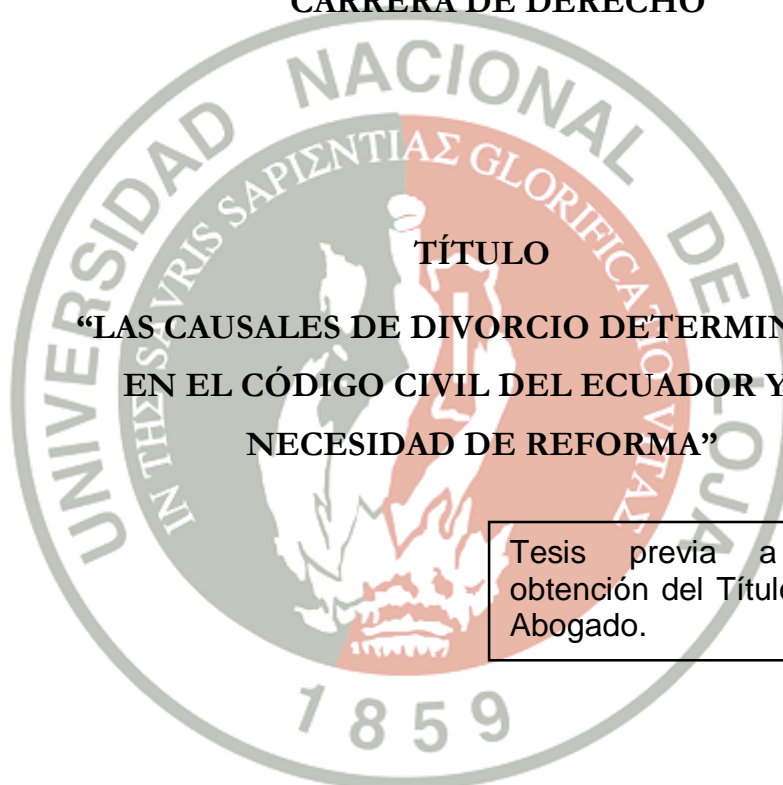




UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO



TÍTULO

**“LAS CAUSALES DE DIVORCIO DETERMINADAS
EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR Y SU
NECESIDAD DE REFORMA”**

Tesis previa a la
obtención del Título de
Abogado.

AUTOR:

Banner Efrén Agila Pogo

DIRECTOR:

Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Mg. Sc.

Loja - Ecuador

2016

CERTIFICACIÓN

Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que he dirigido y orientado el proceso de desarrollo del trabajo de Tesis previo a la obtención del Título de Abogado, presentado por el postulante BANNER EFRÉN AGILA POGO, con el título: **“LAS CAUSALES DE DIVORCIO DETERMINADAS EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR Y SU NECESIDAD DE REFORMA”**, y una vez que se han cumplido con todas las observaciones y sugerencias realizadas de mi parte autorizo la presentación del mencionado estudio para la sustentación y defensa de Ley.

Loja, febrero de 2016



Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Banner Efrén Agila Pogo, declaro ser autor del presente trabajo de Tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes Jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual

Autor: Banner Efrén Agila Pogo

Firma:

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Banner Efrén Agila Pogo', written over a faint circular stamp or watermark.

Cédula: 110379879-7

Fecha: Loja, febrero de 2016

CARTA DE AUTORIZACION DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCION PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACION ELECTRONICA DEL TEXTO COMPLETO

Yo, Banner Efrén Agila Pogo, declaro ser autor de la tesis Titulada “**LAS CAUSALES DE DIVORCIO DETERMINADAS EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR Y SU NECESIDAD DE REFORMA**” Como requisito para optar al título de **Abogado**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de su visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja a los 23 días del mes de febrero del dos mil dieciséis.

Firma:



Autor: Banner Efrén Agila Pogo

Cedula: 110379879-7

Dirección: Paltas, Cda. Colinas del Calvario Calle Jaime Roldos

Correo Electrónico: efrenagilapogo@hotmail.com

Teléfono: 0994772854

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director de Tesis: Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez

Tribunal de Grado:

Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos

Presidente

Dr. Mg. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda.

Vocal

Dr. Mg. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez

Vocal

DEDICATORIA

En primer lugar doy infinitamente gracias a Dios, por haberme dado fuerza y valor para culminar esta etapa de mi vida.

A las personas importantes en mi vida, que siempre estuvieron listas para brindarme toda su ayuda, ahora es mi deber regresarles un poquito de todo lo inmenso que me han otorgado. Con todo mi cariño está tesis se las dedico a ustedes.

EL AUTOR.

AGRADECIMIENTO

A la UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA, por darme la oportunidad de estudiar y ser un profesional.

A los docentes, por sus conocimientos pudieron encaminarme a un mejor sendero, y en especial a mi director de Tesis, por su esfuerzo y dedicación, quien con sus conocimientos, su experiencia, su paciencia y su motivación ha logrado en mí que pueda terminar mis estudios con éxito.

EL AUTOR.

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACION

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. Abstract.

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Concepto de Familia

4.1.2. Concepto de Matrimonio

4.1.3. Concepto de Cónyuges

4.1.4. Concepto de Divorcio

4.1.5. Concepto de Adulterio

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Características de la institución del matrimonio

4.2.2. Elementos del matrimonio

4.2.3. Constitución del matrimonio

4.2.4. Antecedentes históricos del divorcio

4.2.5. El divorcio en el Ecuador

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.

4.3.2. Terminación y extinción del matrimonio conforme al Código Civil

4.3.3. Clases de Divorcio.

4.3.4. Caracteres de las causales de divorcio contempladas en el Art. 110 del Código Civil

4.3.5. Análisis jurídico de la causal de adulterio

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. Legislación Peruana

4.4.2. Legislación Chilena

4.4.3. Legislación Uruguaya

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. Materiales Utilizados:

5.2. Métodos

- a) Método Científico
- b) Método Deductivo - Inductivo
- c) Método Analítico - Sintético
- d) Método Histórico
- e) Método Comparativo
- f) Método Jurídico

5.3. Procedimientos y Técnicas

- a) Bibliográfica
- b) Observación
- c) Documental
- d) Encuesta

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de la aplicación de la encuesta.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de Objetivos

7.2. Contrastación de hipótesis

7.3. Fundamentos Jurídicos para la reforma legal

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. Propuesta y Reforma Jurídica

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ÍNDICE

1. TÍTULO

“LAS CAUSALES DE DIVORCIO DETERMINADAS EN EL CÓDIGO CIVIL DEL
ECUADOR Y SU NECESIDAD DE REFORMA”.

2. RESUMEN

La presente Tesis de Grado la he desarrollado en el ámbito jurídico del derecho público, específicamente en las falencias que existen en el Código Civil en lo referente a las causales de divorcio determinadas en este cuerpo normativo.

El divorcio es la consecuencia de la decisión acordada entre los dos cónyuges o tan solo la voluntad de uno de ellos, según corresponda el caso, de disolver el vínculo matrimonial por las diferencias irreconciliables que se suscitaron en la pareja. De tal forma, nuestro Código Civil en el artículo 105 determina al divorcio como una forma de terminación del matrimonio, y en el artículo 106 establece que en su parte pertinente que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este cuerpo normativo.

Para efectuar el proceso de divorcio se ha establecido la forma de realizarlo; así tenemos, en primer lugar el derecho que tienen los cónyuges de disolver su vínculo matrimonial por mutuo acuerdo, con las especificidades establecidas en la Ley. Y, a falta de mutuo acuerdo de los cónyuges, se han establecido las denominadas causales de divorcio, estipuladas en el artículo 110 del Código Civil.

En este artículo, se establece once causales por las cuales se puede solicitar el divorcio a la Autoridad competente. De manera resumida, estas causales consisten en la infidelidad de algunos de los cónyuges, el abandono, injurias, violencia doméstica para con el cónyuge y los hijos, la cual puede ser o física o psicológica o una mezcla de ambas, entre otras.

Así, la primera causal de divorcio consiste en el adulterio de uno de los cónyuges, convirtiéndose ésta en la matriz de la presente investigación jurídica. El adulterio se refiere a la unión sexual de dos personas cuando uno o ambos están casados con otra persona.

En relación a lo dicho, debo decir que en el adulterio como causal de divorcio debe admitirse la prueba indirecta, habida cuenta de que el medio directo para la comprobación de esa causal es casi imposible, no menos cierto es que ese medio de convicción indirecto debe encaminarse a demostrar precisamente la conducta infiel del cónyuge demandado, así como la mecánica del adulterio, y por tanto el actor tiene la carga de probar en el juicio las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se produjeron los hechos, de los cuales se pretende deducir que el culpable tuvo relaciones sexuales con personas distintas de su cónyuge, para así satisfacer las exigencias legales y el juzgador pueda apreciar la conducta indebida imputada al demandado.

Resulta remota la causal de divorcio por adulterio, por lo que la recoge la legislación de casi todos los países y la nuestra le concede al cónyuge inocente la posibilidad de divorciarse por esta casual. Como es obvio suponer, en la generalidad de los casos, el adulterio suele efectuarse con todas las precauciones posibles, de tal manera que muy difícilmente habrá prueba testimonial procedente. Al respecto ha habido fallos contradictorios dictados por las autoridades competentes sobre la materia en nuestro país sobre este punto.

De tal forma, considero improbable e inadmisibles el adulterio como causal de divorcio, por lo que se la debería excluir de las causales de divorcio establecidas en el Código Civil vigente, tomando en consideración la dificultad por no decir imposibilidad de conseguir la prueba de orden material, descrita anteriormente.

2.1. Abstract.

I have developed this Thesis in the legal field of public law, specifically in the shortcomings that exist in the Civil Code regarding the grounds for divorce identified in this regulatory body.

Divorce is the consequence of the decision reached between the two spouses or simply the will of one of them, as the case, to dissolve the marriage by the irreconcilable differences that arose between the couple. Therefore, our Civil Code Article 105 determines the divorce as a way of ending the marriage, and Article 106 states in relevant part that divorce dissolves the marriage and let the spouses in a position to contract new marriage, subject to the limitations set forth in this regulatory body.

To make the divorce process has been established way of doing this; so we have first the right of spouses to dissolve their marriage by mutual agreement, with the specificities established by Law. And in the absence of mutual agreement of the parties, have established so-called grounds for divorce, stipulated Article 110 of the Civil Code.

In this article, eleven grounds on which you can file for divorce to the competent authority is established. Briefly, these causes involve infidelity of some of the spouses, neglect, injuries, domestic violence to the spouse and children, which can be either physical or psychological, or a mix of both, among others.

Thus, the first ground for divorce is adultery of one spouse, making it the matrix of the present legal research. Adultery refers to the sexual union of two people when one or both are married to someone else.

In relation to this, I must say that adultery as grounds for divorce must admit the hearsay evidence, given that the direct means of checking that ground is almost impossible, no less certain is that through indirect conviction must aim at demonstrating precisely the conduct of the defendant unfaithful spouse as well as the mechanics of adultery, and so the actor has the burden of proving in court the circumstances of time, place and manner in which the events took place, of which He intended to infer that the culprit had sex with someone other than your spouse, in order to satisfy the legal requirements and the judge can appreciate the misconduct imputed to the defendant.

It remotely grounds for divorce for adultery, which is covered in the legislation of almost all countries and ours gives the innocent party the possibility of divorce by this accident. As it is obvious to assume, in the majority of cases, adultery normally with every possible precaution, so that hardly will be testimony from. In this regard there have been conflicting rulings by the competent authorities on the get in our country on this point.

