



1859



Universidad
Nacional
de Loja

Universidad Nacional de Loja

Facultad Jurídica, Social y Administrativa

Carrera de Derecho

**Estudio de la Prueba de la Causal de Divorcio por Adulterio en el Divorcio
Controvertido por Atentar el Derecho a la Intimidad y la Discriminación a la Familia**

**Trabajo de Integración Curricular previo
a la obtención del título de Abogada**

AUTORA:

Maribel del Cisne Oviedo Garzón

DIRECTOR:

Dr. Fernando Filemon Soto Soto Mg. Sc.

Loja-Ecuador

2023

Loja, 15 de agosto de 2022

Dr. Fernando Filemon Soto Soto, Mg. Sc

DIRECTOR DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR

C E R T I F I C O:

Que he revisado y orientado todo el proceso de elaboración del Trabajo de Integración Curricular denominado: **Estudio de la prueba de la causal de divorcio por adulterio en el divorcio controvertido por atentar el derecho a la intimidad y la discriminación a la familia**, previo a la obtención del título de **Abogada**, de la autoría de la estudiante **Maribel del Cisne Oviedo Garzón**, con **cédula de identidad Nro. 1105129637**, una vez que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la Universidad Nacional de Loja, para el efecto, autorizo la presentación del mismo para su respectiva sustentación y defensa.

Dr. Fernando Filemon Soto Soto, Mg. Sc

DIRECTOR DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR

Autoría

Yo, **Maribel del Cisne Oviedo Garzón**, declaro ser la autora del presente Trabajo de Integración Curricular y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos, de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la mismo. Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi Trabajo de Integración Curricular o de Titulación, en el Repositorio Digital Institucional – Biblioteca Virtual.

Firma:

Cédula de Identidad: 1105129637

Fecha: 22/02/2023

Correo electrónico: marivel.oviedo@unl.edu.ec

Celular: 0998748092

Carta de autorización del trabajo de integración curricular, por parte del autor, para la consulta, reproducción parcial o total y publicación electrónica de texto completo.

Yo, **Maribel del Cisne Oviedo Garzón**, declaro ser la autora del Trabajo de Integración Curricular denominado: **“Estudio de la prueba de la causal de divorcio por adulterio en el divorcio controvertido por atentar el derecho a la intimidad y la discriminación a la familia.”**, como requisito para optar 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 en el Repositorio Digital Institucional.

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

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia del Trabajo de Integración Curricular que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los veintidós días del mes de febrero de dos mil veintitrés, firma el autor.

Firma:

Autora: Maribel del Cisne Oviedo Garzón

Cédula Nro.: 1105129637

Dirección: Calle Pedro Vicente Maldonado y Av. Reinaldo Espinoza. Loja-Ecuador

Correo Electrónico: marivel.oviedo@unl.edu.ec / mary_oviedo@outlook.com

Celular: 0998748092

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director Del Trabajo de Integración Curricular: Dr. Fernando Filemon Soto Soto Mg. Sc.

Tribunal de Grado:

Presidente: Dra. Rosario Paulina Moncayo Cuenca, Ph. D.,

Vocal: Dr. Jeferson Vicente Armijos Gallardo, Mg. Sc

Vocal: Dr. Ángel Medardo Hoyos Escaleras, Mg. Sc

Dedicatoria

El presente trabajo de investigación se lo dedico primeramente a Dios, por la vida y la sabiduría. a mis padres Carmen y Pascual por apoyarme en cada decisión y proyecto pues sin ella no lo habría logrado, a mis amigas que siempre han estado dándome ánimos, gracias por creer en mí.

No ha sido sencillo el camino hasta ahora, pero gracias a sus aportes, a su amor, a su inmensa bondad y apoyo, lo complicado de lograr esta meta se ha notado menos. Les agradezco, y hago presente mi gran afecto hacia ustedes.

Maribel del Cisne Oviedo Garzón

Agradecimiento

A la Universidad Nacional de Loja, por la acogida dentro de sus aulas, a la Facultad Jurídica, Social y Administrativa, a la prestigiosa carrera de Derecho, a sus Autoridades y Docentes por haber impartido sus conocimientos durante toda la formación académica.

De manera especial un agradecimiento al Dr. Fernando Filemon Soto Soto Mg. Sc., por su dirección, tiempo y profesionalismo brindados durante el proceso de realización del presente trabajo de investigación.

Así mismo agradezco a todas las personas que me brindaron el apoyo para la realización de este trabajo y a todos los profesionales que me colaboraron con sus criterios y conocimientos para la culminación de esta investigación.

Maribel del Cisne Oviedo Garzón

Índice de contenidos

Portada	i
Certificación	ii
Autoría	iii
Carta de autorización	iv
Dedicatoria	v
Agradecimiento	vi
• Índice de contenidos	
• Índice de tablas	
• Índice de gráficos	
• Índice de anexos	
1. Título	1
2. Resumen	2
2.1. Abstract.....	3
3. Introducción	4
4. Marco teórico	6
4.1. El matrimonio.....	6
4.2. El Divorcio	14
4.3. El adulterio	19
4.4. El derecho a la intimidad	30
4.5. Discriminación Familiar	40
4.6. Constitución de la Republica del Ecuador.....	40
4.7. Código Civil	42
4.8. Derecho Comparado	43
5. Metodología	49
5.1. Materiales Utilizados	49
5.2. Métodos	49
5.3. Técnicas	50
5.4. Observación documental	50
6. Resultados	51
6.1. Resultados de las Encuestas	51

6.2.	Resultados de las entrevistas	57
6.3.	Estudio de Casos.....	61
7.	Discusión	68
7.1.	Verificación de Objetivos	68
7.2.	Fundamentación Jurídica de la Propuesta	70
8.	Conclusiones	72
9.	Recomendaciones	73
9.1.	Propuesta	74
10.	Bibliografía	75
11.	Anexos	78

Índice de tablas

Tabla Nro 1.....	51
Tabla Nro 2.....	52
Tabla Nro 3.....	54
Tabla Nro 4.....	55
Tabla Nro 5.....	56

Índice de gráficos

Figura Nro 1.	51
Figura Nro 2.	53
Figura Nro 3.	54
Figura Nro 4.	55
Figura Nro 5.	56

Índice de anexos

Anexo Nro 1. Formatos de encuestas	79
Anexo Nro 2. Formato de Entrevistas.....	81
Anexo Nro 3. Designación de director del trabajo de integración curricular	83
Anexo Nro 4. Certificación de la traducción del Abstract	84

Anexo Nro 5. Certificación del tribunal de grado.....85

1. Título

Estudio de la prueba de la causal de divorcio por adulterio en el divorcio controvertido por atentar el derecho a la intimidad y la discriminación a la familia.

2. Resumen

El matrimonio es una institución jurídica encaminada al fortalecimiento y protección de la familia por cuanto en ella se cimienta la sociedad y el Estado. Este se basa en la libre voluntad de las partes contraerlo y en cumplir ciertas obligaciones que les impone la ley y la moral social, una de ellas es la monogamia. Así, la ruptura de esta obligación a través del cometimiento de la acción del adulterio implica una inobservancia a esa obligación. Este hecho conceptualmente implica mantener relaciones sexuales de un individuo que tiene vínculo matrimonial con otra persona que no es su cónyuge. La legislación ecuatoriana estima a este hecho como una causal para interponer el divorcio, en consecuencia, durante la sustanciación del proceso se ha de practicar las pruebas necesarias a fin de que se establezca la verdad fáctica de la consumación de este tipo de hecho, lo que implicaría evidenciar la practica sexual e incluso la inclinación de la persona que lo cometió. Ello involucraría una vulneración al derecho de la intimidad de esta persona, así también implicaría una afectación al derecho de intimidad familiar. En este sentido a través del presente trabajo se busca determinar las implicaciones jurídicas que podría llegar a tener la práctica de la prueba del adulterio dentro de un proceso judicial en contraposición con los derechos que se reconocen a las personas en la Constitución y bloque de constitucionalidad sobre derechos humanos, especialmente el referente al derecho de intimidad individual y familiar.

2.1. Abstract

The marriage is a legal institution with the main objective to strengthening and protecting the family, because is the societies' and State's base. This one is based on the free will to collapse it between the parts an accomplish some demands establish by the law, and moral society, one of them is the monogamy. Thus, the rupture of this obligation through the adultery makes that the non- observance of that obligation. This conceptual fact makes the performance in a sexual relationship of the individual that has this marriage bond with another person, that is not his/her partner. The Ecuadorian Legislation, takes this fact like one of the causes to obtain a divorce, as a result, during the development of the process the proof must be applied with the main objective to establish the true of this type of event, this implies the sexual practice even the orientation to the person who did it. This involves an infringement to the right of the person, also an infringement to the families intimacy. In this way through the present work that search to determine the legal implications as result of applied the adultery proof in the legal process against the rights recognize in the Constitution and the block of constitutional human rights, especially the ones which refers to the individual and familiar intimacy.

3. Introducción

El presente trabajo de investigación jurídica titulado **“Estudio de la Prueba de la Causal de Divorcio por Adulterio en el Divorcio Controvertido por atentar el Derecho a la Intimidad y la Discriminación Familiar”**, el tema seleccionado pretende solucionar los problemas detectados en la actualidad en estricto cumplimiento de los principios constitucionales como lo es principalmente la seguridad jurídica, el mismo que garantiza la fiabilidad y probidad de una justicia plena, producto de las pruebas verdaderas y fehacientes. De ahí la importancia de la presente investigación, al no ser comprobable la causal de adulterio.

El derecho a la intimidad es considerado uno de los derechos humanos fundamentales de las personas, puesto que atañen a la protección de aspectos muy internos y privados de los seres humanos, tales como sus convicciones religiosas, filosóficas, políticas, sexuales y, en fin, cuanto ámbito se considere privado y exento del conocimiento público.

En el presente trabajo de integración curricular se verifica un objetivo general que consiste en: **“Realizar un estudio jurídico doctrinario de la prueba de la causal de divorcio por adulterio por vulnerar derechos constitucionales de la intimidad y discriminación familiar”**.

Además, se verificó los objetivos específicos que se detallan a continuación: primer objetivo específico **“Demostrar que la prueba para justificar la causal de divorcio por adulterio vulnera el derecho a la intimidad”**; segundo objetivo específico: **“Determinar que el divorcio por adulterio es una causal de difícil probación en los procesos de divorcio”**; tercer objetivo específico: **“Realizar un estudio comparado para sugerir cambios en la causal de divorcio por adulterio”**.

En el presente trabajo de integración curricular se encuentra estructurada de la siguiente manera: el Matrimonio, Naturaleza Jurídica, Solemnidades, , El matrimonio como Contrato, El matrimonio como Institución, Terminación del Matrimonio, Divorcio, Clases de Divorcio, Divorcio por Mutuo Consentimiento, Divorcio Controvertido, Nulidad del Matrimonio, El Adulterio, El Adulterio como causal de Divorcio, La Prueba, Tipos de Prueba, La Prueba del Adulterio en el Juicio de Divorcio por Causal, El Derecho a la Intimidad, Características del Derecho a la Intimidad, Principales Ámbitos de la Intimidad, Fundamento Normativo del Derecho a la Intimidad, El Divorcio por Adulterio y el Derecho a la Intimidad, Familia e Intimidad, Discriminación Familiar, Constitución de la República del Ecuador, Código Civil; en el derecho comparado se procedió a establecer las semejanzas y diferencias de las leyes extranjeras en relación con la ley ecuatoriana, utilizando legislaciones Código Civil

Colombiano artículo sexto de la Ley 25 de 1992 modificado al artículo cuarto de la Ley 1 de 1976 de Colombia, Código Civil Peruano artículo 192 de 1852 y Código de Familia Boliviano artículo 130 de 1972.

Además, conforman el presente trabajo de integración curricular los materiales y métodos utilizados que sirvieron para la obtención de información, así mismo las técnicas de la encuesta y entrevistas, también el estudio de los casos que contribuyeron con la información optima y pertinente para fundamentar el presente trabajo de integración curricular, cuyos resultados ayudaron a la fundamentación de la propuesta de reforma legal. En la parte final del trabajo de investigación se expone las conclusiones y recomendaciones mismas que se lograron extraer durante todo el desarrollo de la investigación, y con ello también se presentó el proyecto de reforma al Código Civil Ecuatoriano, para que no sigan existiendo vulneraciones de derechos, que de manera contundente no requieran necesariamente demostrar el cometimiento de un acto sexual sino más bien el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales.

De esta manera queda presentado el trabajo de investigación jurídica que se trata sobre Estudio de la Prueba de la Causal de Divorcio por Adulterio en el Divorcio Controvertido por atentar el Derecho a la Intimidad y la Discriminación Familiar. Esperando que el siguiente documento sirva de guía para los estudiantes y profesionales del Derecho a fin de que puedan constituirse como fuente de consulta y conocimiento; siendo presentado en el Tribunal de Grado para su corrección y aprobación.

4. Marco teórico

4.1. El matrimonio.

El matrimonio tiene una gran importancia desde el punto de vista religioso, siendo un sacramento que unirá a dos personas puestas en una misma fe, en el cual se realiza una celebración, por tal razón en este acto se ejecuta dos celebraciones una que será civil, y se realizará ante el estado, la ley; y la otra religiosa que se celebrará ante a la autoridad clerical.

Varios fueron los factores que lo configuraron, así como también durante el tiempo de adopción consuetudinaria primero, y positiva segundo, ha ido sufriendo una serie de cambios, de evolución en torno a su consideración, tratamiento y consecuencias tanto morales, étnicas, sociales como jurídicas lógicamente.

El matrimonio también es asociado en muchas culturas, por no decir en todas, a un ámbito religioso, a un sacramento, que une a los contrayentes, de ahí que también la celebración de este tipo de acto mantenga dos ceremonias, o dos ámbitos de manifestación, la una civil, jurídica ante la autoridad del Estado; y la otra religiosa, celebrada ante la autoridad clerical.

Ossorio, en su concepto realiza una explicación etimológica del término matrimonio manifestando que;

Este proviene del latín mater (madre), formado a partir de patrimonium (patrimonio), cuyo sufijo monium es de origen oscuro. Oficio de la madre, aunque con más propiedad se debería decir “carga de la madre”, porque es ella quien lleva, de producirse, el peso mayor antes del parto, en el parto y después del parto; así como el “oficio del padre” (patrimonio) es o era, el sometimiento económico de la familia. (Ossorio, 2010, pág. 583)

Se puede corregir de lo mencionado que el matrimonio tiene una base matriarcal, es decir, en la madre, justamente por la determinación inequívoca de la descendencia, y se compone la otra parte del concepto, con el termino, páter, padre, cuyo rol, como lo explica el autor citado, se centra en ser el proveedor de los recursos de la familia, y de hecho esta concepción, ha sido la construcción social que ha prevalecido generalmente en la visión e imaginario social del matrimonio.

Por su parte, y ya en una definición más jurídica, Cabanellas manifiesta que el matrimonio es “la unión solemne e indisoluble de hombre y de mujer para prestarse mutuo auxilio y procrear y educar hijos” (Cabanellas, 2015, pág. 270)

Incorpora a este concepto el autor citado la idea de la unión solemne, ello en consecuencia que la ley manda que, para la validez de la celebración de un matrimonio, este además de cumplir con los requisitos que ella manifiesta, ha de ser celebrada por parte de una autoridad delegada por el Estado para esa finalidad. Esta omisión conllevaría a la nulidad, a la inexistencia jurídica del matrimonio.

Por otro lado cabe mencionar que por la tolerancia social, y por la ampliación del reconocimiento de derechos que se ha realizado tanto por las luchas sociales, cuanto por el avance del Derecho en sí mismo, actualmente el matrimonio en algunas legislaciones no es necesariamente entre un hombre y una mujer, sino que el concepto se amplía a conceder esta capacidad a dos seres humanos libres de vínculo matrimonial, este no es el caso de la legislación nacional; sin embargo la unión de hecho, que es otra forma de reconocer a la familia en nuestra legislación, acepta, reconoce esta posibilidad de convivencia como pareja y con consecuencias jurídicas similares al matrimonio a parejas indistintamente de su sexo.

Para Ossorio, existen dos tipos de matrimonio especialmente, de acuerdo a las formalidades, costumbre y convicciones que la sociedad ha desarrollado a lo largo de su evolución, si menciona que un matrimonio jurídico, civil, normado por la legislación “común”; y otro matrimonio canónico, celebrado en base a las convicciones religiosas, íntimas, a los valores de las personas y de la sociedad, a estos el autor los define de la manera que sigue:

En cuanto al matrimonio Civil, Ossorio expresa que este consiste en: “Unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales.” (Ossorio, 2010, pág. 583). En lo referente al concepto canónico el mismo autor lo define como: “Sacramento propio de legos por el cual el hombre y mujer se ligan perpetuamente con el arreglo a las prescripciones de la Iglesia.” (Ossorio, 2010, pág. 583)

4.1.1. Naturaleza jurídica

El matrimonio tiene como naturaleza la de ser un acto jurídico, con todas las implicaciones y la regulación propia del mismo, que se encuentra legislada en los Códigos Civiles de los distintos países, según sea la situación. Hay que subrayar que, en este caso, la

voluntad se expresa con el propósito de crear un vínculo jurídico, que la ley recoge y que da un marco legal, que va a regir todas las relaciones de esa unión, basada fundamentalmente en el orden público; concepto este que consiste en acatar, en obedecer, en aceptar sin protestar, el conjunto de normas jurídicas impuestas por el Estado, por la ley, a la familia y a sus miembros.

Las características generales de la institución del matrimonio incluidas en algunos ordenamientos jurídicos son “la dualidad, la heterosexualidad y el contenido en cuanto a derechos y deberes.” A partir del siglo XX, en las sociedades de influencia occidental y procedente del liberalismo se recoge también el principio de igualdad, con un peso creciente en las regulaciones derivadas.

La dualidad del matrimonio consiste en que el matrimonio, para que se constituya como tal, requiere de la comparecencia de dos personas, para su celebración, que tengan la capacidad y voluntad de contraer nupcias. Al respecto la Constitución de la República prevé que “el matrimonio es un contrato solemne entre hombre y mujer, esta disposición constitucional refleja la característica de dualidad y heterosexualidad del matrimonio, así como en la actualidad está permitido el matrimonio homosexual en el Estado Ecuatoriano, nuestro Código Civil al decir que el matrimonio es un acto solemne por el cual un hombre y una mujer se unen manifiesta este carácter peculiar del matrimonio que, a diferencia de los demás contratos, deben realizarse necesariamente entre personas de distinto sexo.” Por ende, la dualidad implica la imposibilidad de un matrimonio polígamo o poliandrico ya que en nuestra legislación no está permitido “el régimen matrimonial en el que el hombre pueda tener simultáneamente dos o más esposas.”

Consecuentemente, la dualidad del matrimonio es el principio por el que la institución está prevista, para unir a dos personas o vincularlas para su convivencia y procreación. En algunos ordenamientos (en especial los de base islámica) se reconoce la posibilidad de que un hombre contraiga matrimonio con más de una mujer. Pero incluso en este caso la institución vincula a una persona con otra, pues las diversas mujeres que un musulmán pueda tener no están unidas, en principio, por ningún nexo matrimonial ni tienen derechos y obligaciones entre sí.

4.1.2. Solemnidades

Se considera al matrimonio la primera institución regulada por el estado, para su constitución legal debe cumplir con las solemnidades que determina el Código Civil en su Art. 102.

“Son solemnidades esenciales para la validez del matrimonio:

- La comparecencia de las partes, por si o por medio de apoderado especial ante la autoridad competente;
- La constancia de carecer de impedimentos dirimentes;
- La expresión de libre y espontaneo de los contrayentes;
- La presencia de los testigos hábiles; y,
- El otorgamiento y suscripción del acta correspondiente.

Para que un matrimonio este plenamente constituido debe haber cumplido con estas solemnidades de ley, considero que esta es una parte fundamental a la hora de contraer matrimonio, ya que si uno de los cónyuges no las cumplió por falta de voluntad o por no estar en mutuo acuerdo automáticamente pierde la validez el acto.

La validez consiste en la legalidad de los actos jurídicos para sustituir efectos legales en este caso la diferencia entre nulidad y divorcio es, precisamente, la temporalidad de los actos que dan una causa a este; el divorcio es por acontecimientos posteriores, mientras que la nulidad, solo declara la inexistencia de lo que nunca fue valido. Una de las finalidades secundarias es la procreación, que sería imposible si la capacidad reproductiva se viera limitada debido a la edad, razón por la cual el Código Civil manifiesta que la edad mínima para contraer matrimonio es de 14 años para las mujeres y de 16 años para los hombres. La voluntad de los contrayentes debe estar ausente de vicios de la voluntad, los mismos que pueden reducirse a cinco casos: Error en la identidad, dolo, mala fe, violencia o intimidación y lesión. También el Código Civil menciona que los impedimentos para contraer matrimonio valido son: la falta de edad, de consentimiento de quien deba ejercerlo, parentesco, el adulterio entre los que pretendan contraer matrimonio, atentando contra la vida de los anteriores cónyuges, fuerza o miedo grave, embriaguez habitual, impotencia incurable, idiotismo o imbecilidad, matrimonio subsistente al momento de contraer nuevas nupcias. Si los contrayentes no acataran estos puntos, el matrimonio seria nulo de origen, por lo tanto, correspondía declarar la nulidad por parte de un juez de lo familiar. Al momento que se contraía matrimonio se hacia el cambio de estado civil, originando una serie de consecuencias jurídicas con respecto al otro cónyuge, a los bienes y a los hijos. Luego de haber analizado el matrimonio civil desde su concepción puedo manifestar, que, para constituirse como tal, y para que llegue a ser la primera institución del estado; tiene que cumplir con ciertos requisitos y elementos de existencia y validez que le

den el carácter jurídico que exigen los estados. Estos elementos tan fundamentales para constituir el matrimonio en la actualidad se hayan vigentes en el Código Civil.

