campo legal, el cual, se encuentra en constante cambio y perfeccionamiento según los avances de la misma sociedad, es imprescindible actualizar las leyes según los derechos constitucionalmente reconocidos y garantizar el orden social y la equidad ciudadana.

Así pues, dentro del presente estudio se ha considerado el tema: “Las causales 2 y 5 de divorcio como fuentes generadoras de indemnización civil por los daños causados al cónyuge inocente”, por cuanto si bien es cierto se ha procedido a reformar el Código Civil en cuanto a las causales de divorcio cuando existe algún tipo de agresión física o psicológica que determine la inconveniencia del matrimonio, nada se ha estipulado en cuanto a si procede o no una sanción económica o indemnización cuando dichas agresiones provoquen inestabilidad emocional en el cónyuge inocente.

Esto no obstante teniendo en cuenta que, dichas agresiones estarían más que probadas al momento de sentenciarse el divorcio, y por lo tanto no necesitarían de otro procedimiento para poder establecer una sanción económica o indemnización que en otros países si se prevé. Así pues la posibilidad de establecer dichas sanciones o indemnizaciones fácilmente podría realizarse quedando únicamente a consideración del juez y en torno a la gravedad de las agresiones, el monto con el cual se sancionaría al cónyuge culpable del divorcio; excepto cuando dichas agresiones puedan constituir un delito más grave.

Lo que se pretende entonces con ello no sólo es salvaguardar la seguridad de física y psicológica de los contrayentes, sino además defender la compostura y el respeto reciproco entre los mismos y a la misma familia en sí, considerada como el núcleo de la sociedad y de donde de no existir un equilibrio natural, inevitablemente determinará un

desequilibrio en el resto de la sociedad que muchas veces se traduce en delincuencia y transgresión a las leyes sociales.

Según nuestra Constitución, Art. 66 numeral 3, literales a y b, el derecho a la integridad personal está compuesto por la integridad física, psíquica, moral y sexual de cada individuo, así como el derecho a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, debiendo el estado adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños, etc.

Integridad que se pretende salvaguardar aun cuando sus detractores puedan ser los mismos cónyuges de la persona agredida, al incorporarse estas situaciones como causales de divorcio; aunque mi entender, no basta solo con ello.

Así pues, si analizamos el hecho de que el divorcio se produce precisamente por estas agresiones físicas, psicológicas o sexuales, que tiene su origen por el mismo hecho del matrimonio como institución; vemos que dichas circunstancias no tienen la misma connotación que aquellas realizadas por cualquier otra persona, pues, en el presente caso existe una relación de familia, un vínculo legal o civil, un contrato solemne que ha sido quebrantado, y cuya violación merece una sanción distinta a cualquier tipo de agresión particular, que por las razones antes indicadas tienen otras connotaciones.

Siendo éste el caso entonces, es deber no solo del legislador velar por el cumplimiento de los preceptos establecidos en nuestra Constitución, sino de cada individuo en general que pueda aportar a la correcta aplicación de la ley, el contribuir con nuevos mecanismos legales que permitan a las personas hacer efectivos sus derechos.

4. OBJETIVOS.

4.1. OBJETIVO GENERAL.-

Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario del Código Civil Ecuatoriano, referente a las causales de Divorcio.

4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.-

Establecer que la violencia intrafamiliar y la tentativa de asesinato constituye actos dolosos.

Determinar que las causales 2 y 5 del Art. 110 del Código Civil, debe ser sujetas a Indemnización.

Estudiar el marco jurídico que regula las causales de divorcio en nuestro país respecto a la legislación Latinoamericana.

Presentar una propuesta de reforma al Código Civil que permita la indemnización al divorciado o afectado, por las causales 2 y 5 del Art. 110.

HIPOTESIS.

La falta de regulación de una sanción o indemnización cuando el divorcio ha sido declarado por alguna de las causales 2 y 5 del Código Civil, viola el derecho a la integridad de las personas consagrado en nuestra Constitución, dejándolas en indefensión, cuando pese a las agresiones demostradas no se asigna de inmediato y en la misma sentencia de divorcio una compensación económica que permita al cónyuge inocente recobrar su estabilidad emocional.