Therefore, I consider improbable and inadmissible adultery as grounds for divorce, so they should be excluded from the grounds for divorce established in the Civil Code, taking into account the difficulty if not impossibility of obtaining proof material order described above.

3. INTRODUCCIÓN

El Adulterio como causal de divorcio ha figurado desde la antigüedad por lo que ha evolucionado con el transcurso del tiempo, hasta llegar a la nuestro Código Civil vigente que lo contempla. El adulterio como causal de divorcio ha sido mencionado en todas las legislaciones civiles de numerosos países, por lo que el objetivo de este trabajo es realizar un estudio sobre dicha institución ante la dificultad que ha provocado ante los tribunales demostrarla; derivada de su naturaleza misma, ya que no otorga seguridad jurídica al cónyuge para invocarla como causal y lo remite a contemplar otra o permanecer infinitivamente con el cónyuge, por lo que considero la necesidad de derogarla debido a la ineficacia que representa.

Por medio de esta investigación pretendo ilustrar algo que mucha gente no toma en cuenta, y contribuir positivamente en la sociedad para tomar más enserio nuestras Leyes, y poder tomar iniciativas de ley que sean efectivas para los ciudadanos; de otro modo, seguiremos viviendo en una sociedad sin el respeto y el conocimiento necesario de nuestras leyes que están ahí para proteger a cada uno de nosotros.

Por lo anotado, consideré oportuno realizar el presente trabajo investigativo con el título: "LAS CAUSALES DE DIVORCIO DETERMINADAS EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR Y SU NECESIDAD DE REFORMA".

El trabajo recopila una parte correspondiente a la revisión de literatura, en donde se presentan todos los argumentos de orden teórico, que en el ámbito conceptual, doctrinario, normativo y comparativo se han recogido respecto de la problemática estudiada.

Se presentan así mismo los materiales, métodos y técnicas, es decir la descripción precisa de todos los recursos materiales y metodológicos que se han empleado para la ejecución del proceso investigativo.

De igual forma, se realiza la exposición de los resultados, que consisten en las opiniones que se obtuvieron de profesionales del derecho en libre ejercicio sobre la base de los cuales se basa la discusión, en donde se procede a realizar la verificación de los objetivos y la contrastación de la hipótesis que se plantearon en el proyecto de investigación.

Tomando como argumento la información recopilada se procede a elaborar las conclusiones y recomendaciones, para finalmente desarrollar el planteamiento de la correspondiente propuesta jurídica, que consiste en un Proyecto de Reforma al Código de Trabajo, a fin de que se establezca un lapso de treinta días de vacaciones anuales para los trabajadores, esperando que el presente trabajo se constituya en una fuente de consulta para profesionales y estudiantes del derecho y la sociedad en general.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

Por tratarse de una investigación jurídica que gira en torno a la figura de una causal del divorcio como lo es el adulterio, es importante abordar la temática con definiciones previas sobre aspectos elementales inherentes a la institución de la familia, el matrimonio y el divorcio, para ello cito a continuación importantes referencias conceptuales proporcionadas por autores especialistas en materia civil como los que a continuación me permito exponer:

4.1.1. Concepto de Familia.

En sus orígenes, se cree que se utilizaba el concepto familia para referirse “al conjunto de esclavos y criados propiedad de un solo hombre”¹.

Revisando la etimología de la palabra familia, se puede mencionar que proviene de la voz latina **fames** (hambre); por otro lado, proviene de la raíz latina **famulus** (sirviente o esclavo doméstico), pues en un principio, la familia agrupaba al conjunto de esclavos y criados de propiedad de un solo hombre.

¹ <http://definicion.de/familia>

De acuerdo con el derecho romano, “la familia era regida por el *pater familias*, quien ostentaba todos los poderes, incluido el de la vida y la muerte, no solo de sus esclavos, sino también de sus hijos huérfanos”².

Néstor Rombola y Lucio Reboiras autores del Diccionario Jurídico Ruy Díaz definen a la familia como “la reunión de muchas personas que viven en una casa bajo la dependencia de un jefe. El conjunto de las personas que descendiendo de un tronco común se hallan unidas por los lazos del parentesco”³.

Los autores Grossmann y Martínez Alcorta definen a la familia como “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la que uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa”⁴.

Por otro lado el Diccionario Jurídico Espasa en torno a la familia señala que es “un grupo de personas emparentadas entre sí que generalmente viven juntas. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. Hijos o descendencia”⁵.

Sobre el afecto *familiaris*, el tratadista Corral Tarciani señala “el gran requisito de la familia de hecho es el ánimo de formar familia, ánimo que es denominado

² http://www.derechoecuador.com.index.php?option=com_contnet&ytask=view&id05738 12

³ ROMBOLA, Néstor y REBOIRAS, Lucio, Diccionario Ruy Díaz, Editorial Ruy Díaz, Buenos Aires Argentina, año 2004, Pág. 215.

⁴ http://www.derechoecuador.com.index.php?option=com_contnet&ytask=view&id05738

⁵ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA LEX, 2001, Nueva edición Totalmente Actualizada, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid-España, Pág. 347.

afectis familiaris. En la familia de derechos este ánimo o afecto presumido por la sola existencia del vínculo jurídico, pero no sucede lo propio, en cambio en los grupos familiares no matrimoniales en los que se necesita que tal afecto se compruebe”⁶.

En relación a este concepto se puede manifestar que se concibe a la familia como 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 el apoyo y protección del Estado ecuatoriano, para que cada uno de sus integrantes pueda ejercitar plenamente sus derechos y asumir sus obligaciones.

En la actualidad, el término familia se refiere a la principal forma de organización de los seres humanos. Se trata de una agrupación social que se basa en los lazos de parentesco. Estos lazos pueden ser de dos tipos: de afinidad derivados del establecimiento de un vínculo reconocido socialmente y de consanguinidad.

Para el argentino Vidal Taquinni “familia en el derecho argentino es el grupo de personas unidas por vínculos jurídicos, en la medida y extensión determinada por la ley, que surgen del matrimonio y de la filiación legítima, ilegítima y adoptiva”⁷.

⁶ Consultado en:

http://www.derechoecuador.com.index.php?option=com_contnet&ytask=view&id05738

⁷ [Htps://www.monografias.com/trabajos5/familia/famis.shtml](https://www.monografias.com/trabajos5/familia/famis.shtml) 2011

El tratadista ecuatoriano Juan Larrea Holguín, conceptúa la familia como “el núcleo o la célula fundamental de la sociedad. Institución de derecho natural, reconocida y protegida por el derecho de múltiples maneras: por tratado internacional, el derecho constitucional, el civil, el penal, etc. La familia se fundamenta y se basa en el matrimonio y comprende a los cónyuges, los hijos y los parientes que dependen social y económicamente del mismo hogar común”⁸.

El profesor Luis Parraguez Ruiz al referirse al derecho de familia, nos dice que “en el derecho de familia, ésta constituye un ente social complejo que aglutina intereses individuales y sociales, ya sean de orden espiritual como patrimonial, requiere de un cierto ordenamiento. Este ordenamiento jurídico es el que constituye la rama del derecho civil conocido con el nombre de derecho de familia, que se lo puede definir como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de familia tanto en su plano interno como en su proyección social”⁹.

De los conceptos expuestos se puede concluir que la familia es la institución de derecho natural y elemento fundamental de la sociedad como principal forma de organización de los seres humanos basada en lazos de parentesco y unidas por vínculos jurídicos necesarios para la protección de los derechos y el desarrollo integral de sus miembros; para que cada uno de sus integrantes pueda ejercer plenamente sus derechos y asumir sus obligaciones y cuyo fundamento es el matrimonio o la unión de hecho, en la que están comprendidos los cónyuges o

⁸ LARREA HOLGUIN, Juan, Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana 2008, Pág. 14.

⁹ PARRAGUEZ RUIZ, Luis, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia, Volumen I, Pág. 15.

convivientes, los hijos y los parientes que dependen social y económicamente de un mismo hogar común.

4.1.1.1. Tipos de Familia.

Actualmente, la estructura de la familia ha cambiado su vida y pensamiento, y si bien la Constitución de la República señala que el Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de esos fines; reconoce también que la familia se constituye por vínculos jurídicos o de hecho y se basan en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, toda vez que en la realidad social en que vive toda la humanidad.

Es el en el día a día que se experimentan múltiples cambios y evolución de vivencia, que en relación a la población son pocas las personas que optan por legalizar su unión mediante el matrimonio; sin embargo, también existen un gran número de parejas que solo han decidido convivir armoniosamente en una unión de hecho y que incluso ni ésta es legalizada en las notarías, por lo que ciertamente se las considera a este tipo de uniones de derecho.

Hay que reconocer que el modelo de familia protegido tradicionalmente por el Estado ecuatoriano, se construyó sobre la fusión entre el matrimonio romano y el derecho canónico, debiendo señalar que solamente la iglesia católica a través del Concilio de Trento en el año 1536, impuso la obligación de formalizar las

uniones entre varón y mujer ante la autoridad eclesiástica como único medio de legitimación de las familias; y, más aún los concubinatos fueron proscritos y las personas que se encontraban en esta calidad fueron condenados a la excomunión; pues desde esa fecha se consideró al matrimonio como un sacramento que debía sujetarse estrictamente a los ritos impuestos por la Iglesia Católica Romana.

La Constitución de la República del Ecuador reconoce la familia en sus diversos tipos y que se los puede determinar de la siguiente manera:

1. La familia de padres separados, quienes no constituyen una pareja y existe la negativa de vivir juntos; sin embargo cumplen con su rol de padres ante los hijos que procrearon, cumpliendo con la paternidad y maternidad.

2. La familia de madre soltera, conformada desde inicio con la madre que asume sola la crianza de sus hijos y el referente es que el hombre se distancia y no reconoce su paternidad.

3. La familia monoparental, compuesta por uno solo de los padres y puede ser por diferentes orígenes:

a) Porque los padres se han divorciado y los hijos quedan viviendo con uno de ellos, por lo general con la madre;

b) Por un embarazo precoz, donde se configura otro tipo de familia, esto es la familia de madre soltera; y

c) Por el fallecimiento de uno de los padres.

4. La familia extensa o consanguínea compuesta por más de una unidad nuclear y se extiende más allá de dos generaciones y está basada en los vínculos de sangre de una gran cantidad de personas, incluyendo a los padres, niños, abuelos, tíos, tías, sobrinos, primos y demás.

5. La familia nuclear que se origina en el matrimonio heterosexual, que tradicionalmente es la familia básica y cuya base del matrimonio entre un hombre y una mujer.

6. Las familias homo parentales en la que las legislaciones de algunos países ha reconocido el matrimonio gay y su singularidad constituye el matrimonio entre personas del mismo sexo.

4.1.2. Concepto de Matrimonio.

Las definiciones muchas veces no son necesarias en el derecho, por una razón fundamental: la ley no puede pretender cambiar la naturaleza de las cosas sino que tiene que asumir realidades del mundo tales como son. Sin embargo cuando se trata de construcciones puramente jurídicas, entonces si se precisa definir lo

que el legislador se propone; de tal manera que sobre la institución del matrimonio se han emitido algunas conceptualizaciones:

Para el tratadista Ruy Díaz, “el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, bajo las normas previstas por la ley para la validez de dicha institución. Su celebración implica la creación de vínculos de parentesco conyugales, la obligación, el derecho de cohabitación entre los cónyuges, con la aplicación de un régimen patrimonial específico.