Así lo menciona en su obra el Dr. Juan Larrea Holguín y dice:

Concretamente para que exista el matrimonio, debe reunirse tres condiciones: 1. La diferencia de sexo de los contrayentes; 2. El consentimiento de las partes; 3. La solemnidad, o sea la manifestación de consentimiento delante del funcionario correspondiente.” (Larrea Holguín, 1999)

De acuerdo a lo que cita el Dr. Holguín, la existencia del matrimonio se da, así las condiciones que se mencionan anteriormente no se cumplen en su totalidad, ya que luego podemos hablar de la nulidad del matrimonio y no de inexistencia del mismo.

También cita la regla más general sobre el elemento de validez, que es el Art. 9. Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.

El elemento de licitud, en un matrimonio a más de ser válido debe ser lícito, o plenamente lícito; no debe contravenir ninguna prohibición, es decir, no debe haber ningún impedimento; debe cumplir con todas las solemnidades legales.

4.1.3. El matrimonio como contrato

Contrato, por medio de cual se requiere de un acuerdo entre los cónyuges, en la Doctrina Clásica, los Canonistas propugnaron esta opción para dignificar la unión del hombre y de la mujer, superando las tachas de la Compendio de Derecho Romano, que significaba la compra de la mujer que al principio fue efectiva y luego simbólica; y, el “Usus”, que la adquisición de la mujer por una especie de prescripción; y basta la posesión de la mujer por un año, y para combatir los matrimonios de convivencia realizados por los padres sin consultar la voluntad de los hijos

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.

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 consignar

la presunta voluntad de los contrayentes e imponer esos derechos y obligaciones. (Larrea H, 1981)

De acuerdo a lo indicado el matrimonio como contrato se lo conocía así ya que se lo hacía cuando los contrayentes se ponían de acuerdo voluntariamente, se podría decir que esta voluntad de las partes desencadenaba derechos y obligaciones, aunque en gran parte esto lo realizaban para que se consignen la voluntad de ellos contrayentes y se impongan tanto derechos como obligaciones que debían ser cumplidos ya que esta establecidos en la ley.

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. (Larrea H, 1981)

Como indico con anterioridad el matrimonio como contrato nace de la voluntad de las partes esto es de acuerdo al fruto de las obligaciones que contraen, y se podría decir que este matrimonio tiene características que son importantes como los contratos patrimoniales sin embargo se encontraran diferentes aspectos.

4.1.4. El matrimonio como institución

La institución del matrimonio no es más que la unión natural disciplinada y consagrada en el estado social como unión legitima, pero consagrada y disciplinada por vía de autoridad, no por vía de contrato.

El matrimonio como institución es la unión que esta bendecida por medio del estado social y a la vez natural, esta es realizada por medio de una autoridad, para que el matrimonio sea válido, ya que no se tomara en cuenta como un contrato porque es considerado matrimonio como institución y la misma es la que forma parte la autoridad competente que va a celebrar el mismo.

También se ha aludido al matrimonio como institución, pero de este modo no se considera al acto jurídico como fuente de relaciones jurídicas matrimoniales, sino al estado de familia en sí o, a las relaciones jurídicas matrimoniales que se constituyen a partir del acto jurídico matrimonial. Se reconocen tres vertientes fundamentales: la tradición del derecho romano, la del derecho germánico que con sus variantes determina la difusión de los esponsales en el periodo intermedio, y la tradición del derecho canónico. Para los romanos la llamada sponsalia no era una convención de carácter obligatorio. La vertiente del derecho germánico se

remonta al matrimonio por la compra de la mujer. Los esponsales obligaban a la entrega de la novia en cumplimiento del contrato.

Se convirtió en una institución jurídica basada en el amor de sus integrantes y que los juristas podemos hacer mucho para que no se pierda esa esencia.

Este matrimonio se cambió más por una institución jurídica ya que principalmente la base de este matrimonio es el amor que debe existir entre la pareja que va a integrar el mismo y como abogados se puede velar e intervenir para que la particularidad que constituye este matrimonio no se pierda y se la pueda conservar.

El matrimonio es la base de la familia y es una institución que corresponde al derecho natural, por eso se señala que la familia es anterior al Estado, ya que el matrimonio no es una creación del Estado, sino anterior a él; pues el derecho positivo civil regula sus efectos en el plano jurídico. La concepción histórica y doctrinaria del matrimonio, nos lleva a pensar que la sociedad está formada desde sus inicios por la unión de un hombre y una mujer, que como objetivo principal, era el de formar su propia familia, que como mandato innato del ser humano, así como cristiano, ésta formación de la familia a través del matrimonio, se sustenta, tanto en la historia, como en el devenir del desarrollo de las sociedades, el cual es pilar fundamental para el ordenamiento de ésta, lo que hoy en la actualidad se rige por las leyes ya existentes, y que de manera imperativa, regula las relaciones entre las personas, desde el punto de vista, social económico, familiar y hasta gubernamental, por ser el fundamento de las personas, para lograr y alcanzar un verdadero significado a lo que el hombre y la mujer han hecho a través de la historia, que se reconozca la institucionalidad del matrimonio.

4.1.5. Terminación del matrimonio

Al ser el matrimonio una institución jurídica que fundamenta su origen a través de la Ley, lógicamente existe razones, motivos y circunstancias por las cuales puede darse por terminado o disuelto.

Es necesario aclarar que la terminación del matrimonio no es exclusivamente a través del divorcio, pues existen hechos que sin caer en este recurso jurídico también puede dar cabida a que se declare la terminación del matrimonio.

En efecto, el artículo 105 del Código Civil manifiesta que el matrimonio termina:

1. Por la muerte de uno de los cónyuges.

2. Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio.
3. Por sentencia ejecutoriada que conceda la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y,
4. Por divorcio. (Civil C. C., 2015)

En el primer caso, ya se trató los presupuestos jurídicos para declarar la nulidad del contrato matrimonial.

La muerte de uno de los cónyuges sin duda es judicativa y razón suficiente para entenderse que el vínculo matrimonial ha terminado, pues uno de los elementos sine qua non de matrimonio es el carácter biunívoco del mismo, es decir, por su naturaleza debe ser celebrado y contraído entre dos personas naturales libres de vínculo matrimonial. (Camacho Chavarria, 2000, pág. 71)

En el segundo caso, el Art. 68 del Código Civil 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, la expiración de dichos diez años a la edad del desaparecido, si viviere.

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 citado.

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 este luego de la probanza procesal, declare en sentencia la posesión definitiva de los bienes del desaparecido y declare por lo tanto la terminación del matrimonio si fuere casado.

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.

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 desechara la demanda.

Finalmente, nuestra ley sustantiva civil, ha previsto que el matrimonio también se lo pueda dar por terminado, por el acuerdo voluntario o mutuo consentimiento, en cuyo caso, los cónyuges conjuntamente con el patrocinio de un Abogado, deberán por escrito solicitar a un Juez de lo Civil, que declare por terminado el vínculo matrimonial que los une, por ser ese deseo libre y voluntario.

Presentada la petición escrita y luego de que hayan transcurrido dos meses, a petición de los cónyuges, el Juez les convocara a una audiencia, en la que ratificaran, libre y voluntariamente su resolución definitiva de dar por terminado el vínculo matrimonial.

4.2. El Divorcio

El divorcio es una de las formas de dar por terminada la relación conyugal o matrimonio. Desde el punto de vista del derecho procesal, el divorcio es el proceso por el cual uno de los cónyuges demanda al otro con la misma finalidad antes mencionada.

Ossorio define al divorcio como “La acción de separar un juez competente, por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio. [...]” (Ossorio, 2010, pág. 339)

Por su parte, García Falconí, estima en definir al divorcio como:

La separación de un hombre y su mujer, producida por alguna causa legal, por sentencia judicial y que disuelve completamente las relaciones matrimoniales o suspende los efectos en lo que se refiere a la cohabitación de las partes.” (García Falconí R. , derechoecuador.com., 2015)

Como sostienen los dos autores citados el divorcio es entonces un procedimiento judicial que se encuentra establecido en la ley por medio de cual un juez competente declara en sentencia la disolución del matrimonio y sus defectos entre dos personas, en el caso de la legislación ecuatoriana se incrementaría más bien el concepto de entre un hombre y una mujer que se encontraban unidos por vínculo matrimonial.

La disolución del vínculo matrimonial posee una historia que se remonta hasta la antigüedad y, de hecho, el propio termino deriva del vocablo latino *divortium*, que significa división. No obstante, el concepto moderno se encuentra en el Código Civil francés promulgado en 1804, siendo desde aquel entonces modificado hasta nuestros días y, por tanto,

desarrollando su concepto de una manera que se acople de mejor manera a las sociedades actuales, como lo menciona Camacho Chavarría al referirse al divorcio como:

La ruptura en vida de esposos, del vínculo matrimonial, mediante sentencia declarada judicialmente. La iglesia católica se ha opuesto siempre al divorcio por considerar que está en contra de sus dogmas y preceptos religiosos.

Sin embargo, actualmente en la mayoría de los países se admite el divorcio. (Camacho Chavarría A. , 1990)

Consecuentemente, se puede establecer al divorcio como la disolución legal o religiosa del matrimonio (en este caso bajo algunas causas excepcionales), implicando un consenso entre ambas partes para que este se puede llevar a cabo. Las leyes en las diferentes naciones amparan a hijos, puesto que las condiciones tras la ruptura pueden resultar injustas para la prole.

En el caso de la legislación ecuatoriana la definición del divorcio se encuentra expresada en el artículo 106 del Código Civil, mismo que en su literalidad menciona que “El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio”

De todo lo expuesto, puede colegirse que el divorcio es una acción que puede ser demandada exclusivamente para uno de los cónyuges en contra del otro, en el caso del divorcio controvertido, como también entre ellos mutuamente, en el caso del divorcio de mutuo consentimiento.

Las formas de terminación del matrimonio no son exclusivamente a través del divorcio sino también las que se hallan circunscritas al acontecimiento de otros hechos naturales o judiciales que conducen ese desenlace, dentro de ello puede nombrarse por ejemplo la muerte de uno de los cónyuges, la desaparición de uno de ellos declarada por autoridad competente, los vicios de consentimiento en el matrimonio cuya consecuencia es la nulidad.

El divorcio es entonces una de las maneras por las cuales, a través de un proceso judicial o administrativo, los cónyuges se someten a él, con la finalidad de terminar el matrimonio. En conclusión, el divorcio es la figura jurídica y procesal por la cual se extingue el matrimonio, y que solo es válido mediante la interposición y procesos legales ejecutados a través de una sentencia de una autoridad competente que exprese por la investidura legal que posee la disolución del vínculo matrimonial a petición de uno de los cónyuges o en su caso por los dos,

en el primer caso fundado ello en alguna de las causas que estima la ley como legítimas para reclamar el divorcio.

4.2.1. Clases de divorcio.

El matrimonio tiene entre sus elementos fundamentales a la voluntad de las personas de contraerlo, así entonces puede corregirse que el divorcio, que es la antítesis del matrimonio ha de tener también como elemento cuando se interpone su acción, justamente esa voluntad, que puede ser unilateral, cuando solamente una de las partes así lo requiere y que da paso al divorcio controvertido o litigioso; así como también cuando media la voluntad de los dos cónyuges en llevarlo a efecto, se habla en este caso del divorcio por mutuo consentimiento. (Camacho Chavarría A. , 2000, págs. 71, 72)

En el caso del divorcio controvertido o litigioso, la legislación generalmente especifica el que antes su interposición, el cónyuge que lo demanda ha de presentar una justificación o causal para proponerlo, mismas que desde luego se hallan estipuladas en la legislación civil correspondiente.

4.2.2. El divorcio por mutuo consentimiento.

Existe la posibilidad de que las parejas de cónyuges lleguen a un acuerdo prejudicial en el que mutuamente se exprese la voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que medie para ello ninguna causal, por lo menos así los manifiestan en este caso, más que su voluntad mutua.

Camacho sostiene que este tipo de salida a la terminación del matrimonio puede constituir una manera de evitar los malos tratos, las discusiones y las viñas permanentes dentro de un matrimonio, si bien no puede ser una solución ideal en muchos de los casos si resulta saludable la disolución del matrimonio antes que el mantenerse juntos, pues en casos como los señalados las consecuencias también de esas desavenencias intrafamiliares suelen producirse en los hijos, y sea de insistir que ante ello una fórmula de solución es la voluntad mutua de no continuar con el matrimonio. (Camacho Chavarria, 2000, pág. 72)

Hay que mencionar también que, con la finalidad de adivinar la carga procesal en los casos de divorcio, así como agilizar estos procesos, se delegó a las notarías la posibilidad de que puedan realizar divorcios por mutuo consentimiento siempre y cuando no exista de por

medio hijos o hijas menores de dieciocho años, así como tampoco poseer bienes patrimoniales. (Ecuador, 2014)

Doctrinariamente se ha denominado a este tipo último de divorcio como administrativo, por cuanto o no es sustanciado ni disuelto a través de una autoridad judicial, como lo es el juez de lo civil, sino que se delega al notario público esta facultad, desde luego cumpliendo los requisitos preestablecidos por la ley para permitirlo. (Pérez L. &., 2010, pág. 434)

Una variante de este caso también es cuando, pese a existir la voluntad de las partes en efectuarse el divorcio, no cumplen con los requisitos antes mencionados para realizarlo ante un notario, sino que necesariamente deben recurrir al juez para ese efecto. En el caso de esta particularidad se denomina como divorcio voluntario contencioso, no en el sentido de litigioso si no en el sentido que debe ser sustanciado y fallado por una autoridad judicial.

4.2.3. El divorcio controvertido.

Cuando la decisión y la voluntad de dar por terminado el matrimonio es asumida unilateralmente por un cónyuge, en tanto que el otro no lo estima así se produce consecuentemente un antagonismo de voluntades, ante este caso es necesario la interposición de un proceso judicial para que, a través de su sustanciación, el juez competente declare en sentencia el divorcio. (Camacho Chavarria, 2000, pág. 74)

Dentro de este tipo de procesos obviamente que debe mediar la interposición de las pruebas a fin de que el operador de justicia pueda corroborar la existencia de alguna de las causales que establecen la ley con la manifestación fáctica de la pretensión propuesta por el demandante.

Durante la sustanciación de este tipo de procesos generalmente el juez realizará una valoración de las pruebas que se han aportado, así como procura generalmente que los cónyuges litigantes lleguen a un acuerdo, para dar por disuelto el vínculo matrimonial.

El antes nombrado artículo 110 del Código Civil, expresa en nueve las causales para que uno de los cónyuges puede interponer el divorcio y estas son:

1. El adulterio de uno de los cónyuges.
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 contra 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.

La primera de las causales es el adulterio, como es evidente, y sin duda es uno de los hechos y acciones de la conducta humana más problemáticos dentro de un matrimonio, pues atenta contra uno de los pilares en el que se cimienta esta institución jurídica como es la exclusividad sexual a través de la monogamia, de injustamente de que es esta causa la que se ha tomado como objeto principal de estudio en la presente investigación.

Puede entenderse también que esta apreciación de la legislación en que necesariamente se estimen causales para la interposición de un divorcio puede estar fundada en la protección que se intenta dar por parte del Estado al mantenimiento de la cohesión familiar a través del matrimonio.

Sin embargo, esto en la actualidad puede ser objeto de discusión debido a que ha existido una legislación llena de doctrina avances en la consideración de los derechos de las personas, especialmente de las mujeres, y como consecuencia de ello no se puede obligar a una persona a mantenerse unida a otra que le propicie alguna de las acciones o tratos no solo estipulados en esta causal sino a otros incluso que escapen a esos motivos.

Llama la atención en este punto sobre cómo puede proceder uno de los cónyuges en el caso de que su voluntad de dar por terminado el vínculo matrimonial no se ajuste a ninguna de las causales que se hayan estipuladas en la ley, en este caso y ante la carencia de esta justificación estaría obligado al mantenimiento del vínculo matrimonial, lo que sin duda constituye una vulneración a los derechos de esa persona o personas inmersas en ese caso. En este sentido es que por ejemplo en algunas legislaciones se ha acogido la figura del matrimonio sin expresión de causa o matrimonio causado, como el caso de México.

Así también ha acontecido con la finalidad de subsanar la anomia antedicha, la figura legal de la infidelidad, como causal de divorcio, concepto que además no solo tiene que ver con el adulterio, sino que hace extensivo su denominación a cualquier falta de cumplimiento

de las obligaciones que contrajo alguno de los cónyuges al momento de celebrar el contrato de matrimonio, así entonces puede hacer algunas de estas innovadoras medidas jurídicas que pueden dar paso en la legislación de un estado a fin de promover un mayor respeto los derechos de las personas y por lo tanto mejorando el nivel de vida de las mismas, de la sociedad y del sistema.

4.3. El adulterio

Según Ossorio, el adulterio consiste en el “ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer siguiendo uno o ambos casados”. (Ossorio, 2010, pág. 51)

Por su parte, Cabanellas define al matrimonio como “el acceso carnal que un casado tiene con una mujer que no sea la legítima, o una casada con hombre que no sea su marido. Constituye una violación de la fe conyugal”. (Cabanellas, 2015, pág. 25)

De los conceptos mencionados se puede deducir que cometer el acto de adulterio consiste en el hecho de mantener relaciones sexuales con otra persona que no es su esposo o esposa fuera del matrimonio, lo que además el concepto histórico de adulterio.

En la mayor parte de la era pasada era objeto de crítica y polémica, aunque en aquel periodo, el castigo contra el adulterio no era tan severo contra el hombre, aunque si con respecto a la mujer. Ya en nuestra era, paulatinamente con la equidad de la ley ha establecido para ambos sexos ha ido equiparándose la sanción legal y moral, hasta que, en la actualidad, el adulterio resulta una violación perniciosa para cualquier parte de los casados.

Menester es señalar que el adulterio no tiene el mismo concepto de infidelidad, pues el primero involucra inexorablemente la relación sexual, mientras que la infidelidad no necesariamente.

El adulterio se trata, efectivamente, de una violación a un acuerdo legal que además de infringir contra las consignas legislativas, atenta contra la integridad sentimental de la víctima, así como a la descendencia sanguínea a causa de la incertidumbre que provoca las relaciones de un individuo con otras personas.

Manuel Sánchez Rosado ofrece una expansión sobre los problemas que conlleva el adulterio indicando que:

Existen problemas relativos a la familia del paciente como los abusos sexuales, las relaciones fortuitas, las violaciones, etc. De igual manera, asegura las consecuencias

relacionadas al ambiente social, como por ejemplo el rechazo, la discriminación, el rendimiento escolar y el desempleo. (Rosado, 2005)

En conclusión, el adulterio es una violación que no solamente repercute en la relación entre dos individuos, dado que afecta a un círculo de mayor amplitud que podría conllevar a problemas en la identificación de las personas en una sociedad, así como en causas depresivas de las víctimas que sientan que el matrimonio es una unión sagrada que nunca deba ser marginada por el placer carnal y momentáneo que tan comúnmente se puede adquirir.

También se puede desprender de todos los conceptos que se ha mencionado que el adulterio entraña necesariamente la existencia de relaciones sexuales entre las dos personas que cometen este tipo de acto, sin que medie esta relación carnal no se puede hablar del cometimiento de adulterio.

Ahora bien, el hecho de que esta acción sea considerada como causal de divorcio sin duda obedece al concepto o monogámica, de exclusividad sexual, que por diferentes razones que se han explicado, es una de las características del matrimonio. Mas el que cometió adulterio por lo general lo hace de forma subrepticia, pues justamente por la tacha social que este acto implica no se la realiza a la luz pública. Esto, además tiene una consecuencia que interesa para la investigación aquí realizada, en el sentido de que bajo estas circunstancias resultaría difícil de probar en un proceso judicial de divorcio por causal el cometimiento de este tipo de acción, y pese a ello se encuentra establecida en la legislación como uno de los motivos para proceder al divorcio.

Es por esta razón que como se verá posteriormente en algunos casos de procesos de divorcio por esta causa se valoran otro tipo de pruebas que coadyuvan a la reducción de existencia de este tipo de acto y por lo tanto la procedencia del otorgamiento de divorcio.

4.3.1. El adulterio como causal de divorcio

El adulterio que consiste en el hecho de mantener relaciones sexuales uno de los cónyuges con otra persona que no es su esposo implica el cometimiento de acción, y por supuesto que en virtud de las características del matrimonio consiste en uno de los elementos que quitan la estructura fundamental del matrimonio, de ahí justamente el hecho de que sea considerada una causal de divorcio.

Camacho menciona que el cometimiento de adulterio, constituye “una violación del deber de fidelidad que se deben dos esposos, y que una vez demostrado como pruebas el juez

dicta la sentencia de divorcio.” (Camacho Chavarría A. , 2000, pág. 74). Se debe hacer notar que en esta reflexión de la autora menciona que la acción de adulterio constituye un rompimiento del deber de fidelidad que se deben los esposos, fidelidad que no solo va en el sentido sexual podría entenderse, sino que se relaciona también con el hecho de que se asumió este tipo de obligación cuando se contrajo el matrimonio.