5. MARCO TEÓRICO.

El matrimonio es “la unión de un hombre y una mujer, bajo las normas previstas por la ley para la validez de dicha institución. Su celebración implica la creación de vínculos de parentesco y conyugalidad, la obligación y el derecho de cohabitación entre los cónyuges, y la aplicación de un régimen patrimonial específico. Tomó el nombre de las palabras latinas *matris munium*, que significan “oficio de madre”. El matrimonio es, por su origen, un contrato y ciertamente una institución social, base principal de la civilización”¹⁰⁶.

Teniendo en cuenta su conceptualización entonces, y entendida la familia como el núcleo de la sociedad, es importante salvaguardar los derechos de sus integrantes no solo desde el punto de vista humano, sino como entes de una institución social base de la misma sociedad y cuyos problemas internos van a verse reflejados en esta última.

Así pues y concordantemente con el concepto antes indicado, nuestro Código Civil define al matrimonio en los siguientes términos: “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”¹⁰⁷. Es decir, al momento de hablarse de un contrato, se tiene que considerar que se trata de un negocio jurídico por el que las voluntades a él sujetas, crean, modifican o extinguen antiguas relaciones y establecen una nueva e incluso patrimonial entre los mismos; que origina del mismo modo, nuevos derechos y obligaciones que son incluso exigibles por ley.

De igual forma se debe resaltar que el objetivo de dicho contrato supone “vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”; entonces, al momento de agredirse física, psicológica o verbalmente se está incumpliendo con el fin del contrato lo que en el común de los negocios origina de por sí ya una penalización por incumplimiento del mismo. Esto de por sí supondría entonces una razón más que valedera para establecer una sanción económica o indemnización, cuando uno de los cónyuges ha dado ocasión

¹⁰⁶ ROMBOLA Nestor Dario; REBOIRAS Lucio Marín; Diccionario Ruy Díaz de Ciencias jurídicas y Sociales; Editorial DISELI; Tercera Edición; Buenos Aires Argentina; 2006, Pág. 633.

¹⁰⁷ Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2015; Art. 81; Pág. 30.

de ser demandado el divorcio por alguna de las causales 2 y 5 establecidas en el Código Civil.

Si revisamos legislaciones vecinas, encontramos por ejemplo que en el Derecho de Familia Chileno “Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, **se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa**”¹⁰⁸. En este caso muy particular, si bien es cierto no se habla de algún tipo de agresión, si se considera en cambio el tiempo invertido por uno de los cónyuges al matrimonio en menoscabo de su propio bienestar.

Para determinar en cambio la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

De igual forma se ha establecido que “El cónyuge que haya dado causa a la separación judicial por su culpa, **tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación**; pero en este caso, el juez reglará la contribución teniendo en especial consideración la conducta que haya observado el alimentario antes del juicio respectivo, durante su desarrollo o con posterioridad a él”¹⁰⁹.

En lo que respecta a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada por la OEA el 9 de junio de 1994, de igual forma podemos encontrar que: “es deber del Estado establecer los mecanismos judiciales y

¹⁰⁸ Ley de Matrimonio Civil; Chile; 2004; Art. 61.

¹⁰⁹ *Ibidem*; Art. 175.

administrativos necesarios para **asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo al resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces**”.

Es decir, según esta norma ya se reconoce a la mujer que ha sido agredida un resarcimiento, reparación o compensación a raíz de dicha lesión a sus derechos, independientemente de quien haya sido el culpable.

En el caso de Argentina, de igual forma podemos encontrar que en “el art. 10 de la Ley 2466 de Protección contra la Violencia Familiar de Santa Cruz plantea: El juez en la sentencia, podrá ordenar a pedido de parte que el **agresor indemnice los daños causados incluyendo gastos de mudanza, reparaciones de la propiedad, gastos legales, médico psiquiátrico o de orientación, alojamiento, albergue y en general la reparación de todos aquellos daños que el maltrato causó**”¹¹⁰.