Tomó el nombre de la palabra latina *matris munium*, que significan "oficio de madre". El matrimonio es, por su origen, un contrato y ciertamente una institución social, base principal de la civilización”¹⁰

Guillermo Cabanellas proporciona importantes consideraciones sobre el matrimonio y refiere: “Una de las instituciones fundamentales del Derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos. Quizás ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja humana surge en todos los estudios que investiga el origen de la vida de los hombres, y establecida como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada en el matrimonio, base de la familia, clave de la perpetuidad de la especie y célula de la organización social primitiva...”¹¹

¹⁰ ROMBOLA, Néstor y REBOIRAS, Obra Citada, Pág. 318

¹¹ CABANELLAS, Guillermo, Obra Citada, Pág. 251

También puede ser útil la definición en la ley, cuando nos hallamos ante conceptos controvertidos o situaciones, cosas y relaciones poco conocidas. Ninguno de estos supuestos se da en el matrimonio. No es algo desconocido, ni algo de difuminados perfiles, mucho menos no es una institución arbitraria. No se requiere, pues una definición en el Código Civil. Sin embargo puede ser útil o también perjudicial, según su mayor o menor acierto, en cuanto a la definición legal servirá, en todo caso, para inspirar la interpretación de la ley en otros artículos que regulen esta institución.

Si es conveniente destacar que, desde que se introdujo el divorcio en el Ecuador, por la Ley de 1901 que entró en vigencia el 1º de enero de 1902, se discutió si la definición del Código correspondía o no a la realidad del matrimonio se definía como “contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Actualmente el Código Civil ecuatoriano define al matrimonio como “contrato solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

Es necesario determinar las diferencias existentes entre estas dos definiciones en nuestra ley civil; si se considera que solamente se ha omitido la palabra **indisoluble**; pues si se analiza el fundamento del matrimonio pues se establece que no es solamente la palabra indisoluble; sino la esencia fundamental del

matrimonio; pues al contraer matrimonio se lo hace con ese fin, esta debería ser la intención de las partes, al punto que si faltaría la voluntad de contraer ese género de unión, no se contraería matrimonio válido. Quien prometiére unirse por cierto tiempo, o hasta un plazo, o hasta el cumplimiento de alguna condición, no se habría casado realmente.

Además, las cosas por su normal modo de ser, no por los anómalos, excepcionales o patológicos, y el divorcio debe considerarse como algo anormal respecto del matrimonio, no es la meta, el fin, el ideal o lo normal que los matrimonios terminen por divorcio.

4.1.3. Concepto de Cónyuges.

Para profundizar en un ámbito más particular de la investigación, es necesario comprender el concepto de cónyuges, expresión jurídica utilizada para describir a las personas que han suscrito el contrato de matrimonio, así:

“En el ámbito jurídico se denomina cónyuge a cualquiera de las personas físicas que forman parte de un matrimonio. El término cónyuge es neutro y puede referirse tanto a hombres como a mujeres, sin hacer distinción entre los sexos”¹².

¹² http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=2012_23

Se entiende como cónyuge a la contraparte en un contrato matrimonial, pudiendo ser el hombre o la mujer.

4.1.4. Concepto de Divorcio.

Antes de empezar a definir el divorcio como institución que pone término al matrimonio, es preciso señalar que no es éste el único carácter que se le atribuye en doctrina y con el que lo tratan las distintas legislaciones. En efecto, se distinguen, en general, dos formas o modalidades de divorcio:

El divorcio vincular, propio o perfecto, mediante el cual se extingue el vínculo matrimonial que liga a dos personas, con todos sus efectos jurídicos, quedando habilitados los cónyuges para contraer nuevas nupcias.

El divorcio desvincular o imperfecto, impropriamente denominado divorcio, puesto que no pone término al matrimonio, sino solamente a algunos de sus efectos, particularmente al deber de convivencia o cohabitación. Por esta circunstancia, esta modalidad no pasa de ser una simple separación de cuerpos, denominación que prefiere utilizar la doctrina por su mayor propiedad, a pesar de que algunas legislaciones insisten en llamarla divorcio.

Al hablar de divorcio empíricamente nos hacemos la idea de ruptura, de separación, de una unión que termina, así podremos ver en las siguientes definiciones:

Por divorcio se entiende la separación de los cónyuges, la cesación temporal o definitiva de la vida en común. Este factor puede darse como simple hecho o mediante acto jurídico, al margen de la ley.

El tratadista Guillermo Cabanellas sostiene que el divorcio “proviene del latín *Divortium*, del verbo *diverte*, separarse, irse cada uno por su lado; y, por antonomasia, referido a los cónyuges cuando así le ponen fin a la convivencia y al nexo de consortes. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido, viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio, situación esta última en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás el estado marital, a causa de impedimentos esenciales e insubsanables.

Por descuido tecnicismo en la materia, recogido incluso por los legisladores civiles, como el español y el argentino, la separación de cuerpos y la de bienes entre los cónyuges, con subsistencia de vínculo matrimonial e imposibilidad de posteriores nupcias mientras viva el otro consorte. Figuradamente, ruptura de relaciones o de trato, profunda divergencia entre pareceres, tendencias, aspiraciones, impulsos y actuaciones”.¹³

Por lo anotado, me permito manifestar que es la separación de dos personas que firmaron un acuerdo ante la ley por estar junto en determinado tiempo,

¹³ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III Editorial Heliasta, 1998, Pág. 291.

separación que de la misma forma lo tendrán que hacer mediante las leyes humanas.

Para el Dr. Luís Parraguez Ruiz, “divorcio es la ruptura del vínculo matrimonial válido producido en la vida de los cónyuges, en virtud de una resolución judicial”.¹⁴

Cuando una pareja decide unir su vida en matrimonio, está haciendo un pacto para toda la vida, este pacto, aunque la pareja no lo reconozca, es reconocido legalmente por el Estado como el núcleo central de la sociedad.

El tratadista García Falconí también ha participado con su propia definición sobre divorcio, refiriendo “llámese divorcio a la acción o efecto de divorciarse, es decir a la acción o efecto de separar el juez competente, por sentencia a dos casados en cuanto a las relaciones que contrajeron en virtud del matrimonio”.¹⁵

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

Por otra parte Ruy Díaz define al divorcio como “la disolución del matrimonio legítimamente contraído. Ya entre los romanos era la separación absoluta entre

¹⁴ PARRAGUEZ, Luís, Manual de Derecho Civil, 1995, Pág. 150, Pág. 29.

¹⁵ GARCIA FALCONI, José, Manual de Práctica Procesal Civil, Tercera Edición aumentada, 2001, Pág. 124.

cónyuges, hecha con arreglo a las leyes, de modo que cada uno de ellos podía casarse inmediatamente con otra persona”.¹⁶

Según el Diccionario Jurídico Omeba divorcio es “la separación legal de un hombre y su mujer producida por una 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”.¹⁷

Estas definiciones puntualizan en que consiste el acto del divorcio, cuando debe darse, o bajo que causales se produce este acto. Los conceptos antes citados de varios autores coinciden en que el divorcio es la separación y ruptura del matrimonio que se halle constituido legalmente entre un hombre y una mujer.

Esta ruptura del matrimonio se puede dar por una causal legal que se halle citada en la ley, la misma que deberá ser puesta en consideración ante un juez de lo civil quien tiene la facultad para declarar disuelto el vínculo matrimonial, mediante sentencia judicial, en donde también se define todo lo que haya producido ese matrimonio.

La sentencia judicial del divorcio faculta a los cónyuges a contraer nuevo matrimonio luego de un determinado tiempo que establece la ley. En las definiciones analizadas se debe tener en cuenta, cuando hablar de divorcio y no

¹⁶ ROMBOLA, Néstor y REBOIRAS, Obra Citada, Pág. 104.

¹⁷ DICCIONARIO JURIDICO OMEBA, tercera Edición, Pág. 52.

de nulidad del matrimonio en donde no cabe hablar de disolución por falta de elementos que constituyan un acto legal.

Es necesario mencionar las características de la acción de divorcio El Dr. Juan García, establece las siguientes características sobre la acción del Divorcio:

“Primera.- La acción de divorcio es personalísima, es privativa de los cónyuges y en varios casos solo puede pedir el cónyuge inocente”.¹⁸

En el Art. 110 del Código Civil, el último inciso expresa que el divorcio por los causales de dicho artículo, será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas.

Segunda.- “La acción de divorcio no puede renunciarse y esto porque no solo compromete el interés individual de los cónyuges, sino también entra en juego el interés general de la sociedad”.

4.1.5. Concepto de Adulterio.

El adulterio del latín *adulterium* se refiere a la unión sexual de dos personas cuando uno o ambos están casados con otra persona.

¹⁸ GARCIA, Juan, Manual de Práctica Procesal Civil, Pág. 49.

Otra definición de adulterio la encontramos dentro del Diccionario de la Lengua Española, el mismo que refiere que es “el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados”¹⁹.

Podríamos entender por adulterio como la violación de la fe conyugal, y, como causal una situación que anuncia relación o causa de efecto.

Algunas nociones doctrinarias nos permiten consolidar la comprensión de la institución del adulterio:

“A través de los siglos, en diversas culturas, el adulterio ha sido moralmente censurado y hasta penado, considerándose un delito, pero esto no ha impedido que muchas personas lo practiquen. Tradicionalmente, ha sido más tolerado y socialmente aceptado en los hombres que en las mujeres, las cuales, según la época o la nación en la cual hayan vivido, han sido severamente reprimidas, incluida la pena capital, ya se demostrara o no su culpabilidad.”²⁰

No siempre se ha dado a la palabra adulterio la misma significación. En el derecho romano, el estado de la mujer era lo único que determinaba el adulterio, que así existía independientemente del estado del hombre, al cual para nada se

¹⁹ DE LA LENGUA, Real Academia, et al. Diccionario de la Lengua Española, vol. I. Real Academia Española, Madrid, 1992. Pág. 28.

²⁰ <http://es.wikipedia.org/wiki/Adulterio>

atendía cuando la mujer era casada; y se tenía por estupro el comercio sexual del hombre casado con mujer que no lo fuera.

De ahí nació la distinción que hizo que sólo fuera punible, en un principio el adulterio de la mujer. Posteriormente el cristianismo sobre la base de la monogamia y de haber considerado el matrimonio como un sacramento extendió el adulterio a los casos en que el hombre fuera casado, y los canonistas establecieron que existía ese delito, siempre que se violaba la fe conyugal, ya fuera por la esposa o por el marido; según la iglesia, el adulterio fue *accessus ad alterius torum*. Constantino declaró ser el adulterio causa de divorcio, cualesquiera de los cónyuges que fuese el culpable, siguiendo las tendencias del cristianismo, aunque posteriormente vinieron restricciones para la mujer, para formular la acusación de adulterio contra el marido.