Bajo este concepto que es quien incluso actualmente se debate sobre la necesidad de que se establezca las legislaciones a la infidelidad como una figura jurídica que pueden sustituir o ser complementaria, con la causal de adulterio para proceder con la demanda de divorcio. Infidelidad que, como sostiene Pérez, no se relaciona únicamente con el hecho de mantener relaciones sexuales con una persona distinta al cónyuge-adulterio, sino que esta figura jurídica y conceptos, sobre todo, implicaría un rompimiento o un incumplimiento mejor dicho de él debido actual conyugal, relacionado con una infidelidad, moral, sentimental, malos tratos, violencia intrafamiliar, y en fin toda acción que contra viniere a lo que estipula el contrato de matrimonio. (Pérez L. &., 2010, pág. 49). Sobre este concepto se abordará de manera más amplia posteriormente.

El adulterio es la primera causal de divorcio en la legislación civil ecuatoriana, el artículo 110 de este cuerpo legal así lo determina, y de hecho esta causal es caso considerada en todas las legislaciones de mundo.

Como es lógico suponer el adulterio se consuma bajo las condiciones clandestinas, a escondidas, razón por la cual resulta muy difícil de comprobarlo en un proceso judicial.

El adulterio como causal para demandar la terminación del vínculo matrimonial, estaría fundado en el voto, en el deber de la mutua fidelidad sexual en este caso en particular que se deben los cónyuges, puesto que se hallan obligados a eso. Recuérdese que una de las finalidades primordiales del matrimonio es el establecimiento de la exclusividad sexual, de la fidelidad conyugal, como factor de cohesión de la pareja y como eje de la determinación paternal. (García Falconí R. , 2013). Que es uno de los elementos fundamentales y el sostén con el que nació el matrimonio. De ahí que faltar a esta obligación, pone en duda la decencia del individuo que lo comete, y por otro lado atenta contra un aspecto muy interno e íntimo de la familia, de la pareja, como se ha mencionado, la fidelidad de la exclusividad sexual y la seguridad de la biología de la prole incluso.

Para la existencia del divorcio lógicamente que se requiere de la necesidad previa de la existencia de un matrimonio, que como manifiesta Fernández, es la unión entre dos

personas, que libres de impedimento, convienen en contrato y efectuarlo, ante la autoridad competente, con la finalidad de realizar una vida en común. Entendiéndose como vida en común no solo la convivencia, sino el conjunto de vivencias, experiencia, y adquisición de derechos y responsabilidades mutuas y con su descendencia de ser el caso. (Fernández Castaño, 2004, págs. 25, 26)

Así, contraer matrimonio implica el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos entre las personas que lo celebran, justamente ese conjunto de votos, y de compromisos que mutuamente adquieren se refieren a la necesidad y a la aceptación de convivir juntos de manera indefinida, de auxiliarse, de construir un patrimonio común, y mantener una unión monogámica.

Desde luego que no siempre se cumplirán las finalidades que el matrimonio conlleva en su ideal, tanto así que desde luego al desaparecer la voluntad de una de las partes o de los dos se puede dar por terminada la relación y vínculo conyugal de acuerdo a lo que la ley ha establecido para ese efecto. El divorcio, que es la figura jurídica establecida en la ley, que disuelve el vínculo de matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, o de permanecer en libertad. (Salas Alfaro, 2004, pág. 19)

El divorcio puede acontecer cuando unilateralmente se tenga esa voluntad, o que alguna de las partes ha faltado al compromiso adquirido mediante al matrimonio. Uno de esos hechos para ese efecto, es el cometimiento de adulterio, que es el hecho de mantener uno de los cónyuges, una relación íntima con otra persona fuera del matrimonio; lo que sin duda atenta contra uno de los pilares en que se cimienta esta entidad del derecho de familia, como es la monogamia, misma que consiste en exclusividad individualizada de mantener una unión de pareja con una sola persona, es decir, no más de una pareja al mismo tiempo. (Wilhelm, 2012, pág. 17)

El adulterio, bajo la óptica social occidental, es un hecho reprochable moral, y sentimentalmente, que atenta en contra del matrimonio. Hecho que además se consuma en lugares ocultos, intentando que no se entere nadie conocido para así evitar el divorcio o la separación de sus hijos, se da también con personas solteras que se prestan para este acto.

El adulterio, es una acción que, como lo define la Enciclopedia Jurídica Omega:

Es la forma castellana de la voz latina *adulterium*, cuyo verbo *adulterare*, se refiere genéricamente a la acción del adulterio y solo de manera figurada, aunque sea que definitivamente se impuso significa viciar, falsificar alguna cosa.(Omeba., 2017)

Por otro lado, de acuerdo con investigaciones previas realizadas por la Revista Electrónica de Trabajo Judicial, en su publicación “La Obligación de Fidelidad Frente al Deber de la Convivencia”, manifestado por de Bossert y Zannoni dice que la: Fidelidad de fides, fe implica un concepto amplio, que socialmente incluye el deber para cada cónyuge de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedor y lesiva para la dignidad del otro” (Díaz Pomé, 2009)

Lo que se ha querido evidenciar a través de todos los conceptos propuestos es que el adulterio constituye sin duda un grave atentado contra los principios y valores en los que se cimienta el matrimonio, e incluso la sociedad, lo mencionado en relación con la finalidad al cumplimiento de los compromisos que se adquieren cuando se contrae una obligación entre las personas, y más aún cuando esta tiene una jerarquía de contrato.

Por otro lado, se debe mencionar e insistir en el hecho de que el adulterio a ser una actividad clandestina lleva implícita la dificultad de ser probado justamente por la naturaleza que se mencionó. El acto en si puede ser de difícil comprobación es evidente que existen acontecimientos coadyuvantes que pueden conllevar a la deducción de que se está cometiendo esa acción, así por ejemplo el hecho de que uno de los cónyuges desaparezca por días con otra persona, que no es su cónyuge, si bien necesariamente no implica el cometimiento de adulterio de manera fehaciente, es lógico deducir que el cometimiento de esa acción sea la más probable.

Ante estas dificultades y dada la protección del derecho, así como la observancia y garantía de los derechos de las personas es que sea considerado necesaria la incorporación de otro tipo de causales que puedan justificar la procedencia del divorcio, mismas que no necesariamente se encuentran ligadas al cometimiento de adulterio.

Así también cabe la interrogante sobre el adulterio entraña una dificultad probatoria dentro de un proceso de divorcio, porque se encuentra establecido en la legislación nacional. Igualmente, puede evidenciarse del contenido del artículo 110 del Código Civil que se ha mencionado, que ocurría cuando existen actos que evidencian la voluntad de una persona a no continuar con el matrimonio, pero que los mismos nos encuentren dentro de las causales previstas la ley, como operaría en este caso una demanda de divorcio. Ellos son sin duda alguna

de las interrogantes que aún deben plantearse en las anomalías que existen en la legislación nacional.

4.3.2. La prueba

Desde el punto de vista jurídico la prueba es el “conjunto de actuaciones que, dentro de un juicio, cualquiera sea su índole, se encamina a demostrar la verdad por la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas.” (Ossorio, 2010, pág. 791) La prueba es entonces toda aquella acción o medio por el cual se puede llegar a determinar y fundamentar la veracidad del acontecimiento de un hecho, en el sentido procesal, ella conduce al juez o jueza al convencimiento sobre la pretensión de alguna de las partes. Entonces se ha de suponer que dentro de la práctica de la misma se deben evidenciar las acciones que corroboran una demanda, en el caso del divorcio por causal lógicamente esta hace probada a través de algún medio que la ley lo determina.

La conducencia y la pertinencia de la prueba son requisitos que se relacionan con la actitud de que esta pueda aportar a la demostración de los hechos que se fundamentan en el caso. Es decir, la pertinencia se refiere a que la prueba ha de estar adecuada y oportuna a los hechos a la verdad fáctica que se desea demostrar, por lo tanto, ha de estar enfocada a ello, y cualquier aspecto que salga de este ámbito se considera impertinente.

Hay que mencionar, adicionalmente, que la práctica de la prueba dentro de este ámbito que se ha mencionado ha de reunir los requisitos que establece la ley para que sea válida, por lo tanto la prueba del adulterio ha de ser procedente y conducente, es decir, se tiene que llegar a determinar de manera fehaciente el cometimiento de este tipo de causal, y como es lógico de suponer y dado el concepto que se ha mencionado sobre el adulterio, la prueba deberá estar contextualizada a corroborar la consumación de relaciones sexuales de un cónyuge con una persona distinta a su esposo o esposa.

Sobre esto se basa el problema y señala el tipo de prueba que se requiere para el divorcio por adulterio, en el momento en el que se vulnera el derecho a la intimidad.

4.3.3. Tipos de prueba.

Las pruebas que se pueden aportar a un proceso judicial pueden ser de diferente tipo, o aportarse de distinta manera a la sustanciación de la causa, por esta razón es que doctrinaria y normativamente se ha establecido una clasificación de los medios de prueba al fin de establecer una sistematización en la forma de práctica de las mismas.

Si bien los medios de prueba varían en torno a la legislación de un Estado y otro, generalmente son clasificadas en base a los siguientes tipos: testimonial, documental y la pericial, que es la que acoge la legislación del Ecuador precisamente en el contenido del COGEP.

- **Prueba testimonial.** – Es aquella “declaración que hace un testigo en juicio. Es la demostración, prueba, justificación de un hecho, cosa o idea. Impostura, imputación de un hecho cosa o idea.” (Cabanellas, 2015, pág. 412)
- **Prueba documental.** – Para Cabanellas aquellas “que se realiza por medio de documentos privados, documentos públicos, libros de comerciantes, correspondencia o cualquier otro escrito” (Cabanellas, 2015, pág. 353)

En el caso de la legislación ecuatoriana el art 193 de COGEP la define mencionando que ella consiste en “todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho.”

Prueba pericial. – El artículo 221 COGEP manifiesta que este tipo de prueba es la que la realiza una “persona natural o jurídica que, por razón de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos o profesionales está en condiciones de informar a la o al juzgador sobre algún hecho o circunstancia relacionado con la materia de la controversia.

Este tipo de pruebas periciales se pueden relacionar en el ámbito del interés de esta investigación en relación con las pruebas que se pueden llevar a cabo a fin de establecer, por ejemplo, la maternidad o paternidad de un individuo concebido fuera del matrimonio. Martínez dice también que los casos de adulterio, “la detección de genticos de enfermedades de transmisión sexual, así como pruebas microbiológicas pueden ayudar a determinar la existencia de relaciones sexuales entre personas.” En este sentido es que podría aportar la prueba pericial en los casos de adulterio. (Martínez, 2004, pág. 141)

4.3.4. La prueba del adulterio en el juicio de divorcio por causal.

Como ha sido evidente de los conceptos que se ha presentado el adulterio es el hecho aquel por el cual uno de los cónyuges tiene relaciones sexuales con una persona distinta a su cónyuge. Cabe señalar que en los conceptos que se ha mencionado no se establece si ello ha de acontecer una o varias veces para ser considerado como adulterio en tal sentido se puede

deducir que este hecho ocurrirá, o mejor dicho podrá ser sobreentendido cuando ocurra, aunque sea una sola vez.

Ahora bien, también se ha mencionado en los conceptos antes dichos que el matrimonio entraña en su naturaleza el hecho de que dos personas por su propia y libre voluntad consciente en celebrar un contrato a través del cual se comprometen a tener ciertas obligaciones uno con el otro, uno de ellos es la exclusividad sexual, fundado en las razones que ya se han mencionado en especial.

Se caracteriza el adulterio por el subrepticio que es, por lo tanto, entraña una dificultad probatoria, por lo general, y es en torno a esto que por un lado puede haber ciertas dificultades en que pueda determinarse dentro de un proceso judicial, pero también por otro pueden existir pruebas coadyuvantes que pueden llevar a deducir presunciones concretas sobre el cometimiento de este hecho. (Suarez, 2012)

Se debe considerar que en ciertas circunstancias existen hechos que pueden corroborar de manera fehaciente el cometimiento del adulterio, uno de ellos podría ser el hecho de la existencia de un hijo/a (s) fuera del matrimonio, que más prueba contundente que ello. En este sentido incluso de aducirse como prueba este hecho, se debe invocar la identidad tanto del descendiente, cuanto de su progenitor o progenitora dentro del proceso judicial y en este caso se verían involucrados aspectos íntimos de terceros a criterio de la autora.

Si bien este hecho mencionado puede ser contundente a la hora de la decisión de un proceso judicial para dirimir un proceso de divorcio por cosa de adulterio, existen otros casos en los que posiblemente no podrá existir esta certeza. Ante lo mencionado señala Suarez, que el juez deberá realizar una ponderación en base al conjunto de pruebas que se pueden aportar al proceso sean estas materiales o documentales para que se pueda configurar a su criterio el cometimiento o no de adulterio. En este sentido existiría un cierto grado de discrecionalidad del juzgador a la hora de sopesar los elementos que él se le expone como prueba de adulterio. (Suarez, 2012)

Ramos Pazos, por su parte también considera que:

El cometimiento puede resultar difícil de comprobarse de manera directa, pero concuerda con los criterios antes mencionados en que existen ciertos hechos o acciones del individuo que cometió adulterio que pueden conducir a que se deduzca de manera fehaciente que ha cometido ese hecho. El autor menciona, por ejemplo, entre otros, que

el hecho del padecimiento de alguna enfermedad sexual por parte de uno de los cónyuges puede ser tomado como prueba, por supuesto, que si es que ello ocurre de manera ajena al padecimiento de la misma enfermedad del otro. (Ramos Pazos, 2008, pág. 433)

Esta tarea de valoraciones de la prueba pueda entrañar una gran complejidad tanto para los intereses de defensa de derechos y bienes jurídicos están en juego, cuanto por el involucramiento del contexto alrededor de estos hechos.

El mantenimiento de la fidelidad, es un axioma absoluto, es decir, entre los cónyuges se es o no se es infiel, se cometió o no cometió adulterio, de ello es que se desprende justamente la dificultad que se menciona.

En todo caso, en el adulterio, y de injustamente la dificultad de que siga manteniéndose este término dentro de la legislación como causal de divorcio, implica que se debe probar la existencia de una relación sexual. Pero se debe considerar que la infidelidad puede entrañar no necesariamente el cometimiento de este tipo de acción. Así se puede ser infiel falta no a varios de los otros compromisos que se atienden dentro del matrimonio, o incluso manteniendo una relación sentimental con otra persona que no es cónyuge sin que medie la relación sexual, en este sentido la legislación se quedaría corta en el concepto de infidelidad y de compromiso que se debe unos cónyuges con otros.

Suarez aporta con otro criterio fundamental dentro de toda esta problemática, por ejemplo expone el hecho de que los cónyuges pueden mantener el vínculo matrimonial pero pueden estar separados, el hecho de esta separación implica un mayor riesgo y posibilidad de que cada uno de ellos pueda mantener relaciones afectivas o sexuales con otro individuo, en este sentido si bien la ley puede establecer un rango de tiempo de separación para considerarlo como causal de divorcio incluso, (en el caso de la legislación ecuatoriana por más de seis meses Art. 110 Código Civil), (Suarez, 2012) puede ser que acontezca un hecho adulterino antes del vencimiento de este plazo. En este sentido cabe la interrogante de como operaria la legislación, el proceso y la prueba en este caso.

Entonces se puede deducir de lo expuesto que el caso del adulterio puede ser probado de dos maneras de manera directa e indirecta. Así en el primer caso sería que se corrobora el de manera explícita la existencia de relaciones sexuales de un cónyuge con otra persona, pruebas que puedan ser en cualquiera de los tipos que se han mencionado con anterioridad. Así por el otro lado, es decirlo frente las pruebas indirectas, son

aquellas que pueden ayudar a reducir la existencia de este hecho sin que implique la concreción de la prueba directa. (Hormachea, 2009, pág. 109)

Las dificultades probatorias en el caso del adulterio van más allá de una comprobación meramente táctica, por ejemplo, en el hecho de la prueba testimonial cuando los testigos son presentados por el cónyuge de la víctima evidentemente puede interpretarse que tendrán un sesgo, así como por otro lado resulta difícil la situación en que un testigo pueda corroborar de manera directa la existencia de este tipo de actos. (Hormachea, 2009, pág. 109)

En este sentido es que para Hormachea, la prueba directa en este tipo de hechos sometidos a un proceso judicial resulta muy difícil de llegar a ser practicada, en tales circunstancias es necesario acudir a las pruebas “coadyuvantes a fin de demostrar la infidelidad del cónyuge culpable.” (Hormachea, 2009, pág. 109). Es necesario precisar que el referido autor menciona el termino infidelidad y no adulterio, puesto que hay que entender que el cometimiento de una infidelidad es o podría ser causa suficiente para la presentación de un divorcio por causal, puesto que el cónyuge que lo comete incumple con alguno de los deberes a los que se ha sometido cuando contrajo matrimonio.

De todo lo mencionado se puede extraer algunas reflexiones, así por ejemplo que para la existencia del adulterio como causal de divorcio deben existir dos presupuestos; uno que es la existencia material del hecho, es decir en mantenimiento de relaciones sexuales por parte de un cónyuge con otro que no lo es. Segundo, que este acto se ha realizado con pleno conocimiento y voluntad por parte de quien lo ejecuta.

Esta confluencia de acciones produce un fundamento jurídico a ese respecto que es el rompimiento de la fidelidad al contrato de matrimonio en el que los cónyuges convinieron en contraer obligaciones mutuas entre sí, así como con el resto de la sociedad. Hay que insistir en que uno de los fundamentos primordiales del matrimonio es el carácter monogámico del mismo y, por lo tanto, este rompimiento del deber de obligación constituye una falta grave, casi insubsanable podría decirse de todo este ámbito.

Con respecto a la prueba dentro del juicio de divorcio es necesario mencionar que en la resolución 0022-2015, del juicio No. 2014-0255, la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia, de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la resolución de un recurso de casación interpuesto sobre un divorcio litigioso por la causal de adulterio en su ratio decidendi realiza una reflexión argumentativa interesante mencionando que;

Sim embargo la lógica y la experiencia dejan claro que, en este caso, esas dos causales no pueden analizarse separadamente una de la otra se refiere al hecho de comprobar el adulterio [...]. De autos palmariante se deduce que la recurrente deja su casa, en procura de condiciones que le permitan ejercer su derecho a la vida digna y libre de violencia, [...].

[...] el demandado convive con otra mujer con quien ha procreado dos hijos, fjs. 48, 50); sino también en las omisiones, toda vez que reiteradamente se incumple los fines de matrimonio cristalizados en el proyecto de vida en común que se fortalece cotidianamente en el marco de la efectividad, los sentimientos y las emociones gestadas y desarrolladas en la interrelación diaria [...]”. (Corte Nacional de Justicia Resolución No. 0022-2015 Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia, 2015)

En el contenido argumental tipo de la sentencia puede evidenciarse la existencia de pruebas coadyuvantes que pueden indicar de manera fehaciente el hecho de que uno de los cónyuges se encuentre cometiendo adulterio. Ello por un lado evidencia la dificultad probatoria de este tipo de acción y que por lo tanto el operador de justicia se ve abocado a la valoración de otro tipo de pruebas para determinar la verdad práctica.

Esto también evidencia, que existen pruebas circunstanciales que no demuestran una relación sexual en si como cometimiento de adulterio, sino que el hecho de que en este caso una persona conviva con una mujer que no escondió permite deducir que cometió adulterio, y ellos se ve cohesionado por la existencia de dos hijos.

Es evidente que ante estos hechos el cónyuge agraviado deba demandar el divorcio por la causal adulterio, cuando perfectamente se ha demostrado que existe un incumplimiento a las obligaciones que el adulterio contrajo cuando celebro el matrimonio, así por lo tanto y sin mayor detalle de entrar en existencia de todos los hechos que se mencionan en el juicio, la infidelidad del adulterio, debería ser causa suficiente para la terminación del matrimonio, es decir, no cabría y a bajo esta figura jurídica el hecho de que se deba probar la existencia de adulterio, es decir, de la relación sexual del cónyuge con otra persona.

Se puede entrever también que la sentencia citada en si una de sus partes argumentativa menciona que:

El Derecho no puede obligar a dos personas a vivir juntas, lo que hace es regular los efectos de la unión o separación. Imponer a una persona a permanecer unida a otra, en contra de su voluntad, anula de manera drástica el ejercicio de sus derechos

constitucionales al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la dignidad en su faceta de autodeterminación y toma de decisiones libres sobre asuntos personales sin injerencias indebidas del estado o los particulares. Por tanto, carece de toda lógica perpetuar el vínculo matrimonial cuando el proyecto de vida de la pareja ha dejado de ser una meta conjunta [...]. (Corte Nacional de Justicia Resolución No. 0022-2015 Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia, 2015)

Asimismo, es necesario mencionar que no toda infidelidad tendrá consecuencias jurídicas, sino solo ciertas conductas que traducen un quebrantamiento calificado del vínculo persistente, en cuanto configuren un franco desprecio del matrimonio que aún subsiste, o los proceder que impliquen una grave desconsideración respecto del que todavía es cónyuge del infractor.

En definitiva, lo que se ha querido demostrar a través de la presentación de esta resolución es que el adulterio constituye una acción difícil de probarse dentro de un proceso judicial en tal razón el operador de justicia realiza una valoración de pruebas indirectas que le conducen a deducir la existencia de este tipo de acto.