Esto toda vez que, no basta con sancionar al familiar agresor, sino que además debe retornar las cosas a su estado anterior, lo cual no solo incluye los daños materiales que éste pudiera haber causado, sino además las mismas secuelas físicas o psicológicas que se pudieren haber cometido.

Se debe tener en cuenta sin embargo que, el hecho de establecer una sanción al divorcio por tales causas, no necesariamente determina la aplicación de las misma si no se cumplen todos los preceptos determinados para esta, como podrían ser el hecho de existir agresiones recíprocas; así pues, Graciela Medina, en su obra: Daños Derivados de las Relaciones de Familia dice que: El cónyuge inocente del divorcio no siempre tendrá derecho a la indemnización reparadora y admitir la posibilidad de responder por los daños y perjuicios derivados del divorcio no implica que éste sea un efecto que necesariamente se ha de producir en todos los casos de divorcio-sanción, sino que sólo cabrá otorgar una indemnización si se dan todos y cada uno de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual”.

¹¹⁰ Ley 2466 de Protección contra la Violencia Familiar de Santa Cruz; Art. 10.

Hay que tener bien en claro que, como hemos señalado, no todas las conductas que dan lugar a demandar el divorcio por parte del cónyuge inocente y por ende las cometidas por el cónyuge culpable darían lugar a reclamar una indemnización por las agresiones físicas y los daños morales y materiales, solo podría considerarse con tal fin aquellas que han implicado indiscutibles agravios al inocente, tal como lo dice Graciela Medina serían aquellos conductas que han lesionado bienes extra patrimoniales tales como el derecho a bienestar, a obtener respeto de familiares, derecho al honor, ya que la sola pérdida del vínculo afectivo no puede dar cabida a una medida de este contexto.

Como vemos entonces, no se trata de introducir criterios de culpabilidad o inocencia en la separación y en el divorcio sino de determinar si cuando existe una agresión debe ser indemnizado porque lesiona derechos e intereses del cónyuge, es decir, la injusticia de un concreto daño indemnizable con independencia de que éste pueda, si quiere, optar por la separación o el divorcio.

Conocido por todos es de igual forma que en el argot popular de nuestro país se dice: “aunque pegue o mate marido es”, lo cual claramente permite observar que contradictoriamente a lo que se supone es el fin del matrimonio, en nuestra sociedad está bien aceptado el hecho de que el cónyuge, en su mayoría de veces el hombre, maltrate a su mujer sin ningún tipo de responsabilidad y sin que ello cause alarma social, en total desmedro a los derechos reconocidos a la mujer, y a cada individuo en si como parte de una institución tan respetable como lo es el matrimonio.

Por eso se debe tener en cuenta también además que, a la violencia física precede, a veces, años de violencia psicológica; la cual supone despreciar a la pareja, insultarla de tal manera, que llega un momento en que esa persona maltratada psicológicamente, ya cree que esos golpes se los merece. Las personas que aguantan una relación abusiva indefinidamente acaban perdiendo su salud física y mental, se enferman, convirtiéndose en un problema incluso para toda la familia; al punto que las personas en situaciones abusivas pierden su autoestima, no saben protegerse, ni se dan cuenta del peligro que incluso corren.

Dicha situación como se observa, constituye un verdadero problema que debe ser solucionado y que no termina con el simple divorcio, sino que requiere muchas de las

veces de ayuda profesional y especializada a la cual la gente por sus escasos recursos, no accede. Esto puesto como habíamos mencionado en líneas anteriores, la mayor parte de estos casos se dan en familias de escasos recursos donde luego del divorcio la principal preocupación que enfrentan las madres de familia es la crianza de los hijos olvidando aun su propio bienestar.

6. METODOLOGÍA.

Para el desarrollo de la presente investigación de tesis se utilizará los siguientes métodos y técnicas:

Métodos:

6.1.1 Método Científico: Este método facilitará la obtención datos técnicos sujetos de comprobación científica con la finalidad de presentar en la investigación de tesis criterios objetivos y verificables que sean lo suficientemente claros, fundamentados, científicos y reales. En el asunto particular, el tratamiento de los temas relacionados con las causales de divorcio y la posibilidad de establecer una sanción o indemnización cuando ha existido agresión.