Luego de revisar lo citado en líneas anteriores es necesario concluir algunas consideraciones. Para que haya adulterio deben coexistir dos elementos: el material de la cópula carnal llevada a cabo por una persona, con quien no es su cónyuge, y el intencional, de realizar el acto en forma consciente y voluntaria. No constituye adulterio, por ejemplo, la conducta impropia o la relación más o menos íntima de uno de los esposos con tercera persona, si no se llega a producir la unión sexual. La prueba del adulterio implica la demostración precisa de que se han mantenido relaciones carnales durante el matrimonio, con persona distinta del cónyuge.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

Una vez revisadas las nociones conceptuales sobre importantes instituciones jurídicas relacionadas con el tema de investigación, es momento de analizar con más precisión elementos y singularidades referentes a la institución del matrimonio, para ello recorro a citar importantes tesis doctrinarias del derecho comparado y posteriormente a analizar con un enfoque particular desde el entorno ecuatoriano la evolución normativa en torno a la figura que se estudia.

4.2.1. Características de la institución del matrimonio.

En lo que tiene que ver con los antecedentes históricos del matrimonio, debo comentar que en el Ecuador dicha institución socio - jurídica, fue reconocida, según se tiene noticia, desde los tiempos del incario, donde se aceptaba la poligamia, y el matrimonio tenía ante todo característica de un rito religioso, que obviamente estaba protegido por el Estado, y se constituía en la forma común de conformación del grupo familiar.

En la época colonial la institución del matrimonio se encuentra profundamente influenciada por las características que a aquel le habían atribuido las legislaciones europeas plagadas de fanatismos religiosos católicos. En las primeras épocas se rige por las leyes propias de España a las que estaban sometidos los conquistadores y a las que abusivamente sometieron a los pobladores del territorio conquistado, y posteriormente por Las Leyes de Indias,

que eran un cuerpo jurídico propiamente dictado para regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, así como entre estos, en el territorio americano.

El Derecho Canónico que orientó al matrimonio durante la época colonial, manifestó incluso su influjo hasta los primeros años de la vida republicana.

Antiguamente los mitos de la religión tenían mucha influencia en la estabilidad de los matrimonios. El paso del tiempo ha ido desvalorizando ciertas creencias sobre la justicia divina, haciendo necesaria y urgente la creación de la justicia del hombre, una justicia que para ser ejecutada tiene que estar basada en deberes y derechos de los individuos dentro de una sociedad.

Con la adopción por parte del Ecuador del Código de Andrés Bello, se instituyó por primera vez el matrimonio como institución del derecho civil en el Ecuador en términos bastante similares a los actuales, al menos en el concepto. El Código Civil editado de 1889, en su artículo 81 manifestaba:

“El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente.”

Sin embargo, aún no se advierte una plena separación entre el matrimonio civil y el matrimonio eclesiástico, por el contrario se da autoridad a la iglesia para calificar la validez de un matrimonio, o la imposibilidad de que aquel se celebre;

Así el Art. 100 del Código Civil de 1889, decía: “Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído. La ley civil reconoce como impedimento para el matrimonio los que han sido declarados tales por la iglesia católica; y toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la existencia y conceder dispensa de ellos”.

Como nuestro país, era todavía en esa época un Estado confesional que reconocía y practicaba como religión oficial al catolicismo, dicho artículo se encuadraba plenamente en ese sistema.

El 1 de enero de 1903, como consecuencia del liberalismo que se imponía como idea de gobierno en el Ecuador, se establece la Ley de Matrimonio Civil, que reconoce al matrimonio como una institución propia del derecho privado, y a su vez abre la puerta a modernas corrientes jurídicas que planteaban el divorcio como forma de terminación del matrimonio, aunque obviamente esto dio lugar a una gran polémica entre el Estado y los sectores clericales que a ultranza se oponían al divorcio calificándolo de grave herejía.

El divorcio se concedía únicamente por el adulterio de la mujer y las personas divorciadas solo podían contraer matrimonio luego de que hayan transcurrido diez años.

En la reforma introducida al Código Civil en 1912, se establece otras causales de divorcio, introduciendo incluso el divorcio por mutuo consentimiento. Desde

1935 el divorcio por mutuo consentimiento se realizaba mediante un trámite sumarísimo que duraba un día y que se practicaba ante los jefes o tenientes políticos de jurisdicción parroquial; incluso se establecía el divorcio tácito que se daba por la separación voluntaria de los cónyuges, sin relaciones maritales, por más de tres años.

Los divorcios por causal o contenciosos se acogían al trámite verbal sumario. En el año de 1940 se suprime el trámite sumarísimo para el divorcio por mutuo consentimiento. Asimismo en 1958, se determina el divorcio semi pleno o la separación conyugal judicialmente autorizada, retocándose también las causales de divorcio, aunque sin suprimir ninguna y se corrigieron algunos defectos formales o contradicciones de la ley.

En la Constitución de 1978 se prescribe la unión marital monogámica y estable, sin matrimonio, debería producir efectos patrimoniales similares al vínculo matrimonial, lo cual fue regulado por la Ley 115 promulgada en el Registro Oficial 399 del 29 de diciembre de 1982.

La Ley 43, promulgada en el Registro Oficial 256 del 18 de agosto de 1989, pretende perfeccionar la igualdad de los cónyuges, y en algunos puntos lo consigue, en cuanto declara la igualdad de derecho y obligaciones de los cónyuges, la posibilidad de aquellos que elijan de común acuerdo su domicilio, pues debe recordarse que antes de dichas reformas el marido podía obligar a la mujer a seguirle a donde el tuviere a bien radicarse.

La Ley Nro. 88 publicada en el registro Oficial 492 del 2 de Agosto de 1990, reforma la causal de divorcio 11ava, determinado como tiempo necesario de abandono para que cualquiera de los cónyuges, incluso el culpable, pueda plantear el divorcio hasta tres años, y en un año para quien ha sufrido el abandono.

Debo agregar que en cuanto al concepto de matrimonio, lo único que se ha cambiado en los tiempos actuales es la característica de vínculo indisoluble y perdurable, en lo demás subsiste plenamente en su concepto inicial y en sus finalidades básicas como son las de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

El matrimonio civil constituido legalmente, es el que regula las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paternas filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc.

Desde las conceptualizaciones más burdas hasta las más complejas, el matrimonio civil es la forma legal (para el Estado) de formar una familia, que debe cumplir con ciertos requisitos que el legislador ha denominado elementos de existencia y de validez; los primeros de ellos (de existencia), tienen por finalidad el surgimiento a la vida jurídica, mientras que los segundos planifican los efectos, imposibilitando la nulidad.

El acto del matrimonio legalmente constituido es la primera institución que reconocen los Estados, el mismo que se da a través de la unión de un hombre y una mujer, en su derecho mutuo, forman un hogar fundamentado en alianza mutua.

Dentro de este acto legal, del matrimonio civil los contrayentes están sujetos a darse y aceptarse uno a otro con el propósito de propagar la raza humana, de educar su prole, de compartir vida en común, de apoyarse uno a otro en el amor conyugal íntegro por una unión perdurable.

Desde los inicios de la constitución del matrimonio civil como tal, los legisladores consideraron que debe tener elementos de: existencia, validez y licitud, para generar el surgimiento de la vida jurídica y por otro lado imposibilitar la nulidad del matrimonio.

4.2.2. Elementos del matrimonio.

Para la existencia del matrimonio, deben concurrir tres elementos: voluntad, objeto lícito y solemnidad.

El primer elemento consta de un acuerdo unilateral entre las dos personas, la voluntad o consentimiento debe ser manifestada expresamente con un "si" pues de no ser así, la voluntad estaría afectada de manera tal que la violencia inducida a coaccionar la libertad de decisión afectaría la existencia del matrimonio.

Para poder manifestar libremente la voluntad de contraer matrimonio, debe, la persona ser consiente del objeto del mismo; desde los comienzos de la regulación civilista del matrimonio, existen dos principales consecuencias del acto matrimonial: fundar una familia o comunidad permanente de vida, así como la ayuda que mutuamente deben de prestarse.

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:

1. La comparecencia de las partes, por sí o por medio de apoderado especial ante la autoridad competente;
2. La constancia de carecer de impedimentos dirimentes;
3. La expresión de libre y espontáneo de los contrayentes;
4. La presencia de los testigos hábiles; y 46
5. El otorgamiento y suscripción del acta correspondiente”²¹

²¹ CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado 2007

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 dos 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 causa a éste; el divorcio es por acontecimientos posteriores, mientras que la nulidad, solo declara la inexistencia de lo que nunca fue válido. 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 válido son: La falta de edad, de consentimiento de quien deba ejercerlo, parentesco, el adulterio entre los que pretendan contraer matrimonio, atentado contra la vida de 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 sería 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 hacía 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 hallan 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”.²²

De acuerdo a lo que cita el Dr. Holguín, la existencia del matrimonio se da, así las condiciones que se mencionan anteriormente no se cumplan en su totalidad, ya que luego podemos hablar de 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 del Código Civil: “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”.²³

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

4.2.3. Constitución del matrimonio.

La constitución del matrimonio, es un acto, el cual lo celebra el Jefe del Registro Civil, Identificación y Cedulación del domicilio de cualquiera de los contrayentes,

²² LARREA HOLGUIN, Juan; Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2002, Pág. 183

²³ CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Pág. 3 49

o por la autoridad que esté investida de este poder, en presencia de dos testigos mayores de edad así lo determina el Art. 100 del Código Civil.

El matrimonio al constituirse legalmente pasa a ser la célula fundamental de la sociedad, reconocida por el Estado ecuatoriano; así lo determina en la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 67.

La perspectiva de la Legislación Ecuatoriana frente a lo importante del matrimonio es crear nexos y vínculos jurídicos, desde los más profundos e íntimos hasta los más sencillos y superficiales, entre dos personas naturales de distinto sexo, con el propósito de que establezcan una vida en común y así puedan procrear y siempre ayudarse recíprocamente en todas las circunstancias.

Las finalidades del matrimonio se basan en constituir un vínculo habitual con vocación de permanencia, dirigido, por su propia finalidad, a la convivencia y colaboración de los cónyuges en un hogar, formando una familia en cuyo seno nacerán y se criarán los hijos como resultado de un acto jurídico bilateral celebrado en un determinado momento.

El modelo actual de matrimonio, que se rigen en muchos países; es el vínculo que procede de un acuerdo de voluntades, no puede disolverse sin causa legal establecida por vía judicial, o muerte por de uno de los cónyuges, los contrayentes deben estar aptos para casarse, ser mayores de edad, tener

libertad para casarse. Es un impedimento u obstáculo la existencia de un vínculo matrimonial anterior vigente, así como tener algún parentesco entre los contrayentes; estos y muchos otros impedimentos coinciden en todos los sistemas matrimoniales civiles y religiosos.

Lo fundamental de la celebración del matrimonio es la manifestación del recíproco consentimiento de los contrayentes. Dicha manifestación puede ser por sí o por medio de un representante como consta en el Código Civil en el Art. 101.

Se considera nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial, expresión con la que se alude al matrimonio simulado por acuerdo de ambas partes: por ejemplo, para adquirir la nacionalidad, por concesión o un derecho arrendatario, o para rebajar el impuesto sucesorio. También son nulos los matrimonios que se celebren entre personas para las que existe impedimento no dispensable.

En julio de 2002 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció el derecho de las personas transexuales a casarse según su identidad sexual después de la operación.

Aunque el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, sin embargo para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro civil, sea la practicada por el juez, en el propio libro al autorizar el

matrimonio, sea transcribiendo un documento intermedio: el acta o certificación correspondiente.