Por otro lado, el hecho de que se deba interponer en la prueba la existencia de dos menores fuera del matrimonio, así como el hecho de que el adulterio posea una mujer y familia extramarital, implica una vulneración a los derechos en este caso de la intimidad de ambos de ambas familias, así como también al escudriñamiento de la vida privada del individuo que comete este tipo de actos. Por tal situación y con la finalidad de evitar todas estas situaciones que se ha nombrado es que la infidelidad puede ser un camino jurídico como adopción de causal de terminación de matrimonio no invasivo irrespetuoso los derechos de la intimidad, y otros de las personas.

En el caso de las legislaciones que han adoptado ese tipo de institución jurídica, es suficiente la comprobación del incumplimiento de las obligaciones del contrato de matrimonio para demandar la terminación del mismo.

4.4. El derecho a la intimidad

El diccionario de la Real Academia Española define la intimidad como la “zona espiritual íntima y reservada de una persona, de grupo, especialmente de una familia.” (Real Academia Española, 2017)

Herrán sobre esto derecho y su delimitación jurídica sostiene que;

La intimidad constituye un bien personal muy ligado a la dignidad humana. [...]. El ser humano es social por naturaleza, pero, pese a ello, no deja de sentir la necesidad de realizar una vida interior, ajena a las relaciones que mantiene con otros individuos, y que le permite identificarse como ser humano. Así, la intimidad se asienta también sobre la sustracción de determinadas zonas de la personalidad del individuo al conocimiento ajeno, sino sobre la necesidad de un ámbito de desenvolvimiento interior como instrumento imprescindible para el pleno desarrollo de la libertad individual. (Herrán O., 2012, pág. 19)

Se entiende, por lo tanto, que la intimidad constituye un bien jurídico propio de la naturaleza humana, vinculada con la dignidad, el desarrollo de la personalidad, y uno de los aspectos del derecho a la libertad.

La intimidad, por lo tanto, de un ser humano no solo que puede constituirse en un derecho, sino que constituye una necesidad misma de la vida interior de un ser humano, vida que por su puesto atañe a las convicciones y a la libertad de pensamiento y voluntad de acción que el individuo acoge y ejecuta como su modo de vivir. Es una zona individual ajena a las injerencias externas que puedan intentar obligar o modificar su identidad individual íntima.

Es evidente que la intimidad de un ser humano constituye un aspecto personalísimo propio de su naturaleza al que nadie tiene por qué interferir, puesto que ello involucraría una vulneración de la libertad individual, e incluso de la dignidad humana.

El derecho a la intimidad, por lo tanto, es el reconocimiento que se le ha otorgado a un individuo a través de las legislaciones a la protección de esa zona intangible del ser humano, en este ámbito se menciona que están involucradas los datos de una persona como la religión, la política, la orientación sexual, padecimiento de enfermedades, orientación filosófica, y en fin cuanto aspecto de convicción individual se encuentra dentro de la vida de un individuo, aspectos que además bajo ningún concepto son susceptibles de ser revelados, así como tampoco se puede obligar a que el individuo los deba dejar ver. (Herrán O., 2012, págs. 19, 20)

Herrán sostiene además que el derecho de intimidad se encuentra relacionado con el honor e imagen de un individuo, puesto que lógicamente al invertirse esta zona de las personas, y, sobre todo, salen de lo que la sociedad ha considerado como normal o habitual, el individuo expuesto es sujeto de una tacha colectiva, y por lo tanto desacreditado en su honor. Ello puede dar paso a que la imagen del mismo, entendiéndose

este concepto aquel por el cual es la forma en que la sociedad percibe la condición del individuo sea de manera material, en cuanto físico del mismo, hoy material, en cuanto a los aspectos de su personalidad, convicciones, entre otras cosas. (Herrán O., 2012, pág. 37)

Otro aspecto a ser analizado dentro del ámbito del derecho a la intimidad en su delimitación jurídica es que la misma es concebida dentro de un contexto social, justamente como se señaló anteriormente, y es en este sentido en que la personalidad de un individuo puede verse ajustada o desajustada de esta lógica social. Es decir, el derecho y en la intimidad se encuentra supeditado a lo que la sociedad considera como aspectos o son las privadas y personalísimas de cada individuo mismas que por supuesto no pueden ser invadidas ni vulneradas bajo ninguna circunstancia. En tal sentido, el derecho a la intimidad posee también “un proceso de transformación y reformulación jurídica necesario de garantizar por la normativa de un Estado, en virtud de lo que la sociedad ha considerado como susceptible de ser protegido y no invadido a un ser humano.” (Herrán O., 2012, pág. 20)

De manera universal doctrinariamente podría decirse;

El derecho a la intimidad se encuentra profundamente vinculado a la construcción y evolución de los derechos de la persona. La doctrina se ha puesto de acuerdo en admitir que los derechos de la personalidad nacen en la especial consideración que la condición humana alcance el ordenamiento jurídico; es decir el Derecho nace por y para la persona, que se rige en fundamento y objeto del ordenamiento jurídico, en tanto que los bienes que son propios del individuo y que le defienden como tal ante los demás, se presentan en el ámbito jurídico como un objeto de protección. (Catán, 2002, pág. 5)

Desde esta perspectiva se puede decir que el Derecho, tiene su fundamento en la protección de los bienes jurídicos y derechos de los seres humanos como su fundamental rol dentro del desarrollo evolutivo de la humanidad. Así, por otro lado, estaría el conjunto normativo que, si bien por un lado puede ser atinente también al caso anterior, por sobre todo persigue la protección de los bienes materiales o patrimoniales de los individuos. Catán sostiene que el fundamento del Derecho es la protección de los seres humanos; y que de las normas esta protección de las cosas.

El fundamento del derecho a la intimidad, según García Falconí,

Estaría cimentado en una concepción humanista de procurar aportar parámetros de racionalidad y de protección que se dan dentro de la vida de un individuo en comunidad, el autor sostiene que esta interrelación provoca tensiones, adiciona que si bien el ser humano es por naturaleza un individuo social, existen también una esfera de intangibilidad individual y de familia que no pueden estar sujetas al escudriño público, del resto de las personas, puesto que existe un ámbito relacionado con la dignidad humana, que es el aspecto privado e íntimo de un ser humano en un aspecto individual, cuanto de la familia en un aspecto comunitario. (García Falconí J. , 2011)

Tanto Catán como García Falconí en sus conceptos sobre el derecho de la intimidad concuerdan en que esa que se esfera íntima, personalísima de un individuo, a la que no deben escudriñar ni intervenir ninguna persona, es aquella esfera tan interna del individuo que se encuentra relacionada con la dignidad del mismo puesto que son elementos internos de actuación y convicción que de ser públicos podrían tergiversar o cambiar la lógica social con respecto suyo, por lo tanto existe vulneración del derecho a la intimidad.

4.4.1. Características del derecho a la intimidad.

Dada la importancia que posee este derecho tan personal se encuentra reconocido generalmente en la Constitución de un Estado. Es un tipo de derecho autónomo y del que el más bien se puede derivar otros tanto en su reconocimiento como su vulneración, (García Falconí J. , 2011) así es el caso de que el hecho de que se conozcan ciertos aspectos íntimos de una persona puede conllevar la otra que sea sujeto de discriminación.

El derecho a la intimidad por las características que se han mencionado se encuentra íntimamente relacionado con la dignidad humana, misma que desde todo punto de vista, y prácticamente no existe criterios en contrario, debe ser respetada y reconocida a cualquier individuo independientemente de cualquier condición que pueda padecer (Casado, 2014, pág. 102).

Casado y otros tratadistas como Puentes mencionan que entre las principales características que se pueden establecer al derecho de la intimidad tanto en su aspecto individual como familiar se puede mencionar.

Es un derecho **originario e innato**, es decir, que la persona nace ya con el hilo que hacen las legislaciones es reconocerlo y garantizarlo. Por las características de la individualidad de este derecho es considerado también personalísimo y relativo a la dignidad de las personas

por la naturaleza de ser humano que poseen, en este sentido todo individuo desde la concepción incluso es un ser humano y, por lo tanto, al establecer la relación entre dignidad humana íntima es lógico pensar que este tipo de derechos les corresponde a los seres humanos desde su concepción. (Puentes, pág. 35)

Es un derecho **extra patrimonial**, puesto que no es susceptible de negociación, de comercializarlo o intercambiarlo, como los derechos de créditos. Se relaciona ella también con el derecho a la intimidad no puede ser valorado en dinero. S un derecho intrasmisible e irrenunciable dada que responde a la condición de la dignidad humana. (Puentes, pág. 35)

Inalienable, es decir, no puede ser vendido, dado que como se dijo corresponde a la naturaleza humana y a la dignidad del individuo. (Puentes, pág. 35)

Este carácter de inalienable a su vez expresa de forma tácita que el derecho a la intimidad es irrenunciable, sea de manera voluntaria o involuntaria. Así, por ejemplo, ninguna persona puede renunciar a su derecho a la libertad de pensamiento, o enajenar la misma.

El derecho a la intimidad es considerado como imprescindible de inembargable, está la importancia de este tipo de derecho que ha dejado de ser un tema de discusión doctrinaria y ha sido trasladada a la legislación positiva de los Estados prácticamente de manera universal. Ello a pesar del desarrollo científico y tecnológico que ha experimentado la humanidad, y que más bien en un sentido ha hecho y demandado que el derecho a la intimidad tenga un tratamiento pormenorizado, dada justamente la invasión que se puede dar al mismo tiempo por el aspecto antes mencionado. (Puentes, pág. 36)

4.4.2. Grados del derecho a la intimidad

En los conceptos que se indicó respecto del derecho a la intimidad se evidencio que el mismo puede implicar varios ámbitos de la vida de un individuo, así los ámbitos en que puede evidenciar estos derechos son a decir de algunos autores como Puentes y García Falconí los siguientes:

- **La intimidad personal**

Misma que atañen a la salvaguarda de los aspectos personalísimo de un individuo por sí solo, es decir a los que se encuentran relacionados únicamente con su vida. (Puentes, pág. 37)

García Falconí menciona de una forma pormenorizada los aspectos los aspectos que se encuentran involucrados dentro del derecho a la intimidad personal, el mencionado autor, realizó una clasificación en este sentido indicando que la intimidad de una persona puede estar expresada tanto en un aspecto físico como psicológico.

Así entendido en el primer aspecto el autor menciona que se encuentran los siguientes ámbitos:

A la vida sexual;

A las funciones fisiológicas de excreción, así como de hechos y actos relativos al propio cuerpo, que son tenidos por repugnantes o socialmente inaceptables;

A defectos, anomalías o enfermedades físicas no ostensibles;

A padecimientos físicos intensos; y,

Al parto y a la agonía de un ser humano. (García Falconí J. , 2011)

En cuanto al aspecto o inmaterial, el mismo autor sostiene que varios son los ámbitos en que puede evidenciarse la intimidad de una persona, así entre ellos menciona;

Ideas y creencias religiosas, filosóficas, parapsicológicas y políticas, que el individuo debe sustraer al conocimiento de terceros;

Aspectos concernientes a la vida relacional, amores, simpatías, afectos, etc.;

Momentos penosos o de extremo abatimiento;

Actos de fijación o modificación del estado civil;

Condiciones en las relaciones paterno-filiales;

La vida privada de un individuo no divulgada, en cuanto puede ser motivo de bochornos para este;

En general, todo dato, hecho o actividad personal no conocidas por otros, cuya difusión produzca turbación moral o psíquica del afectado; y,

Comunicaciones escritas u orales de tipo personal; esto es, dirigidas únicamente al conocimiento de varias personas determinadas; y, que tengan como contenido alguno de los puntos expuestos: (García Falconí J. , 2011, pág. 37)

- **La intimidad familiar**

Que como sostiene Casado, “corresponde al secreto y a la privacidad de lo que acontece en el núcleo familiar.” (Casado, 2014, pág. 37)

- **La social**

Aquella atiende a las relaciones que puede tener una persona con el entorno humano que lo rodea. Un ejemplo de ello es las relaciones que acontecen dentro de un ambiente laboral, que, a pesar de tener ciertas restricciones lógicas en este contexto, se mantienen y serán por el propio convivir humano. (Casado, 2014, pág. 37)

4.4.3. Principales ámbitos de la intimidad.

- **Intimidad corporal**

Aquella relacionada con el cuerpo de una persona, en el sentido del derecho se relaciona a la inmunidad que un individuo posee sobre toda indagación o pesquisa que se puede realizar en el cuerpo de un ser humano contra la voluntad del mismo. La inmunidad corporal se encuentra íntimamente relacionada con el pudor y la lógica social que se tiene sobre el mismo. El derecho a la intimidad corporal implica por lo tanto respetar la decisión de una persona en mantener en reserva su confirmación física. (Canosa U., 2006, pág. 119)

- **Intimidad y domicilio**

El domicilio es el lugar en donde se asienta una persona, donde desarrolla su vida tanto individual como en relación con los demás, dentro de una sociedad.

Desde el punto de vista jurídico el domicilio es el sitio en donde un ser humano establece su residencia, y, por lo tanto, desarrollar de extintos tipos de actividades relacionadas con su proyecto de vida y personalidad. En este sentido el domicilio se encuentra ligado al derecho a la intimidad por cuanto es en donde el individuo realiza principalmente su vida privada, tanto personal como familiar. (Canosa U., 2006, pág. 119)

Ossorio, por su parte, menciona que el domicilio de una persona no solo es el ámbito territorial en donde un individuo decide habitar, puesto que el desarrollo de la vida implica la correlación con sus congéneres, de modo que el domicilio es un ámbito esencial de la vida de las personas puesto que es uno de los elementos que le permiten ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones. (Ossorio, 2010, pág. 334)

Sin entrar en un mayor análisis de lo que implica la definición jurídica del domicilio, es necesario insistir en la relación que esta institución jurídica tiene con el derecho a la intimidad que es el lugar en donde se desarrolla la vida interna de la persona, de y su relación y su consideración de que no se pueda vulnerar la morada.

4.4.4. Fundamento normativo del derecho a la intimidad

Es evidente que el derecho a la intimidad es considerado fundamental por los ámbitos que entraña respecto de un ser humano, además que se encuentra relacionado con la dignidad humana, el honor, el buen nombre, la posible discriminación, e incluso la imagen. Es innegable entonces la importancia de este derecho y su protección a través de las distintas jerarquías normativas que se pueden establecer de su favor. De esta manera primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 12 expresa que;

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, ni su familia, ni cualquier entidad, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques.” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

Como podrá apreciarse, el artículo hace referencia algunos aspectos del derecho a la intimidad, entre ellos ratifica y reconoce que este tiene un ámbito interno y externo de la persona, el primer caso en cuanto a su individualidad, en el segundo al aspecto familiar de la misma.

Se puede desprender del contenido de la normativa que la intromisión en la intimidad de una persona constituye un ataque contra este derecho, con la consecuencia que ello produce un descrédito en su honra o en su reputación. Esta mención corrobora lo que anteriormente se mantenía acerca de que hecho da a conocer de manera pública ciertas acciones íntimas de un individuo, así como sus aspectos y materiales, cuando salen de la aceptación axiomática de la sociedad, esta persona puede ser objeto de discriminación por aquello. Así pues, en el caso del adulterio, es evidente que es una práctica de reproche social, y por lo tanto cuando es demandada como causal de divorcio y deben presentarse las pruebas que corroboren y fundamenten esta pretensión, se podría evidenciar el tipo de práctica sexual de una persona, así como el cometimiento de una acción reñida con la moral social, aunque esta puede considerarse como ambigua e hipócrita. Pese a ello no deja de ser el hecho de que se exponga este tipo de acciones con adulterio potenciales posibilidades que se puedan vulnerar el derecho a la intimidad de una persona tanto en su ámbito individual como familiar.

4.4.5. El divorcio por adulterio y el derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad tiene un reconocimiento constitucional y en el bloque de constitucionalidad que reconoce el estado ecuatoriano. Ello evidencia la importancia que este tiene puesto que se relaciona con un aspecto fundamental de la naturaleza humana que es su dignidad. El derecho a la intimidad corresponde a aquel aspecto íntimo que tiene una persona en su aspecto individual o familiar que no permite el conocimiento de extraños de esos aspectos, así como tampoco la divulgación de los mismos.

En la legislación tal todo internacional como nacional es evidente que el derecho a la intimidad tiene una expresión desde el punto de vista individual, propio e inherente a cada persona, y en el aspecto familiar, relacionado con el desarrollo de la vida de un individuo dentro de este núcleo social.

Esta protección que será al derecho a la intimidad en cualquiera de los aspectos que se han mencionado entre sus fundamentos se encuentra el de proteger aquellas acciones y convicciones internas de un individuo, mismas que no deben ser, o que no tienen por qué ser, mejor dicho, conocidas por el resto de personas, por cuanto a ello implicarían un descredito o una posible vulneración de otros derechos como el buen nombre, el honor, el de imagen. Pero por, sobre todo, implicaría la posibilidad de un trato discriminatorio por parte de las demás personas y la sociedad que han conocido aquellos actos íntimos del individuo que lo realizó.

Jazar, explica por qué se ve vinculada la intimidad familiar al derecho individual en este mismo sentido, el autor menciona que la convivencia entre las personas unidas por vínculos afectivos, y consanguíneos genera experiencias y ligues causales entre sí, situaciones que los identifica los unos con otros y que propicia que se originen lazos que los unen, aunque estas personas no busquen esa finalidad. Adicionalmente, el autor menciona que el sexo entre las personas que conforman el núcleo de una familia, es decir, el padre y la madre, en el caso de existencia de un vínculo matrimonial heterosexual lógicamente, estrecha esta relación de afectividad, y por lo tanto en ese contexto se establecen acciones y conocimiento de hechos materiales o inmateriales, relacionados a la parte más interna de los individuos. (Jazar, 2014, pág. 158)

Así entendido, el hecho de que en un matrimonio se establezcan esos vínculos afectivos así que los distintos individuos que lo componen conozcan entre sí aspectos íntimos el uno del otro, así como también mantienen una comunidad de aspectos internos que sólo a ellos atañe.

4.4.6. Familia e intimidad

La familia se constituye en el núcleo de la sociedad, es una institución política, jurídica y social en la que se cimienta la sociedad y a través de la cual el Estado estima la realización de ciertos objetivos como mecanismos de seguridad de las personas.

Es por eso que el Estado a través de las políticas públicas referentes a la protección de esta estructura normativa, establece una serie de medidas referentes a la protección de esta institución jurídica y social. El hecho de que se hayan establecido causales para la terminación del matrimonio tiene finalidad de que los cónyuges justifiquen su voluntad de divorciarse evitando el arbitrio unilateral en este sentido, intentando proteger así la unidad y mantenimiento de la familia. (García G., 2003, pág. 140)

Ahora bien, por otro lado, hay que mencionar que este tipo de conceptos constituyen sin duda a una generación anterior a la actual, en la que el neo constitucionalismo y garantismo constitucional tiene como finalidad el respeto a los derechos de las personas como rol fundamental del Estado. En este sentido es que cabe el cuestionamiento del porque la legislación ha de intentar mantener la unidad de una familia unida por matrimonio cuando la voluntad de los cónyuges a través de sus acciones demuestra todo lo contrario.

Cañal menciona que la intimidad entre los cónyuges posee una gran importancia, y que ello es natural justamente dado el vínculo que existe entre ellos, así explica que durante la trayectoria de esta vida en común se producen crisis conyugales, que de una u otra manera son sorteados por la pareja, y que incluso permite al uno conocer ciertos aspectos íntimos del otro. De ahí se desprende que en estos casos existe un tipo de intimidad más allá de la individual, en este caso es la familiar. (Cañal, 2007, pág. 140)

Por otro lado, García Falconí indica que el artículo 66 numeral 20 de la Constitución del Ecuador reconoce el derecho a la intimidad no solo en su aspecto o individual sino también en el familiar. Es necesario entonces determinar cuál es la concepción jurídica que el estado ecuatoriano posee respecto de la familia.

El artículo 67 de la misma ley manifiesta que “se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan íntegramente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basaran en igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.”

El mismo autor citado indica entonces que los distintos tipos de familia han de ser aquellos como el monoparental, homoparental, especial, en el sentido cuando la familia está compuesta por distintos miembros que no son necesariamente padres, madres e hijos, pero que sin duda todos ellos poseen un factor en común que es el establecimiento de vínculos afectivos, de lazos de consanguinidad o afinidad que pueden tener interés y que los identifica entre ellos. Así este conjunto de vivencias que menciona García Falconí constituye entonces en ciertos aspectos la intimidad de este núcleo social. (García Falconí R. , 2013)

Al ser la familia un grupo de individuos que habitan un hogar implica ello necesariamente que comparten su vida, sus relaciones, sus beneficios, sus crisis, sus conflictos y, por lo tanto, el desenvolvimiento de la vida de las personas de este núcleo estará vinculado a todos estos aspectos que entrañan la intimidad familiar e individual.

García Falconí menciona que este conjunto de axiomas y de hechos en los que se desenvuelve la familia, así como cada uno de sus miembros a más de generales una identidad entre sí, también genera una estimación hacia el exterior, es decir, hace la sociedad, y que, por ello, las acciones que realizan son sujetas a ella, no en el sentido necesario de establecer un juzgamiento, pero sí de valoración moral y ética. (García Falconí R. , 2013)

Así pues, cuando existe alguna desavenencia en alguno de estos aspectos íntimos y ello trasciende a la comunidad las consecuencias pueden ser de discriminación y tacha social.

Finalmente, el mismo autor antes citado menciona que; la familia sin duda alguna es la célula fundamental de la sociedad, y el medio natural y necesario, para la protección de los derechos y el desarrollo integral de sus miembros; por esta razón la familia debe recibir apoyo y protección del Estado Ecuatoriano, para que cada uno de sus integrantes, pueda ejercer plenamente sus derechos, especialmente el de la intimidad personal y familiar y asumir sus obligaciones.