6.1.2 Método Hermenéutico.- El mismo que permitirá el análisis de las normas constitucionales y legales que inciden de manera directa en el tratamiento de la problemática planteada.

6.1.3 Método Analítico–Sintético: El mismo que será empleado para realizar un análisis global de la problemática planteada e información recopilada. De esta forma se pretende la exposición y tratamiento de la problemática de manera concreta.

6.1.4 Método Deductivo: Este método permitirá el estudio y esclarecimiento de los aspectos generales del problema a investigar de manera que se logre determinar ciertos aspectos específicos o particulares del problema objeto de la investigación.

6.1.5 Método Inductivo: Permitirá el estudio concreto de la problemática planteada, a partir de casos específicos en los que se haya presentado tal situación, en lo particular este método se utilizara en la técnica de estudio de casos, para ofrecer una perspectiva del análisis de un caso de la realidad.

6.2 Técnicas:

6.2.1 La entrevista: Esta técnica permitirá obtener resultados cualitativos a partir de preguntas en relación con los objetivos e hipótesis, tales preguntas se realizaran a personas que se encuentran inmersas en la praxis de la ciencia del derecho, se plantea la

realización de mínimo 3 entrevistas, dirigidas a Funcionarios Judiciales, Consejo de la Judicatura, Jueces y Docentes Universitarios relacionados con el tema

6.2.2 La encuesta.- Esta técnica permitirá obtener resultados cuantitativos en base a un banco de preguntas; de tal forma se establece una relación directa con las personas relacionadas con el medio, las encuestas se realizaran en un número de treinta, dirigidas a profesionales del Derecho y usuarios de la Corte Provincial de Justicia de Loja.

7. CRONOGRAMA

AÑO 2016																								
MESES	ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO				AGOSTO				SEPTIEMBRE			
Actividades semanas	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Delimitación Del problema																								
Elaboración del proyecto																								
Trámite para la aprobación del proyecto																								
Acopio de la información bibliográfica																								
Investigación de campo																								
Análisis de la información																								
Elaboración del informe final																								
Presentación del informe final																								
Corrección del informe final																								

8. RECURSOS Y FINANCIAMIENTO.

8.1 Recursos Humanos:

Director de Tesis: Por designarse

Postulante:

Docentes Universitarios, Abogados en libre ejercicio profesional, Jueces, Servidores Judiciales y Usuarios de la Corte Provincial de Justicia de Loja.

8.1.1 Recursos Materiales:

Libros. Revistas. Gacetas judiciales de la Corte Nacional de Justicia.

Procesos Judiciales de la Corte Provincial de Justicia de Loja.

Bibliotecas públicas y privadas de la ciudad de Loja.

8.1.2 Financiamiento:

Materiales	Precio
Material de Escritorio	\$100,00
Bibliografía especializada	\$400,00
Servicio de Internet	\$150,00
Transporte y Movilización	\$200,00
Reproducción del Informe Final de la Tesis	\$300,00
Imprevistos	\$100,00
Total.....	\$1250,00

El total de los gastos asciende a la suma de MIL DOSCIENTOS CINCUENTA DOLARES AMERICANOS, que serán financiados con recursos propios del autor.

9. BIBLIOGRAFÍA.

1. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L. Undécima edición. Buenos Aires–Argentina. Año 1993.
2. Código Civil Ecuatoriano; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2014.
3. Constitución de la República del Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-Ecuador; 2012.
4. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada por la OEA el 9 de junio de 1994.
5. Diccionario Jurídico Espasa; Editorial Espasa Calpe; Madrid-España; 2001.
6. Graciela Medina “Daños Derivados de las Relaciones de Familia”.
7. Ley de Matrimonio Civil; Chile; 2004.
8. Ley 2466 de Protección contra la Violencia Familiar de Santa Cruz.
9. Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia / coord. por Carlos Lasarte Alvarez, Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero, 2004.
10. ROMBOLA Nestor Dario y REBOIRAS Lucio Martín, DICCIONARIO JURÍDICO, Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Ruy Díaz, Edición 2004. Buenos Aires-Argentina.