Los denominados efectos personales del matrimonio se han visto afectados de un modo muy profundo respecto de las situaciones y concepciones jurídicas anteriores, pues hoy los derechos y deberes de los cónyuges son idénticos para ambos y recíprocos, además de resultar una consecuencia directa de la superación de la interpretación formal de la igualdad y la introducción de un concepto sustantivo de la igualdad entre los cónyuges.

Destacan entre ellos, aquellos que coadyuvan a la creación, consecución y mantenimiento de una comunidad de vida. Así, los cónyuges están obligados a vivir juntos en el domicilio que ambos fijen de común acuerdo; deben respetarse, ayudarse y gobernar de forma conjunta su hogar; deben guardarse fidelidad; y en consecuencia y a su vez como paradigma de conducta, deben subordinar sus actuaciones individuales y acomodarlas al interés de la familia.

Sin perjuicio de la posibilidad lógica de que entre ellos se dé una especificación de funciones e incluso una división del trabajo, que varía en función de que la mujer y el marido trabajen fuera del hogar, ambos o uno solo de ellos, los cónyuges deben prestar su concurso económico destinado al levantamiento de las cargas familiares, conforme a un criterio de proporcionalidad para con sus respectivos ingresos y recursos patrimoniales dentro de las reglas específicas del régimen económico matrimonial que rijan entre ellos.

A ambos cónyuges les compete por igual el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores o incapacitados y las funciones específicas de alimentarlos, cuidarlos y educarlos conforme a su capacidad y recursos económicos, obrando en todo caso y en primer término en interés del hijo.

El matrimonio crea un vínculo de carácter económico entre marido y mujer, que se hace realidad en lo que se denomina sociedad conyugal, la misma que es fuente de derechos y obligaciones.

Dentro del matrimonio la sociedad conyugal le corresponde a cualquiera de los cónyuges la administración de los bienes siempre que se hayan puesto de acuerdo o de la misma forma puede administrar uno de los dos, para que realice actos relativos a tal administración, de acuerdo a lo expresado en el párrafo segundo del Título Quinto de Libro Primero del Código Civil.

4.2.3.1. Tipos de matrimonio.

Como hemos analizado al referirse al matrimonio se puede establecer que es el conjunto de deberes y derechos dentro de un núcleo familiar dependiendo de la sociedad a la que se pertenece.

Desde que se conoce la existencia de la sociedad, el matrimonio era la unión de dos personas de diferente sexo, pero en la actualidad este concepto ha dado un

giro extraordinario y según los esquemas establecidos, se puede hablar de matrimonios entre personas del mismo sexo.

Entre los tipos de matrimonios que existen, los más comunes son:

Matrimonio Religioso que es un contrato entre personas de diferente sexo, validado bajo el régimen religioso y reconocido por el Estado. Entre los matrimonios religiosos más conocidos tenemos el católico, evangélico, judío; pero para que exista validez, éstos deben estar registrados bajo leyes civiles.

Matrimonio entre homosexuales, bajo las mismas regulaciones y leyes, es reconocido social, cultural y jurídicamente a la unión entre dos personas del mismo sexo con los mismos derechos y obligaciones que en el matrimonio entre un hombre y una mujer.

El matrimonio sororal, es un matrimonio entre un hombre con un conjunto de hermanas o con la hermana de su esposa, basada en la unión de parentescos y se da comúnmente cuando la esposa ha fallecido o porque no puede dar hijos biológicamente.

Matrimonio de conveniencia, ya sea por interés social, económico o jurídico, este tipo de matrimonio es considerado un delito y por lo general no son consumados ya que la pareja no tiene ninguna clase de relación sexual y emocional.

La unión civil, es un matrimonio típico de las parejas heterosexuales u homosexuales (en algunos casos) que por razones ajenas, registran la unión bajo juramento con términos legales como los demás tipos de matrimonio pero con la diferencia en que no se exigen algunos requisitos como en el caso del matrimonio religioso. También es llamado unión libre.

Matrimonio Levirato, es la unión de la mujer viuda con el hermano de su esposo, con el fin de prolongar la descendencia familiar. Este tipo de matrimonio se permite en tribus o los llamados “clanes”.

Las formas religiosas y formas civiles en las que el matrimonio siempre ha estado estrechamente ligado a las creencias religiosas de los pueblos. La separación entre el orden de la fe y el orden político es relativamente reciente.

La Endogamia, es el matrimonio entre miembros de la misma familia o clan.

La exogamia, se denomina al matrimonio entre miembros de familias o clanes distintos.

La Monogamia, es el tipo de matrimonio de un solo hombre con una sola mujer.

La Bigamia, en cambio es el matrimonio de un hombre con dos mujeres o de una mujer con dos hombres. La Poligamia, se denomina al matrimonio de un hombre o de una mujer con varias esposas o varios maridos al mismo tiempo. Por otro lado, la Poliandria que es el matrimonio de una mujer con varios maridos al

mismo tiempo. La Poliginia se llama al matrimonio de una mujer con varias esposas al mismo tiempo.

4.2.4. Antecedentes históricos del divorcio.

El divorcio tiene remotos antecedentes históricos. En el pasado guarda relación estrecha con instituciones tan antiguas como el repudio, en virtud del cual se permitía al marido rechazar a la mujer en ciertas circunstancias que variaron en los distintos tiempos y ordenamientos jurídicos.

Entre los hebreos de la época mosaica, el repudio tenía su fundamento legal en el Deuteronomio que lo permitía con cierta amplitud aparente, sin embargo de la cual no es muy seguro afirmar que se practicara con tanta liviandad puesto que afirman algunos autores que las escuelas rabínicas discrepaban fuertemente en cuanto a la extensión que había de darse al texto de Moisés. Mientras algunos defendían al tenor literal permitiendo el repudio cada vez que el hombre lo deseara, otros rabinos sostenían la necesidad de que se fundara en infidelidades graves.

En la India, no obstante la condición desmejorada en que se encontraba la mujer, se le permitía abandonar a su marido en casos graves, siendo obviamente más amplio el derecho del hombre quien podía repudiar a su mujer por causa de adulterio, malas costumbres, enfermedad contagiosa, esterilidad por más de ocho años, alumbrar solamente mujeres durante doce años, etc.

En Egipto, en cambio, siendo procedente el repudio por parte del hombre, se permitía a la mujer tomar una serie de providencias para evitarlo o, en último término, para obtener compensaciones pecuniarias en casos de producirse. Así, podían estipularse garantías y multas para tal efecto.

En Grecia, tanto Atenas como Esparta permitían el repudio en términos más aproximados a lo que se entiende por divorcio. En Atenas se conocía el divorcio por mutuo consentimiento y sin intervención judicial, además del divorcio contencioso. En Esparta la esterilidad era causa frecuente de divorcio, en consideración a la importancia de la procreación, tenida muy en alto por el régimen espartano. Ello sin perjuicio de conservar el marido la libertad de repudiar a la mujer, privilegio consagrado en la legislación de Carontas.

Roma, conoció casi simultáneamente formas de repudio como de divorcio, en las cuales se daba o faltaba el consentimiento de la mujer, según la forma o modalidad que había adoptado el matrimonio mismo. En los casos de matrimonios contraídos mediante coemptio o por usucapión, se generaba una verdadera forma de repudio a través de la cual el marido hacía venta aparente de su mujer a un tercero que la manumitía (liberaba).

En los matrimonios libres o sine manus, en cambio, se producía formas de divorcio ya sea consensual o contencioso, existiendo en este último caso causas justificatorias. En tiempos del imperio, las leyes Julia, Papia Popea y Julia de Adulterio, establecieron que el divorcio fuera participado a la mujer mediante un

liberto (esclavo liberado) y en presencia de siete testigos, para hacer entrega, a continuación, del libellum divorti.

Con los emperadores cristianos, particularmente Constantino, se advierte una tendencia a refrendar el divorcio, el que recobra su tolerancia con posterioridad a Justiniano.

Entre los Germanos, se dio también conjuntamente el divorcio por mutuo consentimiento, con el repudio que correspondía al marido, particularmente en casos de esterilidad de la mujer o de adulterio. Empero, procedía al repudio aún sin causa justificada dando lugar, en este caso, a compensaciones pecuniarias.

Es el Cristianismo, el que incorpora la indisolubilidad del matrimonio elevado a partir de entonces a rangos sacramentales. Los evangelistas consignan los principios fundamentales que permitían la construcción jurídica del Canonismo. Así es concluyente la sentencia de SAN MARCOS: “...pues lo que Dios juntó, no lo separe el hombre”.... “cualquiera que repudiare a su mujer y se casare con otra comete adulterio contra ella”

En el Concilio de Trento la Iglesia Católica proclama oficialmente la indisolubilidad del matrimonio y el consecuente destierro del divorcio, permitiendo en cambio la simple separación de cuerpos, sin disolución vincular.

La Iglesia de oriente, mantuvo el divorcio, de la misma manera que la Iglesia reformada de Lutero, escindida del Vaticano a mediados del siglo XVI, lo proclamó a partir del cisma.

El espíritu liberal que conduce a la Revolución Francesa determina que en medio de este proceso se secularice el matrimonio, momento a partir de la cual adquiere el carácter “contractual” con que pasa a los tiempos modernos y se dicte la Ley de Divorcio del año 1972, que permitió el divorcio consensual en Francia. Ratificado por el Código de Napoleón, es suprimido en 1816 durante la restauración monárquica de Luis XVIII.

4.2.5. El divorcio en el Ecuador.

Habiendo revisado ya las distintas nociones conceptuales sobre el divorcio lo cual nos ha conducido a comprender que la institución describe aquella “acción o efecto de divorciarse, es decir la acción o efecto de separar, cuya declaración la hace el juez competente por sentencia; de tal modo que el divorcio es la ruptura del matrimonio válido”²⁴; es momento de analizar algunas connotaciones de orden cronológico en relación a la figura objeto de análisis desde el entorno ecuatoriano.

²⁴ [http:// www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view: el juicio de divorcio. en el ecuador=28:derechocivil&ited=420](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view: el juicio de divorcio. en el ecuador=28:derechocivil&ited=420)

Antes de la dictación de la Ley de Matrimonio Civil de 1902, existía en el Ecuador esa forma mal llamada divorcio, que consistía en la simple separación de cuerpos, materia que correspondía resolver a la autoridad eclesiástica, según lo disponía el Art. 1889.

En 1895 se estableció por primera vez el matrimonio civil en nuestro país; en 1902 se admitió el divorcio por adulterio de la mujer; en 1904 se aceptaron otras dos causales para el divorcio; esto es: adulterio de la mujer, concubinato del marido y atentado de uno de los esposos contra la vida del otro. El 30 de septiembre de 1910 se introdujo el divorcio por mutuo consentimiento.

En el Art. 163 del Código Civil, edición de 1889, se reconocía la competencia de la autoridad eclesiástica para resolver sobre tales separaciones, mientras que los efectos civiles del divorcio, esto es, todo lo que concierne a los bienes de los cónyuges, a su libertad personal, a la crianza y educación de los hijos, eran reglamentados privadamente por las leyes y judicaturas civiles.

También decía dicho artículo que, la habitación y alimentos de la mujer y las expensas de la litis, que el marido debe suministrar a la mujer durante el juicio de divorcio, se reglarán y decretarán por el Juez Civil. En esta forma, se repartiría razonablemente la competencia de las leyes y tribunales civiles y eclesiásticos en tan delicada materia. Las referidas disposiciones se producen todavía en la edición del Código Civil de 1930, en el Art. 168, pero entonces ya estaban realmente derogadas por la Ley de 67 1902 y sus numerosas reformas, todas

las cuales desconocieron unilateralmente y sin razón alguna la competencia eclesiástica.