4.5. Discriminación Familiar

La discriminación en el ámbito privado de la familia, se expresa en relaciones asimétricas entre los sexos donde la mujer ocupa un lugar subordinado a la autoridad masculina, en la asignación casi exclusiva a ella para el trabajo doméstico y el cuidado de sus hijos e hijas, en el no reconocimiento de su labor ni en su dimensión económica ni social.

4.6. Constitución de la Republica del Ecuador

Se debe anotar que la ley de 1902 solo admitía como única causa de divorcio el adulterio de la mujer.

La Ley de 1904 implemento el adulterio escandaloso del marido y el hecho de ser uno de los cónyuges, aunque esta no sea causal de divorcio sino una forma especial de divorcio sin causa. En el año 1935 se incrementan a las 12 causales y en 1940, al suprimir el divorcio por consentimiento tácito, pasó a configurar con la separación de tres años.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

18. El derecho al honor y al buen nombre.

20. el derecho a la intimidad personal y familiar.

El Estado mediante su legislación, garantiza y protege los derechos de la familia como núcleo social, protegiendo a las personas más vulnerables, avalando la intimidad personal y familiar.

Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que fortalezcan integralmente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basaran en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio de 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.

De esta manera nuestro Estado, a través de su norma constitucional garantiza a la familia como núcleo de la sociedad, estableciendo para esto determinados vínculos jurídicos y, de hecho, otorgando a cada uno de sus integrantes sus derechos, y deberes, para esto acepta solo el matrimonio entre un hombre y una mujer, con capacidad legal e igualdad de derechos.

Art 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

Las pruebas obtenidas o actuadas con violencia de la Constitución o la Ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

La Constitución de la Republica, como norma suprema absoluta, hace prevalecer sobre las diferentes normas como son los códigos, reglamentos, estatutos, puesto que por sobre nuestra constitución prevalece los tratados internacionales.

4.7. Código Civil

Nuestra legislación lo regula en el Art. 107 del C.C.: “Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse”

Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestaran, por escrito, por si o por medio de procuradores especiales, ante el Juez de lo Civil de domicilio de cualquiera de los cónyuges.

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

El divorcio controvertido, se caracteriza por la falta de acuerdo entre los cónyuges en el sentido deponer termino al matrimonio, encontrándose la voluntad de uno en contienda con la del otro que pretende hacer subsistir el vínculo conyugal, características que determina vitales diferencias entre el divorcio consensual y el contencioso, destacando como principales:

La manifestación de las causas que originan el divorcio, factor característico del divorcio contencioso, causas que en este caso se encuentran especificadas en el Art. 110 del C.C.

Nuestro Código Civil Ecuatoriano, en su Art. 110, especifica con claridad cuáles son las causales de divorcio, mediante las mismas uno de los cónyuges puede plantear un juicio de divorcio, ante los jueces civiles.

Art. 110.- Son causas de divorcio:

1. El adulterio de uno de los cónyuges.
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 cónyuge contra 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 lícitas.
7. La condena ejecutoriada a pena privativa de la 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.

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

En lo que fuere aplicable, las causales previstas en este artículo serán apreciadas y calificadas por el juez, teniendo en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse.

En cuanto a la causal del adulterio y que es objeto la presente investigación, para poder ejercer la acción de divorcio es antiquísima, lo recoge la legislación de casi todos los países, la nuestra concede al cónyuge inocente la posibilidad de divorciarse por esta causa.

La Iglesia Católica define al adulterio como el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos casados o ambas, la gravedad y el porqué de esta causal es que va contra los derechos del otro cónyuge, que se estableció en el contrato matrimonial.

4.8. Derecho Comparado

- **Legislación Colombiana**

El Código Civil Colombiano, en su artículo sexto de la Ley 25 de 1992, que modificó el artículo cuarto de la Ley 1 de 1976, señala los hechos o causales para solicitar y obtener el divorcio.

- ♣ Art. 154. Modificado. L. 1ª/76, art. 4º. Modificado. L. 25/92, art. 6º. Son causales de divorcio: 1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, “(salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado)”

En este sentido, el numeral primero señala “las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges”. A menos que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado.

Se afirma que no se ha querido utilizar el término adulterio o infidelidad, aunque signifique lo mismo que relación sexual, tal vez porque no deja dudas en ningún caso, respecto a las personas que violan la norma, sean hombres o mujeres. Toda relación sexual es un acto de infidelidad, pero no todo acto de infidelidad se traduce en una relación sexual; existe la

infidelidad se traduce en una relación sexual; existe la infidelidad objetiva o moral, que no implica necesariamente relaciones sexuales (Verbel, 1993)

Cabe enfatizar lo que se indicó anteriormente, la expresión utilizada no es “adulterio”, sino “relaciones sexuales extramatrimoniales”, por ser una expresión con un sentido mas amplio. Ahora bien, no se tenía claro en la legislación colombiana, si para la conservación del término “relaciones sexuales” en plural, se exigía para la disolución del vinculo matrimonial que se de a través de una pluralidad de actos con la misma ocasión o necesariamente se requería la relación sexual en diferentes momentos.

En este sentido, la sentencia emitida por la Corte Constitucional Colombiana el 19 de julio de 1989, referente a la expresión en plural de “relaciones sexuales extramatrimoniales” puntualizó, que basta un solo acto de adulterio por parte de cualquiera de los cónyuges (varón o mujer) con un tercero que no sea su consorte para que se configure la causal de divorcio, a mas de ello dicha sentencia aclaró que esta causal también se constituye frente a una relación anormal (lesbianismo, homosexualismo, necrofilia, bestialismo, etc.)

Por otro lado, un punto favorable que debemos destacar de la legislación colombiana frente a nuestra legislación en relación a la causal de “relaciones sexuales extramatrimoniales o adulterio en nuestro caso, es la mención de la honorable Corte Colombiana referente a la infidelidad moral como causa determinante del divorcio, esta manifestó” que la infidelidad moral se configura como causal de divorcio, si “las secuelas de tal conducta afectan la unidad de la vida matrimonial”.

Consecuentemente se puede ver que la Corte Suprema de Justicia en términos generales, afirmó que, en cuanto a las relaciones sexuales extramatrimoniales, no solo se entienden como tales los actos terminados en una relación sexual (la mayoría de las veces difíciles de probar) sino también toda conducta de infidelidad moral que afecte significativamente el lazo emocional, ambiente fraterno, respeto, entre otros; dentro de la convivencia del vínculo matrimonial.

Finalmente, con el pasar del tiempo se fue haciendo precisiones sobre el tema y se define la infidelidad desde dos ámbitos, el material y el moral. Así, la infidelidad material es aquella que consuma en otro acto sexual, es decir se materializa en adulterio, mientras que la moral es aquella en donde no se llega a concretar el acto o no se logra obtener la prueba directa del mismo por la dificultad que representa.

Con lo anterior podemos resumir que la legislación colombiana tiene una connotación especial, pues para demostrar la infidelidad material o moral son admisibles entre otras las siguientes pruebas: cartas románticas, correos, fotografías en donde se identifique al cónyuge demandado con el tercero involucrado o en su defecto fotografías con dedicatorias sugerentes al trato sexual, videos íntimos obtenidos de forma legal, grabaciones de voz, mensajes de texto, registros bancarios, registros en línea, registros de hoteles y cualquier otro registro que aporte prueba de adulterio, así también la partida de nacimiento del hijo adulterino o bautizo, etc. que a diferencia de nuestra legislación no son consideradas como pruebas validas admisibles en la actualidad para demostrar esta causal.

Por último, la legislación colombiana señala que se puede alegar esta causal dentro del término de un año contado a partir del momento que se tuvo conocimiento de la infidelidad.

- **Legislación peruana**

El adulterio en el caso peruano se registró con la promulgación del Código Civil 1852 en su artículo 192 donde señala, trece causas por las cuales se podía obtener la separación. La primera de ellos “el adulterio de la mujer”, dejando claro que solo la mujer podía cometer adulterio, un claro ejemplo de la posición dominante de la época. En el caso del marido, se podía invocar la disolución del vínculo, si ella violaba la estipulado en la segunda causa que indicaba el “concubinato o incontinencia pública del marido” (Quevedo, 2015)

El Código Civil de 1936 se guiaba por la tendencia divorcista, ajena a la voluntad de quienes lo elaboraron, pero presente por imposición del Ejecutivo de la época. La noción de que solo la mujer podía cometer adulterio cambio, por lo que el artículo 247 primer párrafo indico “el adulterio” como una causa de divorcio donde se nos especifica quien, como ocurrió con el predecesor, lo que demuestra que el adulterio se podría cometer por ambos cónyuges; en otras palabras, sea el hombre o la mujer (Quevedo, 2015)

Por su parte, el Código Civil de 1984, quien rige en la actualidad, no introdujo cambios esenciales respecto al adulterio; de hecho, el legislador no ha definido como tal el concepto de adulterio, por lo que resulta habitual remitirse a lo que dispone la Doctrina y Jurisprudencia referente a esta materia, en el código vigente el adulterio esta regulado en el artículo 333, numeral 1, que anuncia “Artículo 333.- Causales: Son causas de separación de cuerpos: 1. El adulterio”

Dentro de los criterios para probar la causal de adulterio en el Perú, en principio, el comportamiento realizado por el adulterio tiene que cumplir con dos elementos fundamentales, un objetivo o material y otro subjetivo o intencional. Es decir, el objetivo material hace referencia a la consumación misma del acto sexual del cónyuge con una persona distinta a su consorte, por otra parte, el elemento subjetivo o intencional se refiere a la voluntad de realizar este acto. En este sentido, la causal de adulterio se fundamenta en la violación de fidelidad, requiriéndose necesariamente la existencia de la cópula sexual, consecuente de ahí que la simple tentativa de adulterio resulta insuficiente para que se produzca la disolución del vínculo matrimonial, por ende, no se constituye por si sola como causal de divorcio.

Consecuentemente, es necesario probar las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges con una tercera persona ajena al vínculo matrimonial para que no se configure la causal de adulterio, lo que resulta difícil y bastante complicado demostrar. Tomando en cuenta el grado de dificultad que representa el método directo para llegar a demostrar esta causal, la legislación peruana admite medios de convicción indirectos, como es el caso de la partida de nacimiento de un hijo extramatrimonial del cónyuge, concebido y nacido fuera del matrimonio, con el fin de demostrar la conducta infiel.

La diferencia más saltante en relación a nuestra legislación, es que la legislación peruana hace referencia a la caducidad de la acción más no a la prescripción de la misma, como se establece en nuestro código civil en el artículo 124 (la acción de divorcio por adulterio prescribe en el plazo de un año, transcurrido desde el conocimiento del hecho por parte del cónyuge ofendido); el Código Civil Peruano señala que la acción de divorcio por la causal de adulterio establecida en el artículo 333 inciso primero, caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge ofendido y en todo caso a los 5 años de producida.

Finalmente, la caducidad es el medio por el cual se existe tanto el derecho como la acción por el transcurso de un tiempo determinado en la ley, en razón de la inacción de su titular.

- **Legislación Boliviana**

El Código de Familia Boliviano, en su artículo 130 establece: El divorcio puede ser demandado por las siguientes causales “por adulterio o relación homosexual de cualquiera de los cónyuges” (Boliviano, 1972)

A diferencia de nuestra legislación, es imprescindible enfatizar que la legislación boliviana enmarca en un solo artículo la causal de adulterio y la relación homosexual. Por su parte el adulterio presupone el acceso carnal del cónyuge con una tercera persona distinta a la de su vínculo matrimonial, mientras que la relación homosexual implica una relación entre el casado con una persona del mismo sexo.

Sin embargo, en esta legislación como en la legislación peruana no se ha definido un concepto exacto de adulterio por parte del legislador, recurriendo así a la Doctrina y Jurisprudencia en relación a este tema.

Por otro lado, lamentablemente en esta legislación los medios probatorios se ven sumamente restringidos, debido a que no se le otorga la debida seguridad jurídica al ofendido por la misma naturaleza del adulterio, por ello, el adulterio en la mayoría de los casos puede resultar una causal inverosímil de probar, ya que para ello se tiene que demostrar fehacientemente el acto sexual cometido por el cónyuge; dado que en la mayoría de los casos de las relaciones sexuales se realizan en forma clandestina, consecuentemente el cometimiento del mismo es bastante difícil demostrar, llegando solo de forma indirecta, resultando así, que el ofendido si incline a demandar el divorcio por otra causal de adulterio en donde los medios probatorios sean más factibles y viables.

Bajo esta premisa, es evidente que la legislación Boliviana al igual que la nuestra existe una seria complejidad en la obtención de pruebas que demuestren la configuración del adulterio de uno de los cónyuges, primero porque el acto se da en la intimidad, lo que resulta casi imposible demostrar a través de prueba directa, pues no solo resulta suficiente el acto sexual sino también es necesario que exista coito, bajo estas circunstancias es necesario tomar en cuenta que las pruebas que se obtengan para demostrar fehacientemente el hecho, tienen que ser obtenidas de forma meticulosa y legal, pues; las mismas podrían ser declaradas ilegales por haber sido obtenidas de forma contraria a la ley y a su vez el demandado tomando en cuenta las mismas pruebas dentro del proceso civil puede acatarse a una acción legal en contra del demandante por daños y perjuicios hacia su persona.

Por otra parte, las causales de divorcio especificadas en el artículo 130 del Código de Familia Boliviano, pueden ser probadas por todos los medios legales, así como moralmente legítimos, sin embargo, esto no sucede cuando se trata de probar la veracidad de los hechos y acciones en que se basa específicamente la causal de divorcio por “Adulterio” dado el hecho de que no se encuentran definidos los medios probatorios válidos de una manera específica

dentro del Código de Familia para que la causa de adulterio se admita como prueba suficiente y sea más viable demostrar esta causal.

Finalmente, dado que el adulterio es una falta a la fidelidad conyugal que se configura al sostener relaciones sexuales con una persona distinta a su cónyuge, se considera a la prueba directa como casi imposible de probar, consecuentemente lo único que se logra en muchos casos son presunciones graves cuya calificación queda al arbitrio de la sana crítica del juzgador, además debemos tomar en cuenta que tanto doctrinalmente como por su definición, el adulterio todavía en algunas legislaciones se castiga penalmente a diferencia de otras que ha pasado de ser castigado penalmente a ser una simple causal de divorcio.

Por último, la legislación boliviana fija el plazo de caducidad de la causal de adulterio de 6 meses contado desde que el cónyuge ofendido conoció el hecho y en todo caso 5 años de producido el adulterio.

5. Metodología

5.1. Materiales Utilizados

Entre los materiales empleados para el desarrollo del presente trabajo de investigación, los mismos que ayudaron para cumplir con los objetivos propuestos en este trabajo de grado, recogiendo fuentes bibliográficas tenemos: Obras jurídicas, Leyes, Manuales, Diccionarios, Revistas jurídicas, Obras Científicas, y Páginas Web, de los organismos de diversos Estados, todos citados de manera correcta y que forman partes de las fuentes bibliográficas de mi trabajo de integración curricular.

Así también se utilizó otros materiales como: artículos de oficina, herramientas informáticas, conexión a internet, un ordenador portátil, teléfono celular, impresora, USB, hojas de papel bond, copias, los cuales fueron de mucha utilidad en la dirección y desarrollo del presente trabajo de integración curricular

5.2. Métodos

Los métodos son el conjunto de procesos que permiten el desarrollo y ejecución del presente trabajo de investigación, entre los métodos que permitieron indagar sobre el problema socio – jurídico planteado, tenemos:

Método Inductivo: es un método de razonamiento en la investigación científica por el cual se toman en cuenta las particularidades de un fenómeno para llegar a conclusiones generales que ocasionan y explican el mismo.

Método Analítico: en este método se distinguen los elementos de un fenómeno y se produce a examinar ordenadamente cada uno de los elementos que lo componen, pero de manera separada los unos de los otros.

Método Exegético: en el presente caso se ha buscado interpretar y analizar el sentido de la norma jurídica al instituir al adulterio como causal de divorcio. Así mismo ha indagado sobre como la normativa supranacional a través de sus textos, busca la protección y garantía del derecho a la intimidad individual y familiar de los seres humanos, por el carácter privado y personalísimo que este posee.

Método Científico: es un proceso destinado a explicar fenómenos, establecer relaciones entre los hechos y enunciar leyes que expliquen los fenómenos físicos del mundo y permitan obtener, con estos conocimientos, aplicaciones útiles al hombre. Se lo utilizó a lo largo del desarrollo de la investigación, en cuanto a la obtención de información científica y comprobada, de importancia para el presente estudio.

Método Dialectico: fue muy importante su aplicación ya que permitió partir de una realidad objetiva y a través del análisis, con el fin de resolver un de problema de realidad social.

Método Comparativo: fue utilizado en el campo investigativo, ya que permitió realizar análisis y juicios comparativos para determinar su importancia y validez, especialmente en el estudio comparativo de varios artículos del Código de Procedimiento Penal anterior al vigente y códigos con otros países.

Método Descriptivo: a través del presente método se pudo describir la utilización de los diversos contratos existentes en la acción jurídica.

Método Estadístico: permitió sacar datos estadísticos para cualificar y cuantificar la investigación.

5.3. Técnicas

Encuesta: Se conforma por un cuestionario que contiene preguntas y opciones de respuesta diseñada para reunir datos y conocer el criterio de 30 profesionales del derecho quienes tienen conocimiento sobre la problemática planteada.

Entrevista: Consiste en un diálogo entre el entrevistador y el entrevistado sobre aspectos puntuales de la problemática de estudio, en este caso se aplicó a 5 profesionales especializados y conocedores de la problemática.

5.4. Observación documental

Las técnicas de investigación documental, centran su principal función en los procedimientos que conllevan el uso óptimo y racional de los recursos bibliográficos y documentales. En el desarrollo de este trabajo se utilizó estas técnicas para hacer el estudio de casos, que se han presentado en la sociedad en lo que concierne al divorcio por adulterio.

También se cuenta con datos estadísticos que sirven para la demostración y fundamentación del presente trabajo en lo relacionado con el problema establecido.

De los resultados de la investigación expuestos en tablas, gráficos y en forma discursiva con deducciones, como las interpretaciones de las cuales se derivan análisis y criterios, tiene como finalidad estructurar el marco teórico y verificación de objetivos, así también permitirá desarrollar las conclusiones y recomendaciones para la resolución del problema antes expuesto.

6. Resultados

6.1. Resultados de las Encuestas

La presente técnica de encuestas se procedió a aplicar a profesionales del Derecho de Loja; con una muestra de 30 Abogados; en un formato comprendido por cinco preguntas, de las cuales se obtuvo los resultados que se detallan a continuación:

Primera Pregunta: ¿Considera usted que la prueba para justificar la causal de divorcio por adulterio vulnera el derecho a la intimidad?

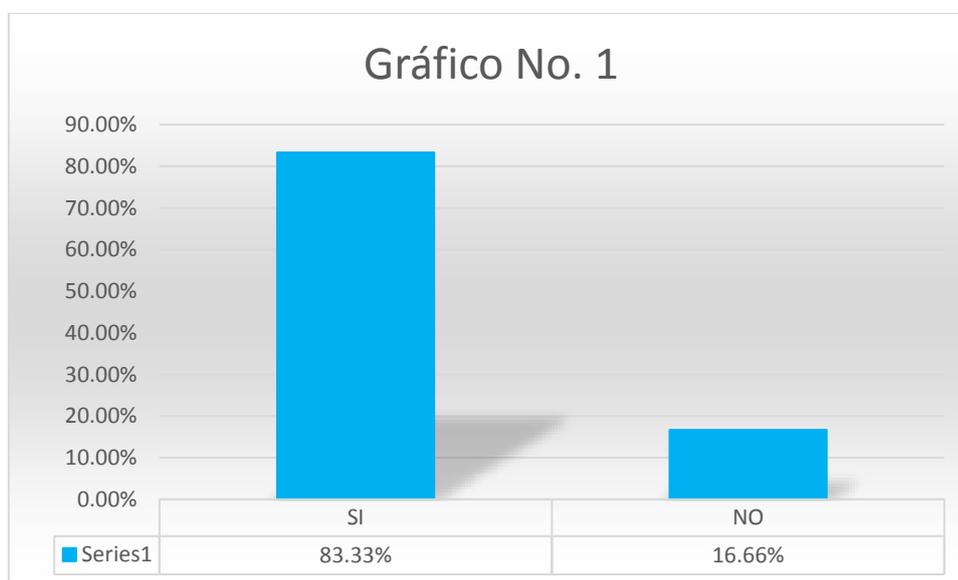
Tabla Nro 1. Cuadro estadístico

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	25	83.33%
No	5	16.67
Total	30	100%

Fuente: Abogados de Loja.

Autor: Maribel del Cisne Oviedo Garzón

Figura Nro 1. Representación Gráfica



Fuente: Abogados de Loja.

Autor: Maribel del Cisne Oviedo Garzón

Interpretación: En la presente interrogante, 25 de los encuestados que representa el 83.33% de la muestra, consideran que el adulterio al efectuarse en la intimidad conlleva una dificultad en probar la existencia del acto sexual, mientras que 5 personas que corresponden al 16.67%

de quienes fueron encuestados señalo que no existe una dificultad probatoria. Se puede señalar que el acto sexual al efectuarse con todas las medidas de cuidado correspondientes y en la intimidad de los involucrados conlleva una dificultad en su probanza.