ANEXO. 2

ENCUESTA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CARRERA DE DERECHO.

Estimado profesional del Derecho, con motivo de desarrollar el tema: *“Las causales 2 y 5 de divorcio como fuentes generadoras de indemnización civil por los daños al cónyuge inocente”*, recogido en el desarrollo de mi tesis; de la manera más cordial le solicito sírvasse contestar el siguiente cuestionario:

CUESTIONARIO.

1.- ¿Conoce usted, cuales son los fines del matrimonio en nuestro país?

Si ()

No ()

Cuáles:

2.- ¿Considera usted, que el matrimonio estando definido por nuestra legislación como un contrato solemne, impone al cónyuge causante de su rompimiento una indemnización o compensación producto de la falta de cumplimiento de sus fines?

Si ()

No ()

Por qué.....

3.- ¿Conoce usted, cuales son las causales de divorcio legalmente reconocidas en nuestro país?

Si ()

No ()

Cuáles:

4.- ¿Considera usted, que el divorcio por los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, es susceptible de indemnización o compensación?

Si ()

No ()

Por qué.....

.....

5.- ¿ Apoyaría usted, una propuesta de reforma al Código Civil que permita establecer una indemnización o compensación al cónyuge inocente por divorcio en caso de tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro?

Si ()

No ()

Por qué.....

.....

6.- ¿ Cree usted, que las indemnizaciones o compensaciones con motivo del divorcio amparado en las causales 2 y 5 del Código Civil, deben ser dispuestas dentro del mismo juicio de divorcio sin mediar más tramite que la prueba generada dentro de éste?

Si ()

No ()

Por qué.....

.....

Gracias por su colaboración

ANEXO. 3

ENTREVISTA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA. CARRERA DE DERECHO.

Estimado profesional del Derecho, con motivo de desarrollar el tema: “*Las causales 2 y 5 de divorcio como fuentes generadoras de indemnización civil por los daños al cónyuge inocente*”, recogido en el desarrollo de mi tesis; de la manera más cordial le solicito sírvase contestar el siguiente cuestionario:

CUESTIONARIO.

- 1.- ¿Conoce usted, cuales son los fines del matrimonio en nuestro país?
- 2.- ¿Considera usted, que el matrimonio estando definido por nuestra legislación como un contrato solemne, impone al cónyuge causante de su rompimiento una indemnización o compensación producto de la falta de cumplimiento de sus fines?
- 3.- ¿Conoce usted, cuales son las causales de divorcio legalmente reconocidas en nuestro país?
- 4.- ¿Considera usted, que el divorcio por los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, es susceptible de indemnización o compensación?
- 5.- ¿Apoyaría usted, una propuesta de reforma al Código Civil que permita establecer una indemnización o compensación al cónyuge inocente por divorcio en caso de tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro?
- 6.- ¿Cree usted, que las indemnizaciones o compensaciones con motivo del divorcio amparado en las causales 2 y 5 del Código Civil, deben ser dispuestas dentro del mismo juicio de divorcio sin mediar más tramite que la prueba generada dentro de éste?

Gracias por su colaboración

INDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACION.....	II
AUTORIA.....	III
CARTA DE AUTORIZACION.....	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
TABLA DE CONTENIDOS.....	VII
1. TITULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
2.1 ABSTRACT.....	4
3. INTRODUCCION.....	6
4. REVISION DE LA LITERATURA.....	8
5. MATERIALES Y METODOS.....	88
6. RESULTADOS	91
7. DISCUSION.....	107
8. CONCLUSIONES.....	115
9. RECOMENDACIONES.....	117
9.1. PROPUESTA JURÍDICA.....	119
10. BIBLIOGRAFIA.....	122
11. ANEXOS.....	125
INDICE.....	148