Pronto vinieron las reformas destinadas a facilitar la disolución de la familia, tal es así que en 1904, se dio efecto retroactivo a la Ley de Matrimonio Civil y Divorcio sin respetar los derechos legítimamente adquiridos; dicha ley añadió ya dos nuevas causas de divorcio: El concubinato público y escandaloso del marido y el haberse declarado por sentencia judicial que es uno de los cónyuges autor o cómplice de un crimen contra la vida del otro cónyuge.

En 1904, el Ministro de Relaciones Exteriores, propuso por primera vez un proyecto de divorcio por mutuo consentimiento, pero fue rechazado y en 1908 fue propuesto por el Dr. Vicente Benítez y el Dr. Ángel Hidalgo, mismo que fue aprobado con una rapidez inusitada en la Cámara de Diputados.

La experiencia ha demostrado la triste verdad que casi siempre los llamados divorcios por mutuo consentimiento se reducen al más innoble comercio de recíprocas concesiones o ventajas económicas a cambio de una aparente libertad, otras veces, el temor del escándalo sirve de arma de chantaje para imponer el divorcio por mutuo consentimiento. La ley de 1910, redujo a los diez años de espera para poder contraer nuevo matrimonio, a solamente dos, en el caso de divorcio por mutuo consentimiento. Una nueva reforma en 1912, decía en términos explicables:

“Si la separación de los cónyuges, anterior a la sentencia ejecutoriada de divorcio, ha sido de 6 a 8 años, las nuevas nupcias pueden verificarse 10 meses después de dicha sentencia. Se descubre a primera vista el afán de apresurar las nuevas nupcias; pero no se comprende cómo pudo el legislador señalar un nuevo plazo máximo y mínimo de separación anterior al matrimonio para que solamente hubiera que esperar los dos meses”.

Con estas reformas realizadas, llegó el divorcio a generalizarse de manera alarmante. Parece increíble pero es verdad que durante los primeros ocho años de vigencia en el Ecuador, apenas se produjeron cuatro casos de divorcio, lo que significa que una ley repudiada por toda la opinión pública nacional. Ante la calamitosa ola de destrucción familiar, se procuró poner inútiles paliativos a aquellas leyes intrínsecamente malas, estableciéndose que la prohibición de volverse a casar antes de 300 días no regiría en el caso de que el matrimonio fuera con el último marido, pensando favorecer así a la reconciliación de los divorciados, inútil medida, cuando se favorecía por todos los medios el divorcio.

El Presidente Arroyo del Río desde el primer mensaje al asumir el mando manifestó la necesidad de reformar las leyes disolventes de nuestra sociedad. La ley de 1940, en síntesis contiene lo siguiente:

a) Supresión del llamado tácito;

b) En cambio se aumentó como 13^a causal de divorcio, la separación de los cónyuges, con ruptura de las relaciones conyugales por el tiempo de tres años, no pudiendo demandar por esta causa, sino el cónyuge agraviado;

c) Estableció el plazo de dos meses que debe correr entre la demanda del divorcio y la audiencia de conciliación para dar tiempo a la reflexión en el divorcio por mutuo consentimiento;

d) Como condición para que pueda sentenciarse el divorcio e inscribirse la sentencia en el Registro civil, debe quedar resuelta previamente la situación jurídica de los hijos.

En noviembre de 1961 el Congreso Nacional aprobó otras reformas que se inspiran en el deseo de restringir el divorcio, evitando sobre todo algunas corruptelas introducidas en los juicios, como la de citar en un domicilio falso, y seguir el juicio en rebeldía del cónyuge falsamente citado, el cual no podía saber ni siquiera de la existencia de la demanda. Desgraciadamente, en estas reformas se introdujo a último momento y de manera irregular una disposición que desvirtúa el espíritu de la reforma y pone en grave peligro la institución de la separación conyugal.

El Decreto N^o. 112 de 1935, introdujo una serie de importantísimas reformas cuyos objetivos eran facilitar el divorcio. En primer término, abolió el llamado divorcio desvincular y creó el divorcio tácito, suprimido más tarde por la Ley de

1940. Esta misma ley agregó como causal la separación con ruptura de relaciones conyugales por un periodo superior a tres años.

En el mes de noviembre de 1958, una nueva Ley restableció el divorcio no vincular (separación de cuerpos), dándole la forma de “separación conyugal judicialmente autorizada).

Estamos todos conscientes de que el matrimonio es una realidad social y civil y cuando no funciona, el Derecho, no tiene otra opción que reconocerlo, así, siendo inútil e inclusive perjudicial cualquier otro tipo de solución legal que pretende mantener artificialmente una convivencia imposible; pues si bien la unión conyugal supone en condiciones normales el mantenimiento y el equilibrio de las relaciones personales entre los cónyuges, pero el desequilibrio en esas relaciones o la violación pura y simple de las obligaciones impuestas a cada uno crean una situación anormal en la que probablemente dos seres angustiados sentirán amargarse sus vidas y para este hecho aparece como solución el divorcio.

4.3. MARCO JURÍDICO

Conforme a la estructura y metodología de este tipo de investigación, es necesario referirme a toda la normativa existente en relación al problemática objeto de estudio, así entonces, citaré importantes referencias constitucionales, legales, reglamentarias y otras de carácter conexo en relación a la institución del matrimonio reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, todo dirigido a sustentar mis posiciones frente a la problemática que estimo existe en el Ecuador por la inaplicabilidad de la causal de adulterio tratándose del divorcio por causal.

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.

La Constitución de la República del Ecuador, dispone en su Art. 67 que “se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.

Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”.²⁵

El Estado dentro de su ámbito de protección y procura del bien común como uno de sus fines fundamentales de forma general asegura a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, garantizando a través de un marco jurídico la consecución de los fines de la familia, por ello la familia se debe constituir mediante vínculos jurídicos o de hecho, reconociendo al matrimonio como la unión entre hombre y mujer fundada en el libre consentimiento de los contrayentes, en la igualdad de sus derechos, obligaciones o capacidad legal; así como también reconoce la unión estable monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generando los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, limitando la adopción sólo a parejas de distinto sexo cuando conformen una unión de hecho.

La actual Constitución destaca el reconocimiento de la familia en sus diversos tipos, esto en atención y tomando en cuenta la evolución de la sociedad, la profunda crisis que afrontan las familias ecuatorianas dando lugar a diferentes clases de familias como las que tienen como jefa de hogar a las madres, sea al tener hijos de manera extramatrimonial o por haber sido abandonadas por su

²⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Art. 67.

esposo o de haber emigrado al exterior a trabajar, el divorcio, la viudez etc., padres que están a cargo de la crianza de sus hijos solos o que sus madres han emigrado igualmente al exterior en busca de trabajo, abuelos que crían a sus nietos; o las uniones de hecho de personas del mismo sexo, pero que en definitiva la actual Constitución lo que ha hecho es reconocer los diversos tipos de familia que se han venido dando en la sociedad ecuatoriana.

4.3.2. Terminación y extinción del matrimonio conforme al Código Civil.

Nuestro Código Civil establece en el Art. 105 lo relacionado con la terminación del matrimonio. “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 concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y,
- 4) Por divorcio”.²⁶

El Art. 106 del Código Civil determina que:

²⁶ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Publicaciones y Legislaciones 2012. Art. 105

“El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en éste Código”.²⁷

Es el divorcio el que extingue el matrimonio, elimina el estado civil de casado y con ello permite la posibilidad de ulteriores nupcias; además, con el divorcio se disuelve la sociedad conyugal y ésta puede liquidarse para asignar a cada cónyuge sus gananciales.

Como se ha venido analizando, se sabe que el matrimonio es un contrato unilateral firmado y constituido legalmente; en el cual al no cumplir lo que manda la ley estamos supeditados a la disolución del mismo, ya sea a la disolución por mutuo acuerdo de las partes o a petición de uno de los cónyuges.

La declaración de terminación del vínculo matrimonial y de todo contrato matrimonial, solo puede ser declarado terminado por un juez competente.

Entre las más habituales causales constan las de: abandono injustificado de un cónyuge al otro por más de un año, adulterio, injurias graves o actitud hostil de un cónyuge contra el otro, por el hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o en general toxicómano, tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, por adolecer uno de los cónyuges enfermedad grave incurable y contagiosa o transmisible a la prole.

²⁷ Ob. Cit. Art. 106.

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 desechará 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 terminado el vínculo matrimonial que los une, por ser ese su deseo libre y voluntario.

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

Cuando el divorcio es por mutuo consentimiento, los cónyuges dentro del proceso, no deben probar nada, no se requiere de ningún tipo de prueba

testimonial, documental o material, tan solo se requiere expresar su resolución definitiva de terminar el vínculo matrimonial que los une.

Finalmente, el Juez en sentencia acogerá la petición de los cónyuges y declarará terminado el vínculo matrimonial.

Para la terminación del matrimonio también se da el caso de la nulidad como se lo determina en el Código Civil Art. 94 que dice

“El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, surte los mismos civiles que el válido, respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, y respecto de los hijos concebidos dentro de dicho matrimonio. Pero dejará de surtir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges.

Las donaciones o promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que se casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio.”

La nulidad matrimonial civil implica la invalidación del matrimonio por la existencia de un vicio o defecto esencial en su celebración.

El matrimonio que es declarado nulo se considera que nunca ha existido, salvo respecto al cónyuge que lo hubiera contraído de buena fe y respecto a los hijos. La nulidad matrimonial, regida en nuestro sistema jurídico por el Código Civil con

independencia de la forma que adopte el matrimonio, procederá cuando existan defectos o errores coetáneos a la celebración de dicho negocio jurídico y su estimación tendrá como consecuencia la declaración de inexistencia de vínculo matrimonial. Siendo el matrimonio un contrato solemne, la nulidad puede provenir de: la incapacidad de los contrayentes; del vicio en el consentimiento matrimonial; de la falta de alguna solemnidad esencial. Cualquiera que sea la causa de la nulidad de un matrimonio, debe ser previamente declarada en sentencia ejecutoriada por la autoridad competente puede ser esta nacional o extranjera.

En el párrafo anterior me refiero a la autoridad nacional o extranjera ya que un matrimonio contraído o celebrado en nación extranjera surtirá en el Ecuador los mismos efectos civiles que si hubiese casado en territorio ecuatoriano.

4.3.3. Clases de Divorcio.

La normativa civil ecuatoriana permite que el divorcio se verifique o por decisión compartida de ambos cónyuges, o bien por la iniciativa de uno de ellos cuando se da alguna de las causales prevista para tal efecto. De aquí surge una clasificación del divorcio en la que se distinguen el divorcio consensual y el divorcio contencioso.

EL DIVORCIO CONSENSUAL.- Que es aquel decidido por mutuo consentimiento de ambos cónyuges y declarado por sentencia judicial. Esta modalidad se encuentra contemplada en el Art.107 del Código Civil.

Se lo ha calificado como consensual, puesto que nace de la voluntad conjunta de los cónyuges para dar por terminado al matrimonio; en la legislación ecuatoriana puede caracterizarse como una institución en la que no se requiere expresión ni calificación de causas.