Esto además puede relacionarse con el hecho de que las personas consideran importante que todo este tipo de información debe ser protegida y salvaguardada del conocimiento de terceros, justamente en precautelar el derecho a la intimidad en todos sus aspectos y ámbitos.

Análisis: Considero que al momento de cometer adulterio uno de los cónyuges constituye una dificultad en poder probar dicho cometimiento de infidelidad ya que en un proceso judicial se aceptan dichas pruebas se estaría vulnerando el derecho a la intimidad.

Segunda Pregunta: ¿Cree usted que en la valoración de la prueba para determinar el adulterio a fin de que se considere como una causal de divorcio da lugar a la discriminación familiar?

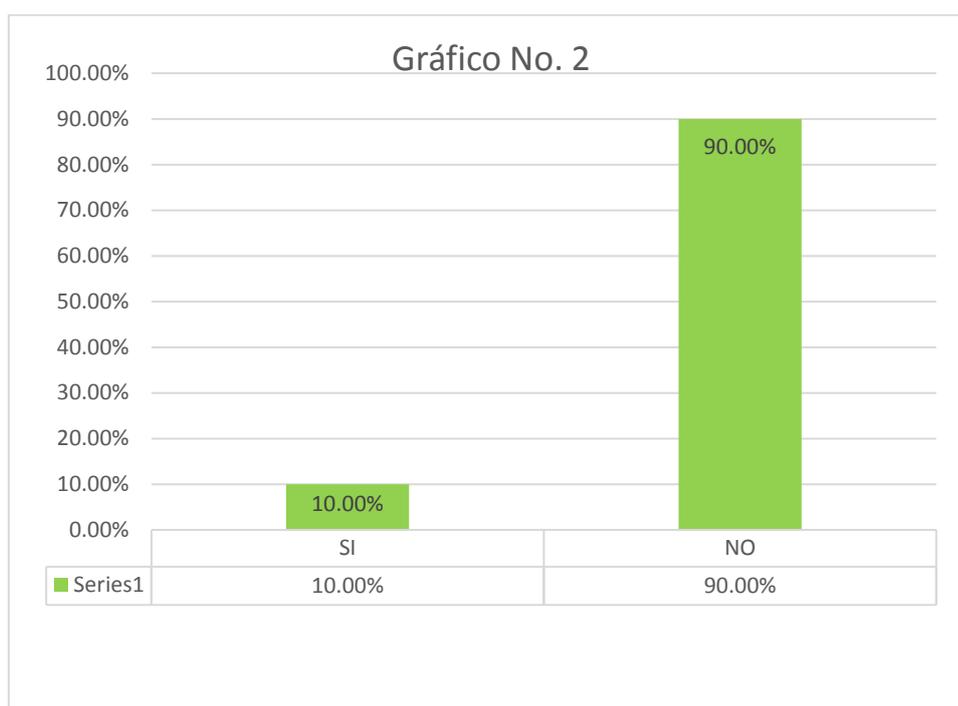
Tabla Nro 2. Cuadro estadístico

Indicadores	Variable	porcentaje
Si	3	10%
No	27	90%
Total	30	100%

Fuente: Abogados de Loja.

Autor: Maribel del Cisne Oviedo Garzón

Figura Nro 2. Representación Grafica



Fuente: Abogados de Loja.

Autor: Maribel del Cisne Oviedo Garzón

Interpretación: Los encuestados manifestaron en un 90% que no es eficaz y no da lugar a la discriminación familiar, en cambio 10% señalo que si es causal eficaz. Al analizar los resultados se determina que la valoración de la prueba no da lugar a la discriminación familiar y es poco eficaz. Cabe mencionar que los abogados al realizarles las encuestas me supieron indicar que consideran la causal de adulterio poco eficaz por la dificultad probatoria que conlleva.

Análisis: Considero que el cometimiento del adulterio de lugar a la discriminación familiar porque al ventilarse en un proceso judicial civil todas las personas que requieran del mismo pueden tener acceso sin ninguna restricción, motivo por el cual se podría generar algún tipo de exclusión o un trato desventajoso para los miembros de dicha familia, alegando el mal accionar de uno de los cónyuges.

Tercera Pregunta: ¿Considera usted que para el juzgador al momento de aceptar la prueba en las personas de divorcio por adulterio vulnera el derecho a la intimidad?

Tabla Nro 3. Cuadro estadístico

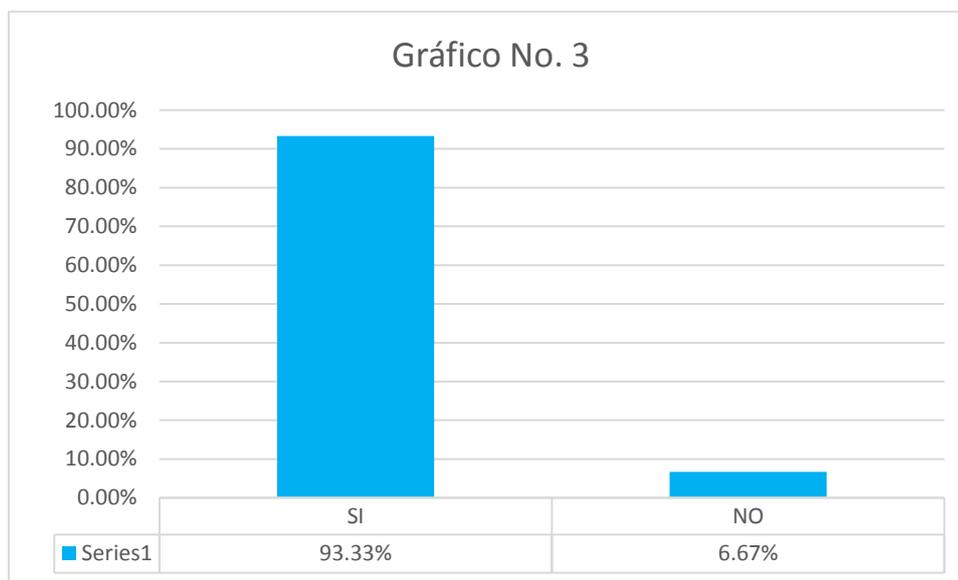
Indicadores	Variable	porcentaje
Si	28	93.33%

No	2	6.67%
Total	30	100%

Fuente: Abogados de Loja.

Autor: Maribel del Cisne Oviedo Garzón

Figura Nro 3. Representación Grafica



Fuente: Abogados de Loja.

Autor: Maribel del Cisne Oviedo Garzón

Interpretación: Los encuestados manifestaron en un 93.33% que el Juez al momento de aceptar la prueba dentro de dicha causal de divorcio está vulnerando el derecho a la intimidad amparado en la Constitución de la Republica, en cambio un 6.67% señaló que se utiliza con regularidad, se observó que el adulterio no es una causal utilizada por la mayoría de profesionales.

Análisis: Estimo que si se vulnera el derecho a la intimidad cuando el juzgador acepta algún tipo de prueba para comprobar el adulterio, puesto que juez tendría que valorar y demostrar que hubo dicha infidelidad teniendo que receptor los testimonios de los cónyuges, quienes tendrían que declarar inclusive cosas intimas de su relación conyugal.

Cuarta Pregunta: ¿Está usted de acuerdo que al ser una causal de adulterio el cometimiento de relaciones sexuales con otra persona diferente a su cónyuge, esta causal hace referencia a la vida sexual de las personas?

Tabla Nro 4. Cuadro estadístico

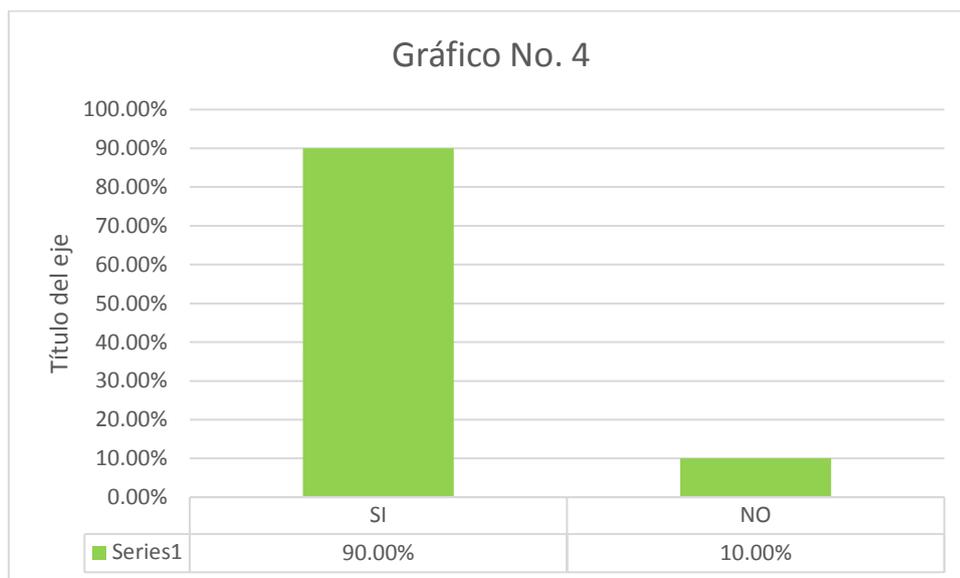
Indicadores	Variable	porcentaje
-------------	----------	------------

Si	27	90%
No	3	10%
Total	30	100%

Fuente: Abogados de Loja.

Autor: Maribel del Cisne Oviedo Garzón

Figura Nro 4. Representación Grafica



Fuente: Abogados de Loja.

Autor: Maribel del Cisne Oviedo Garzón

Interpretación: En la presente pregunta, 27 de los encuestados que integran el 90% de la muestra, señalan que el adulterio a consistir en el acceso carnal de uno de los cónyuges hace referencia a la vida sexual de las personas el cual forma parte del derecho a la intimidad, mientras que 3 personas que constituye el 10% indicaron que el derecho a la intimidad y la causal de adulterio no se encuentran relacionadas.

Análisis: Evidentemente al tratarse de un adulterio como su nombre lo indica se refiere a la unión sexual de dos personas, cometiendo de esta manera infidelidad, por lo tanto, es indiscutible que se está haciendo referencia a la vida sexual de las personas involucradas la misma que es íntima, consecuentemente existe la transgresión de un derecho constitucional.

Quinta Pregunta: ¿Usted cree que es necesario que se incorpore una reforma al Código Civil en el Art. 110 donde se elimine la causal de adulterio en el divorcio controvertido?

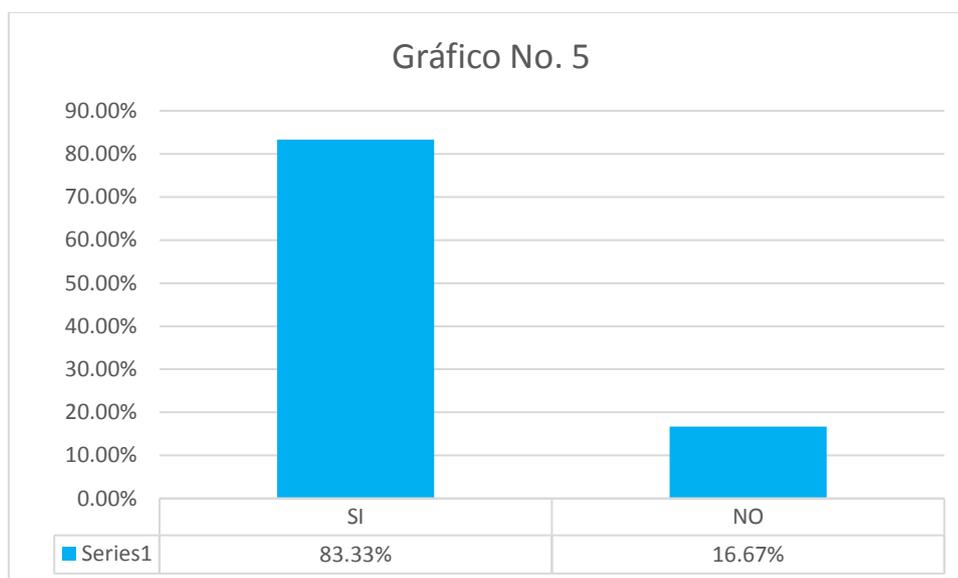
Tabla Nro 5. Cuadro estadístico

Indicadores	Variable	porcentaje
Si	25	83.33%
No	5	16.67%
Total	30	100%

Fuente: Abogados de Loja.

Autor: Maribel del Cisne Oviedo Garzón

Figura Nro 5. Representación Grafica



Fuente: Abogados de Loja.

Autor: Maribel del Cisne Oviedo Garzón

Interpretación: En la presente pregunta, 25 de los encuestados que integran el 83.33% de la muestra, señalan que si se debe implementar una reforma al Código Civil por considerarla más amplia en su concepto y por lo tanto el hecho de permitir proteger de mejor manera los derechos de las personas, sería la razón en la que se fundamentaría el hecho de implementar la reforma a nuestro Código Civil, mientras que 5 personas que constituyen el 16.67% de la muestra opinan que no se debería implementar dicha reforma ya que la infidelidad es un elemento que causa el rompimiento de las parejas y que es necesario que sea una causal de divorcio

Análisis: Considero que si se debe reformar la legislación civil ecuatoriana, esto en razón de que es muy complicado para las partes involucradas demostrar el cometimiento del adulterio sin violar el derecho a la intimidad, claramente un juzgador es competente de conocer a fondo una situación que se encuentra en controversia para de esta manera poder resolver, sin embargo

la Constitución de la República ampara a las personas además de la intimidad, la libertad sexual, es así que, resultaría una contradicción el exigir que se pruebe la infidelidad por parte de uno de los cónyuges y al mismo tiempo garantizar la intimidad de los mismos.

6.2. Resultados de las entrevistas

La técnica de entrevista fue aplicada a 5 profesionales del Derecho, entre ellos los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia; con los resultados obtenidos se procede a realizar las siguientes preguntas.

A la primera pregunta: ¿Está usted de acuerdo que debería mantenerse dentro de la legislación civil ecuatoriana al adulterio como una causal de divorcio controvertido, pese las implicaciones y consecuencias que podría causar el comprobar esta acción?

Respuestas:

Primer entrevistado: Si, porque existe una vulneración del derecho de intimidad individual y familiar por el hecho de considerar del adulterio una causal de divorcio, así como establecer su necesidad probatoria dentro de un proceso judicial, y menciona la necesidad de mantenerlo como causal de divorcio.

Segundo entrevistado: Ello podría entenderse desde varias perspectivas, pero a mi entender principalmente a la relativa a la idiosincrasia, la cultura y la postura axiológica de la sociedad respecto del matrimonio y de la exclusividad sexual que este implica, así como de su lógica sacramental que puede implicar.

Tercer entrevistado: Si, porque es claro que con esta causal de divorcio se vulnera un derecho constitucional que el estado debe garantizar como es el derecho a la intimidad, puesto que se ventila abiertamente el ambiente privado de la pareja, por lo que es evidente que se debe comprobar dicho adulterio, poniendo en una situación complicada al cónyuge que cometió la infidelidad.

Cuarto entrevistado: Si, debido a que dicha causal si perjudica directamente el matrimonio y por lo cual provoca daños a la persona que se ve afectada.

Quinto entrevistado: Si, como es de conocimiento el adulterio en nuestra legislación como causal de divorcio no se encuentra contemplado, pero definitivamente lo consideraría como una causal de divorcio pese a las implicaciones que este pueda causar, debidamente va tener un efecto significativo dentro del divorcio.

A la segunda pregunta: Considerando el acto sexual como único hecho por el cual se ha solicitado la causal de adulterio. ¿Cree usted que las pruebas directas practicadas en audiencia en el intento de demostrar el acceso carnal de uno de los cónyuges con un tercero dejarían en descubierto uno de los aspectos íntimos de toda persona como su vida sexual?

Primer entrevistado: Al ser el acto sexual el único hecho por el cual se sigue la causal de adulterio y al ser una causal para su comprobación se necesita demostrar el acceso carnal de uno de los cónyuges con un tercero las pruebas al realizarse en audiencia dejarían en descubierto la vida íntima de los involucrados, y por ende se vulnera el derecho a la intimidad, y por ende se vulnera el derecho a la intimidad.

Segundo entrevistado: Si bien la persona afectada podría tener consecuencias en muchos ámbitos en su vida cotidiana incluso en lo psicológico, considero que al ser causal si debe comprobarse para así poder proceder con el divorcio.

Tercer entrevistado: Considero que para obtener un medio probatorio si sería efectivo, algún otro tipo de método (grabaciones, declaraciones de testigos), debido a que el acceso carnal solo queda en la intimidad de las dos personas algo que rotundamente no se va a poder comprobar de manera directa, a menos de que uno de los dos lo verifique.

Cuarto entrevistado: No, porque tomando en cuenta los tres tipos de pruebas que rigen dentro de la normativa bastarían pruebas testimoniales o documentales tales como as fotos en las que no necesariamente se vería involucrada la vida sexual o una documentación del acto en sí.

Quinto entrevistado: Si, porque al tratarse del adulterio como la misma causal lo dice, se debe demostrar que ha existido contacto sexual entre uno de los cónyuges con una persona que no sea su pareja, por lo tanto, se revelarían asuntos muy personales.

A la tercera pregunta: ¿Considera usted que al ser acto sexual único hecho por el cual se solicita la causal de adulterio, las pruebas que se presentan en audiencia, vulnerarían el derecho a la intimidad establecido en la Constitución de la Republica del Ecuador?

Primer entrevistado: Si, se considera que las pruebas presentadas en audiencia en el intento de demostrar que el cónyuge mantuvo relaciones sexuales con un tercera vulneran el derecho a la intimidad.

Segundo entrevistado: las pruebas que se presenten en la causal de adulterio al referirse sobre la relación sexual del cónyuge con un tercero y en el intento de probar que se realizó tal acto, se dejaría en descubierto la vida sexual de las personas, vulnerando de esta manera el derecho a la intimidad establecido en la Constitución de la Republica del Ecuador.

Tercer entrevistado: Considero que, si se vulnera el derecho a la intimidad tanto de la persona que ha cometido el adulterio como de la tercera persona en cuestión, por lo que debería existir otra alternativa para poder probar dicho adulterio.

Cuarto entrevistado: El derecho a la intimidad en nuestra Constitución de la Republica de Ecuador, menciona el ser humano tiene la facultad de excluir o negar a las demás personas del conocimiento de ciertos aspectos de su vida que son de su exclusiva incumbencia, lo está dejando al libre albedrio de la persona.

Quinto entrevistado: Efectivamente se estaría vulnerando la intimidad personal pues los medios probatorios que se utilizarían deberían demostrar que en realidad existió un acto sexual con un tercero fuera del matrimonio para lo cual una de las partes debería detallar los hechos poniendo en evidencia también la identidad de la persona con la que cometió el acto.

A la cuarta pregunta: ¿Considera usted que en el proceso de comprobación de la causal de adulterio se vería afectado psicológicamente el individuo y su familia?

Primer entrevistado: Si, en el intento de probar el adulterio al presentar las diferentes pruebas, se vería afectado psicológicamente el individuo y su familia.

Segundo entrevistado: Se considera que al demostrar que se cometió la causal de adulterio se vería afectado psicológicamente el individuo al referirse de un tema tan íntimo como es su vida sexual y su familia por el hecho que el acto del adulterio se produjo mientras llevaba una relación familiar.

Tercer entrevistado: Considero que si se expone a la persona y su derecho a la intimidad y libertad sexual.

Cuarto entrevistado: En definitiva, si hay hijos, de alguna u otra manera afectaría esto, pues se estaría alterando su estilo de vida, en el ámbito estudiantil, social, y en el entorno familiar.

Quinto entrevistado: El individuo se debe considerar que es una persona mayor de edad capaz de discernir los actos que realiza, sin embargo, los menores de edad si podrían llegar a resultar afectados en caso de que sean tomados en cuenta dentro del proceso como testigos.

A la quinta pregunta: ¿Está usted de acuerdo que la causal de adulterio en un proceso de divorcio conlleva una dificultad probatoria al ser un acto efectuado en la intimidad?

Primer entrevistado: Si, se considera que el adulterio al efectuarse en la intimidad conlleva una dificultad en probar la existencia del acto sexual.

Segundo entrevistado: Señalo que no existe una dificultad probatoria, al efectuarse con todas las medidas de cuidado correspondientes y en la intimidad de los involucrados conlleva una dificultad en su probanza.

Tercer entrevistado: Considero que es una causal muy controvertida por lo que implica, pues generalmente se debe de enfrentar al derecho a la intimidad que posee tanto a la persona que se encuentra en el matrimonio como el tercero.

Cuarto entrevistado: No, como lo mencione hay muchas maneras de probar el adulterio, mediante documentos, testigos, o pruebas periciales.

Quinto entrevistado: Si debido a que no es fácil de demostrar ya que al tratarse de un acto íntimo las partes deberían entrar en detalles respecto de su intimidad.

Comentario de la autora: Es evidente que existe un criterio coincidente en determinar que la práctica de la prueba en los procesos de divorcio por causal de adulterio existiría una vulneración en los derechos de las personas implicadas especialmente en el de la intimidad, llegando incluso al ámbito familiar.

Si bien la ley expresa en su contenido esta causal de divorcio, así como la sustanciación a través de un procedimiento que determina el COGEP, aun se insiste en la pertinencia de que exista esta causal en la legislación, pese a la dificultad que entraña en probarse, así como también al grado de afectación que puede llegar a tener cuando esto sucede.