Desde otro punto de vista, el divorcio por mutuo consentimiento puede ser considerado como un acto enteramente libre de los cónyuges quienes lo deciden y concretan sin intervención judicial, limitándose a registrar la disolución en mecanismos administrativos, o bien como una modalidad que, teniendo como origen y fundamento la libertad de decisión de los cónyuges, requiere sin embargo un pronunciamiento judicial que declare el divorcio, en la mayor parte de los ordenamientos que aceptan esta forma, particularmente en el Código Civil ecuatoriano, en donde la disolución del matrimonio, no opera por la decisión común de los cónyuges sino por la sentencia judicial que declara el divorcio.

Finalmente, si bien se ha calificado de consensual a esta modalidad puesto que nace de la voluntad conjunta de ambos cónyuges de poner término al matrimonio, puede darse el caso de que se suscite cuestiones de orden contencioso en el curso del procedimiento judicial, como sucede cuando no hay acuerdo entre los cónyuges en lo relativo a la situación en que quedarán los hijos

menores y en cuyo caso entran a aplicarse las normas del artículo 107 del Código Civil.

En síntesis, el divorcio consensual en la legislación ecuatoriana puede caracterizarse como una institución en la que no se requiere expresión ni calificación de causas; que solamente procede en virtud de sentencia judicial y que puede dar origen a incidentes de carácter contencioso.

EL DIVORCIO POR CAUSALES.- El divorcio por causales tiene el carácter de judicial y para que exista el mismo, deberá haber juicio de por medio. Es el solicitado por uno de los cónyuges, sin o contra la voluntad del otro, por una o varias de las causales del Art. 110 del Código Civil.

Las causales de divorcio que se aleguen, deberán ser debidamente comprobadas en juicio, debiendo señalarse además que las causales de divorcio son taxativas, es decir, se encuentran expresamente señaladas por la ley.

Haciendo una retrospectiva en nuestra legislación, 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 ésta no sea causal de divorcio sino una forma especial de divorcio sin causa. En el año 1935 se incrementan a 12 las causales y en 1940, al suprimir el divorcio por consentimiento tácito, pasó a configurar con la separación de tres años, la décima tercer causal de divorcio. La Ley de 1958

modificó la redacción del Art. 132 y la ley de 1960 señala como causas de divorcio las siguientes:

Art. 110 del Código civil: "Son también causas de divorcio:

1ª. El adulterio de uno de los cónyuges

2ª Sevicia;

3ª Injurias graves y actitud hostil que manifiestan claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial. Estas casusas serán apreciadas y calificadas por el Juez, teniendo en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse;

4ª Amenazas graves y frecuentes de un cónyuge contra la vida del otro;

5ª Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice;

6ª El hecho que dé a luz la mujer un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la legitimidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare la ilegitimidad, conforme a lo dispuesto en este Código;

7ª Los actos ejecutados por el marido con el fin de corromper a su mujer, o por cualquiera de los cónyuges a fin de corromper a los hijos;

8ª El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos designados por el juez, como incurable o contagiosa o transmisible a la prole;

9ª El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general toxicómano;

10ª La condena ejecutoriada a reclusión mayor;

11ª El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente”²⁸

Es frecuente que solamente se reconozcan como causas de divorcio actos culpables pero en nuestro código Civil encontramos algunos que pueden ser absolutamente inculpables, hasta algunos que no son actos sino simples hechos como las enfermedades o como la toxicomanía.

Otra observación de carácter general consiste en que las causales deben servir de fundamento para obtener el divorcio solamente a aquel cónyuge en quien no se halle la causal y que no sea culpable de ella. De otro modo, tendríamos un absurdo jurídico de que alguien podría beneficiarse de su propio dolo o culpa. Nuestra Ley ha querido formular expresamente esta doctrina y a través de las numerosas reformas ha empleado términos o expresiones más o menos

²⁸ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Art. 110.

aceptadas o a veces ambiguas, como cuando dicho “cónyuge perjudicado” o “cónyuge abandonado”, hasta llegar a la actual redacción del Art. 110 que en el último inciso emplea una de las expresiones menos acertadas:

“El divorcio por estas causas será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyera perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas”. Si se interpreta literalmente este inciso, se cae en el subjetivismo más absurdo; cualquiera puede creerse perjudicado, pero lo que la ley debe de tomar en consideración, es el perjuicio real, la culpabilidad o la conducta dolosa que producen, el perjuicio y no la apreciación subjetiva de una parte litigante.

El divorcio por estas causas será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas, con la salvedad establecida en el inciso segundo de la causal 11 del artículo 110.

Por otro lado las características de las causales de divorcio contempladas en el Art. 110 del Código Civil, según la doctrina y el profesor Francisco Consentini, señala cinco:

“1. Causas Criminológicas.- Esto es el adulterio, el atentado contra la vida del otro cónyuge, la condena por reclusión, la falta de moralidad y perversión sexual, los malos tratos e injurias y el intento de prostitución;

2. Causas Simplemente Culposas.- Esto es el abandono voluntario;
3. Causas Eugenésicas.- Esto es enfermedades, alcoholismo y toxicomanía;
4. Causas Objetivas.- Esto es separación voluntaria de los dos cónyuges; y,
5. Causas Indeterminadas.- Esto es el embarazo prenupcial ignorado por el marido.”

En general las causales del divorcio del Art. 110 del Código Civil Ecuatoriano contienen acciones u omisiones cometidas por uno o por ambos cónyuges que revelan el incumplimiento de los deberes conyugales o la violación de ellos y en consecuencia configuran la causal de divorcio.

4.3.4. Caracteres de las causales de divorcio contempladas en el Art. 110 del Código Civil.

Los hechos constitutivos de causas de divorcio, sólo pueden ser invocados por el cónyuge perjudicado, en las causales: primera, segunda, tercera, cuarta quinta sexta séptima, novena, décima y décima primera inciso primero.

Las causales de divorcio suponen un autor consciente y responsable, es decir imputable.

Los hechos constitutivos de las causales de divorcio alegadas para iniciar la acción deben ser probados en juicio y pueden ser probados por todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil.

La enumeración del Art. 110 del Código Civil es taxativa, en esto no hay duda y así se ha pronunciado la Ex – Corte Suprema de Justicia.

En doctrina se clasifican a las causales de divorcio enumeradas en el Art. 110 del Código Civil en causas absolutas y causas relativas.

Las primeras son el adulterio, el abandono, o llamadas también perentorias en virtud de que están constituidas por hechos que sometidos a un análisis objetivo, tienen relación con el carácter, educación o personalidad de los cónyuges, se consideran suficientes para acordar el divorcio, porque imposibilitan la continuación de la vida matrimonial. Las otras causas son relativas o facultativas, en el sentido de que deben ser examinadas en función del carácter, educación y en general las condiciones personales del cónyuge para determinar si se encuentran reunidos los suficientes elementos como para impedir la vida conyugal y por tal declarar el divorcio.

En general las causales de divorcio, no son sino un fraccionamiento de un mismo concepto relativo a la inobservancia de elementales deberes emergentes del matrimonio, de un atentado a la personalidad del otro cónyuge o de los hechos demostrativos de la imposibilidad de la continuación del vínculo matrimonial,

parece ser que el carácter de estas causales se adhiere al concepto de divorcio sanción, por un parte y por otra a divorcio remedio y esto porque si bien es cierto que la sociedad está interesada en la subsistencia del vínculo conyugal, no es menos cierto que existe un verdadero interés jurídico y social, en no mantener uniones imposibles que son fuente permanente de reyertas, escándalos y mal ejemplo para los hijos.

Las causales del Art. 110 del Código Civil son taxativas, es decir, son las únicas por las cuales los cónyuges pueden solicitar su divorcio.

Hay que tener en mente la disposición de los dos últimos incisos del Art. 110, que dicen: “en lo que fuera aplicable, las causas previstas en este artículo, serán aplicadas y calificadas por el juez, teniendo en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse”

“el divorcio por estas causas será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de la demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas, con la salvedad establecida en el inciso segundo de la causal 11ª.”

4.3.5. Análisis jurídico de la causal de adulterio.

Para analizar la figura del adulterio como causal de divorcio debemos remitirnos al Código Civil que es el cuerpo legal que norma la institución jurídica del

matrimonio y sus formas de terminación, es así que el art. 110 establece las causales de divorcio, que me propongo analizar jurídicamente a continuación:

1.- El adulterio de uno de los cónyuges.

Esta causal es la primera que establece el Art. 110 del Código Civil y sobre la cual es necesario en primer lugar tener una idea clara, me permito citar algunos conceptos:

Guillermo Cabanellas define al adulterio como: “El acceso carnal que un casado tiene con la mujer que no sea la legítima, o una casada con hombre que no sea su marido. Constituye una violación de la fe conyugal”.²⁹

Por otro lado el Diccionario Ruy Díaz sobre el adulterio señala que es: “El acto de una persona casada que violando el deber de fidelidad conyugal concede sus favores a otra persona. El acceso carnal que una persona casada tiene con otra que no sea su cónyuge legítimo. El adulterio ha sido castigado con severidad en casi todos los pueblos. Los antiguos egipcios imponían por él la castración, creyendo hallar en esta barbarie cierta especie de proporción entre el delito y la pena; pero después daban al hombre mil azotes o cortaban la nariz a la mujer. Se encuentran escritos de los libios establecieron contra este delito la pena de muerte. La cultura de brama condenaba a las mujeres adúlteras a ser comidas por los perros. Los judíos apedreaban a los dos culpables. En cambio los sajones

²⁹ CABANELLAS, Guillermo, Obra Citada, Pág. 28.

quemaban a la mujer, y sobre sus cenizas levantaban un cadalso en que daban garrote a su cómplice”.³⁰

De los conceptos citados se colige que el adulterio es la relación sexual de una persona casada con otra que no es su cónyuge.

Como causal de divorcio, el adulterio debe ser probado en juicio verbal sumario y para lo cual es necesario acreditar que existió la relación sexual extraconyugal para configurar la causal de divorcio, lo que resulta dificultoso probar fehacientemente, ya que normalmente solo es posible a través de medios probatorios concurrentes llegar a una presunción fundada de manera que el juez califique a través de las pruebas aportadas si se configura o no la causal de divorcio de adulterio.

Además es necesario destacar que para que se configure esta causal de divorcio se requiere que existan ciertos elementos como: que exista un matrimonio válidamente celebrado, ya que si el matrimonio no es válido no existiría adulterio; que exista relación sexual extraconyugal; y que la relación adúltera sea suficientemente acreditada.

³⁰ ROMBOLA, Néstor y REBOIRAS, Obra Citada, Pág. 31

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

Con el objeto de abordar esta parte de la investigación, expongo tres legislaciones de diferentes países: La Peruana, Chilena y Uruguaya; las legislaciones que expongo versan fundamentalmente en la institución del matrimonio y la forma de disolverlo.

Así empiezo con la legislación de la República del Perú:

4.4.1. Legislación Peruana.

Código Civil Perú Libro III Derecho de Familia

LIBRO III

DERECHO DE FAMILIA

TITULO IV

Decaimiento y Disolución del Vínculo

CAPITULO PRIMERO

Artículo 333.- Causales de la separación de cuerpos

“Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.

13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio”.

4.4.2. Legislación Chilena.

CÓDIGO CIVIL DE CHILE

Título VI

OBLIGACIONES Y DERECHOS ENTRE LOS CONYUGES

1. Reglas generales

Art. 131. Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos.