Por otro lado, es evidente que el cometimiento del adulterio consiste en la práctica de mantener relaciones sexuales una persona que se encuentra unida por vínculo matrimonial con otra persona que no lo es. Es evidente entonces que, dentro de un proceso de causal de adulterio para conseguir el divorcio, se debe probar la existencia de este tipo de relaciones, ello evidentemente constituye una vulneración al derecho a la intimidad de un individuo, pues doctrinariamente dentro de este derecho se considera la práctica y orientación sexual incluso como uno de los parámetros de protección, así como el núcleo duro del derecho.

Es importante también destacar que los entrevistados establecen una relación entre el cometimiento de adulterio con una falta de fidelidad, en el sentido de incumplimiento de los compromisos que adquiere un individuo cuando decide en unirse con una persona a través del matrimonio.

Esta percepción evidenciara que el adulterio no solo implica un frío hecho fáctico de mantenimiento de relaciones sexuales con otra persona que no es su esposo o esposa, sino que implica una falta de honestidad con los compromisos que se adquirió. Y es justamente en este sentido en que legislaciones como la mexicana, colombiana y española por ejemplo, han establecido el divorcio sin expresión de causal como viable para dar lugar al divorcio, así como también en otras legislaciones se ha incorporado la causal de infidelidad para dar paso al divorcio, causal que no solo implica el mantenimiento de relaciones sexuales con una persona distinta a su cónyuge, sino que implica un ámbito mucho más amplio, que es el hecho de que un cónyuge incumpla con cualquiera de los compromisos que ha adquirido cuando contrajo matrimonio.

Estas prerrogativas que se mencionan, sin duda a criterio de la autora, evidencian un desarrollo del derecho, una compatibilización del mismo con la realidad y necesidad social, y por sobre todo el establecimiento de una coherencia de respetar los derechos de las personas.

6.3. Estudio de Casos

El presente estudio de casos se desarrolla con jurisprudencias buscadas en Gacetas Judiciales, considerando sus contenidos para ser analizados, expuestos e interpretados en el siguiente estudio jurídico.

Juicio No. 152-2012SDP

Identificación de la causa Juicio: No. 152-2012SDP

Resolución No. 257-2012 Corte Nacional de Justicia, Sala especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia. Juez ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo Fecha de publicación: 21 de agosto de 2012

Antecedentes del caso: Se recibe recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia dictada por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, contentiva de la demanda de divorcio incoada por las partes.

Fundamentación jurídica del recurso:

Artículo 76.7, literal 1 de la Constitución Nacional, Artículo 124, inciso primero del código Civil, Artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil, Artículo 9, inciso 1 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, Artículo 3 de la Ley de Casación.

Impugnaciones presentadas: Falta de motivación, sin razonamiento lógico jurídico de las pruebas presentadas, valorando únicamente las pruebas testimoniales presentadas por la actora. Falta de valoración y oportunidad de presentación de la prueba. El demandado alega que el tribunal otorga un valor probatorio que la Ley niega, o no le otorgó valor a las que la ley si le aporta. Parcialidad en la valoración de pruebas hacia la parte actora y desestimadas las pruebas testimoniales de la parte demandada.

Argumentos de la Corte: La motivación es un recurso formalista, riguroso, restrictivo de alta técnica jurídica, la cual debe contener los requisitos legales de forma coherente y compatible, por lo que se rechazan los cargos por falta de procedencia. La parte demandada alega que el juzgador de segunda instancia realiza una valoración errada de las pruebas, pretendiendo que Casación valore nuevamente, lo que constituye una actividad exclusiva de los juzgados de instancia, quienes adoptarán las reglas de la crítica racional, las cuales no constituyen derecho taxativo de carácter legal, por lo que no existe un criterio determinado que seguir, sólo apreciar la lógica, la experiencia y la razón. El juez valora cada prueba y construye su convicción y que necesariamente debe favorecer a alguno de los litigantes, conforme a la naturaleza de los recaudos incorporados al proceso, por lo que unas son admitidas y otras negadas, sin que represente parcialidad en las resultas. Las mismas son valoradas con base al principio de la verdad procesal.

Decisión de la Corte: No se casa la sentencia emitida por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

En el Juicio No. 152-2012SDP de la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, de fecha 21 de agosto de 2012, en el que se alega la causal de adulterio para solicitar el divorcio por parte de la parte actora, fundamentando sus alegatos en la prueba testimonial presentada por esta, y la aceptación tácita del demandado.

Al respecto la Corte define el adulterio como “la unión sexual o acceso carnal de una persona con quien no es su cónyuge, para ser causal de divorcio requiere la concurrencia de dos elementos, uno de orden material, que consiste en la relación sexual con una persona distinta del cónyuge; y, otro de orden intencional, que gravita en la libre voluntad de realizar dicho acto” (Juicio No. 152-2012SDP, 2012).

Considerando la definición, la Corte expresa con claridad que para que se considere un adulterio debe existir la intención por parte de uno de los conyugues, y la penetración sexual de uno de los conyugues con otra persona distinta, lo que atenta contra el deber de fidelidad por parte de ambos conyugues.

En cuanto a la prueba, tanto la parte demandante como la demandada presentaron prueba testimonial y documental, la cual se procedió a valorar por el juez conforme a la regla de la sana crítica establecida en el artículo 164 del COGEP, llegando a la conclusión que se ha configurado la causal primera del artículo 110 del código civil, que refiere al adulterio, pues del proceso judicial planteado entre los cónyuges, documentos públicos y testimonios rendidos, se concluye que las imputaciones proferidas por la parte actora se encuentran plenamente justificadas.

Ahora bien, en el aspecto procesal, lo relacionado con la admisión y valoración de las pruebas en el juicio de divorcio por la causal de adulterio, previsto en el artículo 110, numeral 1 del Código Civil, se evidencia que los alegatos presentados ante la Corte como lo es la falta de motivación, la valoración desproporcional de la prueba, así como la parcialidad en la valoración de las pruebas hacia una de las partes, mientras se desestiman las testimoniales hacia la otra.

Los argumentos de la corte resultan pertinentes en cuando a derecho, en este sentido, el juzgador responde a los alegatos de la parte reclamante, que la valoración de las pruebas no es un acto irracional o caprichoso, más bien es el resultado de un recurso formal, riguroso y restrictivo, en el cual se aplican los principios conforme a la pericia jurídica.

Por otra parte, es de considerar que la petición de valoración de pruebas resulta improcedente en la instancia de casación, por lo que la Sala sólo se limita a verificar que las actuaciones se encuentren ajustadas a derecho en las instancias inferiores, por lo que es el tribunal de primera instancia quien procede a sustanciar las actuaciones que conforman el expediente, y lo llevan a cabo conforme a las delgas de la sana crítica de forma racional.

Además, incorpora otro argumento que debe tenerse en cuenta en cuanto a la valoración de las pruebas en el juicio de divorcio y más aún cuando el mismo versa sobre la causal de adulterio, y es el hecho de que no existe un criterio previsto que deban regir la valoración de los juzgadores en lo que respecta a la sana crítica, ya que no se encuentra regulado por una prerrogativa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo tanto, cada juez fundamentará su criterio de valoración de pruebas con base a la lógica, la experiencia y la razón. Ahora bien, este criterio fundamentado como ha sido explicado, no puede resultar contradictorio entre sí, por lo que es posible que el argumento con el cual se estime la valoración de una prueba, sirva para desestimar otras de similar naturaleza, pero que contradice los hechos, presentando una

distorsión de la realidad que es apreciada por el juzgador a través de las actas procesales que poseen valor probatorio como ya ha sido referido suficientemente.

Jurisprudencia N°2

Gaceta Judicial: Año LXXVI. Serie XIV. No. 10. Pág. 2293

Lugar: Loja

Año: 1984

Conflicto: Divorcio por la causal de adulterio.

Actor: G. T.

Demandada: J. E.

Primera Instancia

Relato de los hechos que ha originado el conflicto

El señor G. T. demanda a su cónyuge por la causal de adulterio, indicando que la demandada le ha traicionado gravemente de forma continua y escandalosa, llegando a ser el “comidillo del barrio”, afectando su honor y la de su familia, indico también que han procreado 3 hijos durante su matrimonio.

Pruebas presentadas

Pruebas presentadas por el actor

- Testimonio de 3 personas los cuales indicaron la conducta reprochable e inmoral de la demandada

El primer testigo señaló que vio entrar a la demandada, con un diferente hombre que su cónyuge a un hotel, que él se retiró a las 2 de la mañana y que para esa hora todavía los dos no salían del hotel, razón por la cual se encuentra convencido que la demandada mantuvo relaciones sexuales con la persona que la acompañaba.

El segundo testigo indicó que él ha visto y oído que la demanda engaña a su cónyuge, manteniendo relaciones sexuales con un señor de apellido Sarmiento, haciéndole pasar por su primo.

El tercer testigo expresa haber visto a la demandada en un centro nocturno y en estado de embriaguez con otro hombre diferente a su cónyuge.

El cuarto testimonio es presentado por el Capitán del Ejército, afirmando que conoce al actor y que él había realizado una denuncia a la “Oficina de Inteligencia Militar de Loja indicando que su cónyuge se encontraba desaparecida, que luego de averiguaciones se dedujo que su esposa no estaba desaparecida si no que se había ido con otro hombre.

Sentencia

El juez al analizar las pruebas testimoniales presentadas por la parte actora concluye que se ha llegado demostrar presunciones graves, precisas e inequívocas, por lo que disuelve el vínculo matrimonial.

Segunda instancia

En apelación al analizar las pruebas testimoniales presentadas por la parte actora se determina que no se ha sorprendido a la demandada en el acto carnal con un hombre diferente a su marido, sin embargo, se ha demostrado la mala conducta de la demandada por lo cual se confirma la sentencia de primera instancia y se disuelve el vínculo matrimonial.

Tercera instancia

La Cuarta Sala de la Corte Suprema considera que el adulterio al ser una máxima ofensa para el otro cónyuge, no se puede establecer por mera interpretación judicial, sino ser el conjunto de pruebas irrefutables que indiquen su existencia inequívoca, considerando las consecuencias que conlleva, es por ello que para determinar la existencia del adulterio se lo realizará por medio de pruebas que no permitan ninguna especie de inequívocos. La prueba presentada por la parte actora al ser analizada a través de la sana crítica no arroja mérito probatorio, ya que por la prueba presentada se puede evidenciar una conducta reprochable pero no se evidencia el acceso carnal ilegítimo por parte de la demanda como lo indica el adulterio. Por lo expresado, la acción para disolver el vínculo matrimonial es improcedente, y se rechaza la demanda.

Análisis

A través de las pruebas presentadas con el fin de determinar si se produjo la causal de adulterio se vulnera el derecho a la intimidad individual y familiar de las partes, al manifestar por medio de las pruebas testimoniales, que la demandada ha sido vista entrando a un hotel donde tuvo relaciones sexuales con otra persona diferente a su cónyuge, y otro testigo al señalar que ha visto y oído que la demanda mantendría relaciones sexuales con un señor el cual ella lo hacía pasar por su primo, y demás testimonios donde indican la conducta reprochable e inmoral de la demanda, pruebas que al ser practicadas en audiencia revelarían la práctica sexual de las personas involucradas en el proceso de divorcio por adulterio, como también la intimidad familiar ya que se indica que los hechos fueron realizados en la vida familiar de los cónyuges mientras convivían con sus hijos.

Juicio No. 0134-2014

Identificación de la causa: Juicio No. 0134-2014 Corte Nacional de Justicia, Sala especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia. Juez ponente: Dra. Merchán Larrea María Rosa Fecha de publicación: 17 de octubre 2014

Antecedentes del caso: Se instaura demanda de divorcio conforme al artículo 10 numeral 1 del Código Civil, al cual la demandada interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de la Familia Niñez, adolescencia y adolescentes infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que desechando el recurso de apelación confirmando el fallo en el cual declara con lugar la demanda.

Fundamentación jurídica del recurso: Artículo 110.1 y 124 del Código Civil Artículo 76.7, 1 de la Constitución de la República Artículo 3.1 de la Ley de casación

Impugnaciones presentadas: La resolución se aleja de la realidad procesal La decisión no reúne las exigencias legales correspondientes No existe motivación No se consideran los aspectos en los cuales se produjo la traba de la litis No se valoran las pruebas aportadas por la accionante: Actas de divorcio certificadas Juicio ordinario por impugnación de paternidad en copias certificadas. Partida de nacimiento del menor. Solicitud de que sea practicada prueba de ADN Declaraciones testimoniales. Confesión judicial por parte del accionante. Objeción de la impugnación presentada por el accionante.

Argumentos de la Corte: Una sentencia debidamente motivada expone normas o principios de las prerrogativas legales en las cuales se fundamenta o principios procesales, explicadas de forma razonable, coherente y lógica.

La sentencia dictada, deberá resolver los puntos objetos de litigio con base a la ley y méritos del proceso, acudiendo a las fuentes del derecho como la jurisprudencia y los principios universales de justicia aplicables La acción para solicitar el divorcio por adulterio prescribe en el plazo de 1 año contado a partir de que el otro cónyuge tuvo conocimiento del hecho, considerando cualquier hecho noticioso, por lo que deja evidencia que la acción pretendida se encuentra prescrita No se explica detalladamente la forma en la cual el tribunal de instancia aplicó indebidamente las normas que se consideran infringidas, por lo que en virtud del debido proceso, la norma siempre será debidamente aplicada en la motivación de una sentencia La existencia de la prueba de la parte actora quien impugna la paternidad con base a la prueba de ADN, excluyendo las responsabilidades paternas permite probar la existencia de adulterio, concluyendo como correcta la aplicación del artículo 110.1 como causal de adulterio demostrado en actas.

Decisión de la Corte: NO CASA la sentencia dictada el 23 de junio de 2014, las 15h02, por la Sala de la Familia, M., N., Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en el juicio verbal sumario de divorcio, que con fundamento en la causal 1 del artículo 110 del Código Civil, Este fallo de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, de fecha 17 de octubre de 2014, que se analiza, señala que “la acción de divorcio por adulterio, prescribe en el plazo de un año, contado desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento del adulterio” (Resolución No. 231-2014, 2014), entendiendo la expresión de “tuvo

conocimiento” como lenguaje común que hace referencia a cualquier información que se tenga sobre algo, sin embargo, el fallo señala que una duda, una sospecha, no constituyen conocimiento.

El Tribunal de Apelación, razona de forma acertada al referirse al conocimiento del actor sobre la existencia de la causal, una duda, una sospecha, no constituyen conocimiento, éste efectivamente se forma en el caso en análisis con el resultado de la prueba de ADN que establece como cierto el adulterio, circunstancia ésta en base a la cual y con plena certeza incoa la presente acción de divorcio (Resolución No. 231-2014, 2014).

Cabe resaltar, que, en el presente caso, la parte demandante introduce como medio de prueba el acta de nacimiento de la hija habida en el matrimonio y la solicitud de prueba de ADN para determinar la paternidad de la misma. Tales pruebas son consideradas como indirectas, sin embargo, pueden determinar si hubo o no adulterio por parte de uno de los conyugues.

Para la valoración de la prueba, tanto la parte demandante como la demandada presentaron prueba testimonial y documental, la cual se procedió a valorar por el juez conforme a la regla de la sana crítica establecida en el artículo 164 del COGEP, llegando a la conclusión que se ha configurado la causal primera del artículo 110 del código civil, que refiere al adulterio, pues del proceso judicial planteado entre los cónyuges, documentos públicos y testimonios rendidos, se desprende que la hija nacida en el matrimonio, no fue concebida con el marido.

Síntesis, para la Corte Nacional de Justicia el adulterio es una causal de divorcio que puede ser alegada por ambas partes, dentro del plazo de un año contado a partir del momento en el que uno de los conyugues tiene el conocimiento del hecho, el cual debe ser probado, admitiendo todos los medios de pruebas legales en el país, los cuales pueden ser pruebas directas e indirectas, y que serán valoradas por el juez en el juicio. Sin embargo, para que este proceda es necesario que el demandante deba probar los hechos expuestos en su demanda, y en ese sentido, el juez valorar la prueba conforme a la sana crítica. En este sentido, para que el juez dicte sentencia aceptando la demanda, debe existir prueba plena y suficiente aportada por el accionante.

7. Discusión

La presente discusión de los resultados obtenidos a lo largo de la investigación y trabajo de campo, se procede a emplear para lograr la verificación de los objetivos que a continuación se detalla:

7.1. Verificación de Objetivos

En la presente investigación jurídica, en el proyecto legalmente aprobado se plantearon un objetivo general y tres específicos, los cuales a continuación se verifican:

7.1.1. Verificación de Objetivo General

El objetivo general planteado para el presente trabajo es el siguiente:

“Realizar un estudio jurídico doctrinario de la prueba de la causal de divorcio por adulterio por vulnerar derechos constitucionales de la intimidad y discriminación familiar.”

El presente objetivo general se verifica al momento de desarrollar en el marco teórico los subtemas matrimonio, naturaleza jurídica, solemnidades, efectos jurídicos, divorcio, etc., por lo que, en este sentido podemos señalar que si la consideración del adulterio y la presentación de la prueba del mismo dentro de un proceso litigioso de divorcio podría conllevar a la vulneración del derecho a la intimidad de la persona o personas involucradas en este tipo de acto y proceso.

En efecto, a través de la metodología de la investigación aplicada se ha determinado que la legislación civil ecuatoriana pese una serie de incompatibilidades normativas que colisionan con los derechos establecidos en la Constitución del 2008, misma que ha sido conceptualizada y concebida bajo la doctrina jurídica del neo constitucionalismo, y nuevo constitucionalismo andino que atribuye al Estado el rol fundamental, entre otros, es el de velar por la garantía y cumplimiento de los derechos que se reconocen a los seres humanos.

En este sentido las formas de terminación del vínculo matrimonial a través de causales que obedecen esa misma lógica y contexto histórico, el establecer el adulterio como una de sus causales, sin duda tiene un sesgo cronológico, cuanto de género.

Hay que señalar que, pese a la dificultad probatoria que implica dentro de un proceso judicial corroborar el cometimiento de adulterio, aún se mantiene esta figura en la legislación ecuatoriana, cabe la interrogante entonces en: ¿cómo se establece en la normativa algo que es

prácticamente difícil de probar?, en este sentido si no se logra aquello implicaría que el cónyuge que demandó el divorcio por esta causa se encontraría en obligación de mantener el vínculo matrimonial, pues prácticamente no existe ninguna otra causa por la cual pueda demandar el divorcio.

7.1.2. Verificación de Objetivos Específicos

Los 3 objetivos específicos propuestos en el proyecto son los siguientes:

1. “Demostrar que la prueba para justificar la causal de divorcio por adulterio vulnera el derecho a la intimidad y familiar.”

Este objetivo se logra verificar al momento de realizar la tercera pregunta de la técnica de la entrevista que señala: ¿Considera usted que al ser acto sexual único hecho por el cual se solicita la causal de adulterio, las pruebas que se presentan en audiencia, vulnerarían el derecho a la intimidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador?; donde los entrevistados coinciden que en relación al derecho a la intimidad y su relación con la causal de divorcio, el concepto que entraña la intimidad en este ámbito, se relaciona con la vida privada del individuo, su práctica sexual, así como el derecho que tiene a que determinada información no sea conocida por ninguna otra persona. Así pues, el hecho de que, dentro de un proceso judicial de divorcio, justificado en la causal de adulterio se tenga que probar esta acción implica ello una consecuencia familiar. Todo lo mencionado se puede ver aun agravado con el hecho de que los datos de un proceso judicial de esta naturaleza puedan ser conocidos por todos prácticamente.

Así pues, se ha llegado a determinar que tanto la consideración del adulterio cuanto la práctica de la prueba de este tipo de acción dentro de un proceso puede llegar a constituir una vulneración de los derechos especialmente aquellos relacionados con la intimidad individual, familiar, así como de manera colateral puede verse involucrado una posible vulneración al derecho al honor, al buen nombre, incluso la imagen, no solo de quien, en este tipo de acción, si no del núcleo familiar del mismo.

2. “Determinar que el divorcio por adulterio es una causal de difícil probación en los procesos de divorcio.”

En este objetivo se logra verificar al momento de analizar las entrevistas, que aportaron importante información en el desarrollo de esta investigación, de la entrevista en la quinta pregunta que señala ¿Está usted de acuerdo que la causal de adulterio en un proceso de divorcio conlleva una dificultad probatoria al ser un acto efectuado en la intimidad? Consideran que el

adulterio al efectuarse en la intimidad conlleva una dificultad probatoria al efectuarse con todas las medidas de cuidado correspondientes en probar la existencia del acto sexual, es una causal muy controvertida por lo que implica, pues generalmente se debe enfrentar al derecho a la intimidad que posee tanto a la persona que se encuentra en el matrimonio como el tercero, por lo tanto se vería vulnera el derecho a la intimidad en el intento de demostrar dicho acceso carnal.

3. “Realizar un estudio comparado para sugerir cambios en la causal de divorcio por adulterio”

Este objetivo se verifica igualmente con el trabajo de campo, al aplicar la técnica de la encuesta que en su quinta pregunta señala ¿Usted cree que es necesario que se incorpore una reforma al Código Civil en el Art. 110 donde se elimine la causal de adulterio en el divorcio controvertido? De la que se obtuvo el 83.33% de los encuestados, afirman apoyar que se implemente una reforma al Código Civil por considerarla más amplia en su concepto y por lo tanto el hecho de permitir proteger de mejor manera los derechos de las personas, sería la razón en las que se fundamente el hecho de implementar la reforma a nuestra legislación civil.

Así como también considero que si se debe reformar la legislación civil ecuatoriana, esto en razón de que es muy complicado para las partes involucradas demostrar el cometimiento del adulterio sin violar el derecho a la intimidad, claramente un juzgador es competente de conocer a fondo una situación que se encuentra en controversia para de esta manera poder resolver, sin embargo la Constitución de la Republica ampara a las personas además de la intimidad, la libertad sexual, es así que, resultaría una contradicción el exigir que se pruebe la infidelidad por parte de uno de los cónyuges y al mismo tiempo garantizar la intimidad de los mismos.

7.2. Fundamentación Jurídica de la Propuesta

La Constitución de la Republica del Ecuador, en el Art. 75, estatuye: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedara en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”

El numeral 1 del Art. 110 del Código Civil, establece como causal de divorcio: al adulterio, sin embargo, debiendo a la complejidad de demostrar ante los jueces de familia competentes, no otorga la seguridad jurídica necesaria al cónyuge para invocarla, por lo que es necesario

eliminarla, o en su defecto que sea considerado como adulterio el hecho que el hombre o mujer procrea un hijo/a extramatrimonial.

El divorcio ha existido y ha sido permitido desde las organizaciones familiares más antiguas. El adulterio, como causal de divorcio, esto es las relaciones sexuales con personas de distinto sexo, cuando una de ellas está legalmente casada con otro/a, ha figurado como causal de divorcio necesario, en todas las legislaciones civiles, en la práctica inaplicable e imposible de probar los hechos para el cónyuge que pretenda alegarla, por tal motivo pienso que deben reformarse a fin de dar cumplimiento al precepto constitucional establecido en el citado Art. 82 de la norma suprema.

Nuestra Constitución de la República, nos garantiza 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, por la cual tenemos el derecho de exigir una verdadera justicia en donde se dé con legalidad el procedimiento judicial como la actuación de las pruebas, por lo que se puede analizar que la causal primera de divorcio, que menciona nuestro Código Civil es de compleja comprobación, por lo que es innecesaria su existencia en la legislación ecuatoriana.

8. Conclusiones

- El adulterio es la primera causal para disolver el vínculo matrimonial se llevará a través de un juicio verbal sumario, se encuentra vigente en el Código Civil Ecuatoriano, consiste en la voluntad de un cónyuge en tener relaciones sexuales con un tercero, acto sexual que tendrá que ser probado por medio de pruebas presentadas por los abogados de las partes.
- El adulterio en el Ecuador se encuentra normado como una causal para la disolución del vínculo conyugal en el Código Civil, sin embargo, existe una gran dificultad de probarlo en un juicio de divorcio, debido a que la obtención de la prueba se estaría transgrediendo derechos humanos básicos, y reconocidos por la Constitución de la República de una de las dos partes.
- El acto sexual al ser realizado en la intimidad, por lo general su comprobación no es posible por medio de pruebas directas, es por ello que se presentan pruebas indirectas que establezcan presunciones graves, precisas y concordantes con la finalidad de llevar al juez a la certeza del acto, razón por la cual al ventilar en un juicio de divorcio la vida sexual de los intervinientes a través de diferentes tipos de pruebas presentadas por las partes con el fin de demostrar el acceso carnal del cónyuge con una persona fuera del vínculo matrimonial vulneraría el derecho a la intimidad.
- La obtención de la prueba en un juicio de divorcio por adulterio, es limitada en los procedimientos judiciales porque las pruebas admitidas no son suficientes para comprobar la consumación del adulterio del cónyuge demandado. Es por esta razón la complejidad de verificar esta acción sin pretender atentar contra el derecho a la intimidad personal, considerando que la prueba promovida en la demanda, contestación o reconvencción debe ser pertinente, útil y conducente a demostrar el hecho que se alega.
- Por último, es posible observar que tanto las legislaciones: ecuatoriana, peruana y boliviana coinciden en que el adulterio es una causal directa para la disolución del vínculo matrimonial, a pesar de que, en la colombiana, este acto se encuentre implícito. Por otro lado, también coinciden en que, para probar esta causal, difícilmente se lo podrá hacer por una prueba directa, lo que hace admisibles pruebas indirectas para tal cometido.

9. Recomendaciones

- Se recomienda al Estado ecuatoriano tomar en consideración que la familia es el núcleo de la sociedad, por lo cual, se deberían crear políticas públicas que precautelen esta institución, incentivando un ambiente familiar saludable, por medio de programas que brinden atención psicológica, terapias familiares y de pareja de forma gratuita a todos los hogares ecuatorianos.
- Es esencial que la recopilación de información para un juicio de divorcio en donde la causal sea el adulterio se realice sin vulnerar el derecho a la intimidad. En este sentido, la información personal se debe mantener confidencial, libre de usos indebidos y recopilarse, de manera legal, solo cuando sea estrictamente necesario. Esto requiere además garantizar que los datos se recogen con el conocimiento y el consentimiento del sujeto, que son accesibles para él y que son precisos, completos y actualizados.
- Del mismo modo, al tratarse de un juicio cuyas pruebas se evacuan en audiencia pública, las mismas deben ventilarse a la luz del juzgado en pleno, lo que además somete a las partes involucradas, vulnerando el derecho constitucional a la intimidad, por lo que se recomienda establecer incidencias procesales sui generis a fin de evitar comprometer la intimidad, la reputación y el honor de las partes y de la familia propiamente dicha.
- Finalmente, se recomienda trabajar en la unificación de ciertos criterios en materia probatoria, en cuanto a la valoración de las pruebas en el divorcio por adulterio para mejorar la resolución de los futuros casos de divorcio.

9.1. Propuesta

Considerando:

Que: La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 82, norma el derecho a la seguridad jurídica, cuyo fundamento se sustenta en el respeto al mandato constitucional y de las leyes de la república.

Que: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos, como garantiza nuestra Constitución, en el derecho de petición y acceso a la justicia.

Que: El Estado reconoce y garantiza a la familia; el derecho a la integridad física, psicológica y sexual, a más de los valores humanos.

Que: Es necesario crear instituciones jurídicas que intervengan como mecanismo de solución de conflictos especialmente en lo que respecta para que no sigan existiendo vulneraciones de derechos, que de manera contundente no requieran necesariamente demostrar el cometimiento de un acto sexual sino más bien el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales.

Por lo que la Asamblea Nacional, en el ejercicio de sus facultades constitucionales constantes en el Art. 120, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador, EXPIDE la siguiente:

RESUELVE

Art 1: Incorpórese después del Art. 110 el siguiente:

Contribución de la propuesta a la solución

Art: “En el decurso o prosecución del juicio de divorcio por cualquiera de las causales determinadas en el Artículo 110, el Juez de la causa tiene la facultad de otorgar según su mejor criterio, que no sigan existiendo vulneraciones de derechos, que de manera contundente no requieran necesariamente demostrar el cometimiento de un acto sexual”

10. Bibliografía

- Aguirre, G. (2005). *derechoecuador.com*. Obtenido de *derechoecuador.com*.: <http://www.derechoecuador.com>
- Boliviano, C. C. (1972).
- Cabanellas, G. (2015). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Camacho Chavarría, A. (1990). Derecho sobre la familia y el niño. En A. Camacho Chavarría, *Derecho sobre la familia y el niño*. San José - Costa Rica. Obtenido de Derecho sobre la familia y el niño.
- Camacho Chavarría, A. (2000). Derecho sobre la familia y el niño. San José - Costa Rica: EUNED.
- Camacho Chavarria, A. (2000). Derechos sobre la familia y el niño. San Jose- Costa Rica.
- Canosa U., R. (2006). *El derecho a la integridad personal*. Madrid.
- Cañal, F. (2007). *Las Rentas familiares*. Madrid.
- Casado, M. &. (2014). *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*. Barcelona: Edicions Universitat Barcelona.
- Catán, J. (2002). *Los derechos de la personalidad*. Mexico.
- Civil, C. C. (2015).
- Civil, C. d. (2015). Quito : Lexis S.A.
- Díaz Pomé, A. (2009). Revista electronica del trabajador judicial. <https://trabajadorjudicial.wordpress.com/laobligacion-de-fidelidad-frente-al-deber-de-la-convivencia/>.
- Ecuador, A. N. (2014). Ley Notarial. Quito: Registro Oficial No. 158.
- Fernández Castaño, J. M. (2004). Legislación matrimonial de la Iglesia. Salamanca: Editorial San Esteban.
- García Falconí, J. (2 de 2 de 2011). *derechoecuador.com*. Obtenido de *derechoecuador.com*.: <http://www.derechoecuador.com>
- García Falconí, R. (2013). Obtenido de <http://www.derechoecuador.com>
- García Falconí, R. (2015). *derechoecuador.com*. Obtenido de *derechoecuador.com*.: <https://derechoecuador.com>
- García G., C. (2003). *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia.
- Herrán O., A. I. (2012). *El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Hormachea, D. (2009). *El adulterio*.

- Jazar, D. (2014). *Mira a tu suegra y entérate cómo será tu mujer*. Barcelona.
- Larrea H, J. (1981). *Derecho Civil del Ecuador*.
- Larrea Holguín, J. (1999). *MANUAL ELEMENTAL DEL DERECHIO CIVIL*. Quito.
- Mansilla Moya, M. (2015). Divorcio Incausado: Una propuesta para el Estado de Tamaulipas. En M. Mansilla Moya, *Divorcio Incausado: Una propuesta para el Estado de Tamaulipas*. México: GRIN Verlag.
- Martínez, J. (2004). *La medicina ante el nuevo milenio: una perspectiva histórica*.
- McKay, M. (2000). *El libro del divorcio y la separacion*. Oakland: Ediciones Robinbook.
- Nacional, A. (2008). *Constitucion del Ecuador*. Quito .
- Nacional, A. (2015). *Código Civil Ecuatoriano*. Quito.
- O'Callaghan, J. &. (2010). *Matrimonio: nulidad canónica y civil, separacion y divorcio*. Madrid: Universitaria Ramon Areces.
- Omeba., E. J. (2017). *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Obtenido de Enciclopedia Jurídica Omeba.: <https://www.omeba.info/>
- Ossorio, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Juridicas Politicas y Sociales*. Guatemala: Datascan.
- Pérez, L. &. (2010). *El divorcio en el derecho iberoamericano*. Madrid: Editorial Reus.
- Pérez, L. &. (2010). *El divorcio en el derecho iberoamericano*. En L. &. Pérez, *El divorcio en el derecho iberoamericano*. Madrid: Editorial Reus.
- Petanàs Tabuenca, M. (2016).
- Procesos, C. Ó. (2015). *Código Órganico General de Procesos*. Quito.
- Puentes, E. (s.f.). *Apuntes jurídicos y jurisprudenciales sobre el derecho a la intimidad* .
- Quevedo, G. (2015).
- Ramos Pazos, R. (2008). *Derecho de familia*. SANTIAGO de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Rosado, M. S. (2005). *Manual de trabajo social*. Mexico: Plaza y Valdes.
- Salas Alfaro, A. (2004). *Problemática socio jurídica del divorcio*. México: Editorial UASLP.
- Salas, A. (2004). *Problemática socio jurídica del divorcio*. México: Universidad Autónoma de San Luis de Potosí.
- Siegel, J. P. (2008). *Lo que los ninos aprenden del matrimonio de sus padres*. Barcelona: Editorial Norma.
- Suarez, C. (2012). *Prueba del divorcio por adulterio y por injurias graves*. Argentina.
- Unidas, N. (1948). *Declaracion Universal de los Derechos Humanos*. Obtenido de <http://www.un.org>
- Verbel. (1993).

Wilhelm, G. &. (2012). Principios de la filosofía del derecho. Buenos Aires: Penguin
Random House: Editorial Argentina.

11. Anexos

Anexo Nro 1. Formatos de encuestas



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO.

ENCUESTA DIRIGIDA A PROFECIONALES DE DERECHO.

Estimado(a) Sr(a); por motivo que me encuentro realizando mi Tesis de Grado titulada: **“ESTUDIO DE LA PRUEBA DE LA CAUSAL DE DIVORCIO POR ADULTERIO EN EL DIVORCIO CONTROVERTIDO POR ATENTAR EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA DISCRIMINACIÓN A LA FAMILIA.”**; solicito a usted de la manera más comedida sírvasse dar contestación al siguiente cuestionario de **ENCUESTA**, resultados que me permitirán obtener información relevante para la culminación de la presente investigación jurídica.

PREGUNTAS:

1. **¿Considera usted que la prueba para justificar la causal de divorcio por adulterio vulnera el derecho a la intimidad?**
2. **¿Cree usted que en la valoración de la prueba para determinar el adulterio a fin de que se considere como una causal de divorcio da lugar a la discriminación familiar?**
3. **¿Considera usted que para el juzgador al momento de aceptar la prueba en las personas de divorcio por adulterio vulnera el derecho a la intimidad?**
4. **¿Está usted de acuerdo que al ser una causal de adulterio el cometimiento de relaciones sexuales con otra persona diferente a su cónyuge, esta causal hace referencia a la vida sexual de las personas?**

5. ¿Usted cree que es necesario que se incorpore una reforma al Código Civil en el Art. 110 donde se elimine la causal de adulterio en el divorcio controvertido?

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

Anexo Nro 2. Formato de Entrevistas



Universidad
Nacional
de Loja

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO.**

**ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS JUECES DE LA FAMILIA MUJER NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTON LOJA**

Estimado(a) Abogado(a), Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia que me encuentro realizando mi Tesis de Grado titulada: **“ESTUDIO DE LA PRUEBA DE LA CAUSAL DE DIVORCIO POR ADULTERIO EN EL DIVORCIO CONTROVERTIDO POR ATENTAR EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA DISCRIMINACIÓN A LA FAMILIA.”**; solicito a usted de la manera más comedida sírvase dar contestación al siguiente cuestionario de **ENTREVISTA**, resultados que me permitirán obtener información relevante para la culminación de la presente investigación jurídica.

CUESTIONARIO

- 1. ¿Está usted de acuerdo que debería mantenerse dentro de la legislación civil ecuatoriana al adulterio como una causal de divorcio controvertido, pese las implicaciones y consecuencias que podría causar el comprobar esta acción?**

SI

NO

¿Por qué?
.....

- 2. Considerando el acto sexual como único hecho por el cual se ha solicitado la causal de adulterio. ¿Cree usted que las pruebas directas practicadas en audiencia en el intento de demostrar el acceso carnal de uno de los cónyuges con un tercero dejarían en descubierto uno de los aspectos íntimos de toda persona como su vida sexual?**

SI

NO

¿Por qué?
.....

3. ¿Considera usted que al ser acto sexual único hecho por el cual se solicita la causal de adulterio, las pruebas que se presentan en audiencia, vulnerarían el derecho a la intimidad establecido en la Constitución de la Republica del Ecuador?

SI NO

¿Por qué?.....
.....

4. ¿Considera usted que en el proceso de comprobación de la causal de adulterio se vería afectado psicológicamente el individuo y su familia?

SI NO

¿Por qué?.....
.....

5. ¿Está usted de acuerdo que la causal de adulterio en un proceso de divorcio conlleva una dificultad probatoria al ser un acto efectuado en la intimidad?

SI NO

¿Por qué?.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN.

Anexo Nro 3. Designación de director del trabajo de integración curricular



Universidad
Nacional
de Loja

SECRETARIA GENERAL
FACULTAD JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

Presentada el día de hoy trece de junio de dos mil veintidós a las diez horas con siete minutos. Lo certifica, la Secretaria Abogada de la Facultad Jurídica Social y Administrativa de la UNL.

ENA REGINA
PELAEZ
SORIA

Firmado digitalmente
por ENA REGINA
PELAEZ SORIA
Fecha: 2022.06.14
10:36:34 -05'00'

Dra. Ena Regina Peláez Soria, Mg. Sc.
**SECRETARIA ABOGADA DE LA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**

Loja, 13 de junio de 2022, a las 17H58. Atendiendo la petición que antecede, se designa al Dr. Fernando Filemón Soto Soto, Mg. Sc. Docente del a Carrera de Derecho de la Facultad Jurídica Social y Administrativa, para que emita el informe de **estructura, coherencia y pertinencia del proyecto** titulado "EL PROCESO DE IDENTIFICACIÓN Y PRUEBA DE LA CAUSAL DE ADULTERIO EN EL DIVORCIO CONTROVERTIDO" de autoría de la Srta. MARIBEL DEL CISNE OVIEDO GARZÓN; designación efectuada conforme lo establecido en el Art. **225 del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja vigente**, que textualmente en su parte pertinente dice: "**Presentación del proyecto de investigación.- Director de carrera o programa, quien designará un docente con conocimiento y/o experiencia sobre el tema, para que emita el informe de estructura, coherencia y pertinencia del proyecto. El informe será remitido al Director de carrera o programa dentro de los ocho días laborables, contados a partir de la recepción del proyecto...**"; **NOTIFÍQUESE para que surta efecto legal.**



Firmado digitalmente por:
MARIO ENRIQUE
SANCHEZ ARMIJOS

Dr. Mario Enrique Sánchez Armijos, Mg. Sc.
DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO

Loja, 14 de junio de 2022, a las 08H06. Notifiqué con el decreto que antecede al Dr. Fernando Filemón Soto Soto, Mg. Sc., para constancia suscriben:



Firmado digitalmente por:
FERNANDO
FILEMON SOTO
SOTO

Dr. Fernando Filemón Soto Soto, Mg. Sc.
ASESOR DEL PROYECTO

ENA REGINA
PELAEZ
SORIA

Firmado digitalmente
por ENA REGINA
PELAEZ SORIA
Fecha: 2022.06.14
10:36:43 -05'00'

Dra. Ena Regina Peláez Soria, Mg. Sc.
SECRETARIA ABOGADA

Elaborado por: Lic. Nancy. M. Jaramilla

C.C. Srta. Maribel del Cisne Oviedo Garzón
Expediente de Estudiante
Archivo

Anexo Nro 4. Certificación de la traducción del Abstract



ALICIA M. SUING OCHOA
ABOGADA/PERITO TRADUCTOR/MEDIADORA
MAT: 11-2015-270
CALIFICACIÓN PERITO N° 1238594
Cel: 0992851539 correo: amsuing@gmail.com

Loja, 13 de Enero del 2023

Yo, **ALICIA MARGARITA SUING OCHOA**, con cédula de identidad 1104506322, profesora de inglés con registro en la Senescyt 1008-11-1087914 y perito acreditado con número de calificación 1238594 certifico:

Qué tengo el conocimiento y dominio del Idioma Español e Inglés y que la traducción del resumen de trabajo de trabajo de integración curricular, **ESTUDIO DE LA PRUEBA DE LA CAUSAL DE DIVORCIO POR ADULTERIO EN EL DIVORCIO CONTROVERTIDO POR ATENTAR EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA DISCRIMINACIÓN A LA FAMILIA** cuyo autoría de la estudiante Maribel del Cisne Oviedo Garzón., con cédula 1105129637 , es verdadero y correcto a mi mejor saber y entender

Atentamente



Formado electrónicamente por:
**ALICIA
MARGARITA
SUING OCHOA**

Lic. Alicia Suing Ochoa

Anexo Nro 5. Certificación del tribunal de grado



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO**

Loja, 16 de enero de 2023

Sr. Dr.
Mario Enrique Sánchez. Mg. Sc
DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO
Ciudad. –

De nuestra consideración:

Con un cordial saludo, nos permitimos, como miembros del Honorable Tribunal de Grado, debidamente designados mediante decreto emitido por su Autoridad, a través del cual y de conformidad a lo dispuesto en el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, se procede a nombrar el Tribunal de Grado, integrado por los señores: **PhD. Paulina Moncayo**. Docente de la Carrera de Derecho, quien lo presidirá; **Dr. Ángel Hoyos Mg. Sc; y, Dr. Jefferson Armijos. Mg. Sc.** quienes una vez revisada la tesis Intitulada: **“ESTUDIO DE LA PRUEBA DE LA CAUSAL DE DIVORCIO POR ADULTERIO EN EL DIVORCIO CONTROVERTIDO POR ATENTAR EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y DISCRIMINACIÓN A LA FAMILIA** “propuesta por la estudiante Maribel del Cisne Oviedo Garzón; y dirigida por el Dr. Fernando Soto Soto.Ph.D. Los al pie firmantes procedemos en cumplimiento de la actividad académica AD8, a suscribir el presente informe y autorizamos al postulante a que continúe con los trámites académico administrativos correspondientes para dar continuidad al proceso de titulación, por considerar que el trabajo investigativo, cumple con las exigencias Reglamentarias de la Universidad Nacional de Loja. Autorizamos se continúe con el trámite para su sustentación, en dicha Audiencia será calificada conforme los parámetros señalados en el Reglamento. Se exceptúa la firma del Dr. Armijos pues habiendo sido requerido su pronunciamiento de revisión, señala” según he revisado el Reglamento de régimen académico no permite realizar observaciones o correcciones a los trabajos de integración curricular. según el artículo 236, por tanto

se estaría realizando una interpretación extensiva de la norma, lo cual no se puede realizar en Derecho Público”.

Atentamente.



Firmado digitalmente por:
ROSARIO PAULINA
MONCAYO CUENCA

Ph.D Rosario Paulina Moncayo Cuenca.
PRESIDENTA DEL H. TRIBUNAL DE GRADO



Firmado digitalmente por:
ANGEL MEDARDO
HOYOS ESCALERAS

Dr. Angel Hoyos. Mg. Sc
MIEMBRO DEL H. TRIBUNAL DE GRADO