Art. 132. El adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley prevé.

Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge.

Art. 133. Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asistan razones graves para no hacerlo.

Art. 134. El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie.

El juez, si fuere necesario, reglará la contribución.

Art. 135. Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título De la sociedad conyugal.

Los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción.

Art. 136. Los cónyuges serán obligados a suministrarse los auxilios que necesiten para sus acciones o defensas judiciales. El marido deberá, además, si está casado en sociedad conyugal, proveer a la mujer de las expensas para la

litis que ésta siga en su contra, si no tiene los bienes a que se refieren los artículos 150, 166 y 167, o ellos fueren insuficientes.

Art. 137. Los actos y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal, sólo la obligan en los bienes que administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167.

Con todo, las compras que haga al fiado de objetos muebles naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia, obligan al marido en sus bienes y en los de la sociedad conyugal; y obligan además los bienes propios de la mujer, hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto, comprendiendo en este beneficio el de la familia común en la parte en que de derecho haya ella debido proveer a las necesidades de ésta.

4.4.3. Legislación Uruguaya.

LIBRO PRIMERO

De las Personas

TITULO V

Del Matrimonio

CAPITULO V

De la Separación de Cuerpos y de la Disolución del Matrimonio

SECCIÓN I

De la Separación de Cuerpos

148. La separación de cuerpos sólo puede tener lugar:

- 1º. Por el adulterio de cualquiera de los cónyuges.
- 2º. Por la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, pronunciada la sentencia criminal condenatoria.
- 3º. Por sevicias o injurias graves del uno respecto del otro. Estas causales serán apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación y condición del cónyuge agraviado.
- 4º. Por la propuesta del marido para prostituir a la mujer.
- 5º. Por el conato del marido o el de la mujer para prostituir a sus hijos y por la connivencia en la prostitución de aquéllos.
- 6º. Cuando hay entre los cónyuges riñas y disputas continuas, que les hagan insoportable la vida común.

7º. Por la condenación de uno de los esposos a pena de penitenciaría por más de diez años.

8º. Por el abandono voluntario del hogar que haga uno de los cónyuges, siempre que haya durado más de tres años.

9º. Por la separación de hecho, ininterrumpida y voluntaria de por lo menos uno de los cónyuges durante más de tres años, sea cual fuere el motivo que la haya ocasionado.

10º. Por la incapacidad de cualquiera de los cónyuges cuando haya sido declarada por enfermedad mental permanente e irreversible (artículo 431 y siguientes en cuanto sean aplicables) y siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

Que haya quedado ejecutoriada la sentencia que declaró la incapacidad.

Que, a juicio del Juez, apoyado en dictamen pericial, la enfermedad mental sea de tal naturaleza que racionalmente no pueda esperarse el restablecimiento de la comunidad espiritual y material propia del estado de matrimonio.

Ejecutoriada la sentencia, el cónyuge o ex cónyuge en su caso deberá contribuir a mantener la situación económica del incapaz, conjuntamente con todos los demás obligados por ley a la prestación alimenticia según las disposiciones aplicables.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

Para la realización del presente trabajo de investigación jurídica, he considerado la utilización de los distintos materiales, métodos y técnicas que la investigación proporciona. Es decir, los procedimientos que me permitieron descubrir, sistematizar, diseñar y ampliar nuevos conocimientos en el campo de la investigación científica y que me sirvieron para desarrollar de una mejor manera la presente investigación jurídica.

5.1. Materiales Utilizados:

Este trabajo de investigación lo fundamenté de manera documental, bibliográfica y de campo, que al tratarse de una investigación de carácter jurídico, utilicé textos y materiales relacionados con el Derecho Civil en el Ecuador.

Las fuentes bibliográficas las utilicé según el avance y el esquema de búsqueda de información previamente establecida para la investigación, para la revisión de literatura utilicé textos jurídicos, diccionarios, enciclopedias, como fuente de información conceptual de los diferentes términos referentes a la temática de estudio, así como páginas de internet.

En cuanto a la doctrina, utilicé libros de autores en Jurisprudencia y del Derecho, conocedores de la materia como es el Derecho Civil, que por su experiencia y

sapiencia, me permitieron conocer sus ideas para fundamentar el desarrollo de la investigación proporcionándome conocimientos valiosos.

La diferencia de materiales fue complementada con el conjunto de materiales de oficina.

5.2. Métodos:

Previamente a la descripción de los métodos utilizados en la presente investigación, es necesario brindar una pequeña conceptualización de método.

Frank Pool explica que “método es la forma para ordenar una actividad para conseguir un fin determinado; es también, la manera de demostrar la validez objetiva de lo que se afirma”³¹.

De acuerdo a lo dicho, se entiende por método el camino a seguir para lograr los objetivos planteados; así mismo, es necesario aclarar que un método que da buenos resultados en las ciencias naturales no necesariamente los da en las ciencias sociales y jurídicas y viceversa.

³¹ POOL, Frank. (02 de octubre de 2010). Slideshare. (L. C. 2014, Productor) Recuperado el 09 de julio del 2015, de es.slideshare.net: http://es.slideshare.net/BladePardo/savedfiles?s_title=mtodos-y-tcnicas-de-la-investigacin-jurdica-1&user_login=fpool

Por lo dicho, he considerado pertinente la utilización de los siguientes métodos de investigación jurídica:

a) Método Científico:

Según Frank Pool el **método científico** se considera la “matriz general de la investigación, se diferencia de otros métodos de investigación por ser capaz de autocorregirse, así como también, tiene por objeto la búsqueda de un saber adicional o complementario al existente, mediante la aprehensión dialécticamente renovada de un saber adicional”³².

Resulta importante el uso del método científico, pues a través de su manejo logré un estudio minucioso y constante para analizar las cuestiones que requieren solución en el ámbito normativo del Código Civil vigente, tomando en cuenta la realidad social en la cual se encuentra inmersa de acuerdo a la realidad actual.

Además, utilicé este método como un proceso para adquirir y conformar el conocimiento de forma sistemática aprovechando a la vez el análisis, la síntesis, la inducción y deducción.

³² POOL, Frank. (02 de octubre de 2010). Slideshare. (L. C. 2014, Productor) Recuperado el 09 de julio del 2015, de es.slideshare.net: http://es.slideshare.net/BladePardo/savedfiles?s_title=mtodos-y-tcnicas-de-la-investigacin-jurdica-1&user_login=fpool

b) Método Deductivo - Inductivo:

La deducción según Peirce & Werner “es un razonamiento que va de lo general a lo particular, se puede traducir como conclusión, inferencia, consecuencia y/o derivación lógica”³³.

En el presente trabajo de investigación, utilicé el método deductivo partiendo de aspectos generales de la investigación para llegar a situaciones particulares.

En un sentido opuesto, la inducción, “es un proceso que va de lo particular a lo general”³⁴.

Este método es muy importante y lo utilicé en el estudio del campo jurídico de la presente investigación, especialmente en el análisis de las normas de menor jerarquía y encaminadas y en relación con las normas generales.

c) Método Analítico - Sintético:

El método analítico según Olabuénaga “trata de descubrir y construir los objetos de conocimiento dividiendo la realidad en sus partes más elementales”³⁵.

³³ PEIRCE, C., & RUIS WERNER, J. (2005). Deducción, inducción e hipótesis. Buenos Aires: Aguilar. Pág. 26.

³⁴ Ob. Cit. Pág. 39.

³⁵ OLABUÉNAGA, José Ignacio. (2012). Metodología de la investigación cualitativa. Bilbao: Universidad de Deusto. Pág. 55.

Entonces, resultó absolutamente necesario utilizar este método, ya que para poder comprobar la hipótesis tuve que analizar el problema planteado descomponiendo sus partes y cada uno de los elementos que intervinieron, para poder tener una mejor claridad del objeto de estudio para lograr el fin propuesto.

“El método **sintético** busca solo la unión de las partes que el analista separa, incorporando una idea de totalidad relativa al proceso de la investigación”³⁶.

Así mismo, utilicé este método para desarrollar en sus partes pertinentes el estudio de manera resumida, tomando en consideración sus partes más importantes.

Éste método fue de mucha importancia para la realización del resumen, introducción y las conclusiones de la investigación.

d) Método Histórico:

El método **histórico**, según Berrio “está vinculado al conocimiento de las distintas etapas de los objetos en su sucesión cronológica, para conocer la evolución y desarrollo del objeto o fenómeno de investigación se hace necesario

³⁶ Ob. Cit. Pág. 56.

revelar su historia, las etapas principales de su desenvolvimiento y las conexiones históricas fundamentales”³⁷.

Mediante este método analicé la trayectoria concreta de las causas de divorcio, su condicionamiento a los diferentes períodos de la historia. Así mismo, me permitió recopilar información del origen evolución y forma actual que tiene el problema de investigación.

e) Método Comparativo:

En términos de Giovanni Sartori el método **comparativo** es un “procedimiento de búsqueda sistemática de similitudes entre dos o más materias, con el objeto de estudiar su parentesco y finalmente reconstruir una teoría”³⁸.

Este método me permitió equiparar dos objetos de estudio de igual o similar naturaleza, el cual principalmente lo utilicé para la comparación de las legislaciones extranjeras respecto de la de nuestro país, concretamente la normativa relacionada con las causales de divorcio y al adulterio de manera específica.

³⁷ BERRIO, Julio. (1997). El método histórico en la investigación histórico-educativa. In La investigación histórico-educativa: tendencias actuales. Madrid: Ronsel. Pág. 49.

³⁸ SARTORI, Giovanni. (2010). Comparación y método comparativo. Editorial Alianza. Pág.27.

f) Método Jurídico:

Según García el método **jurídico** consiste en las “técnicas de aproximación al fenómeno jurídico en su realidad histórica, humana y social, además de la técnica de interpretación del derecho; así como, la revisión a través de la lógica de las fuentes y fines del derecho”³⁹.

Este método se complementa con los demás métodos descritos en la presente investigación, por la complejidad de las relaciones humanas, por lo que creí pertinente su utilización para lograr una mejor comprensión del Derecho en sí, su origen, evolución y repercusiones sociales, todo en torno al tema de tesis planteado.

5.3. Procedimientos y Técnicas:

a) Bibliográfica:

La bibliografía según González, “es un valioso auxiliar para llegar a las fuentes del saber humano. La técnica de investigación bibliográfica como las demás técnicas de investigación jurídica, tienen como finalidad captar los adelantos científico-jurídicos en el menor tiempo posible y con los más satisfactorios

³⁹ GARCÍA, Manuel. (2011). Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica. Editorial Tecnos. Pág. 41.

resultados. Esta técnica implica complementariamente la habilidad en la comprensión de la lectura en la mayor brevedad posible”⁴⁰.

Se refieren a estudios generales incorporados en libros o bien, en ensayos o comentarios que se incorporan en artículos de publicaciones periódicas.

En el presente trabajo de investigación jurídica, esta técnica comprendió el manejo de fichas bibliográficas y en su parte fundamental la recopilación de información de las diversas obras de los tratadistas del derecho.

b) Observación:

La observación según Ander, “es aquella que puede asumir muchas formas y es a la vez, la más antigua y la más moderna de las técnicas para la investigación. Hay muchas técnicas para la observación y cada una de ellas tiene sus usos, la ciencia comienza con la observación y finalmente tiene que volver a ella para encontrar su convalidación final”⁴¹.

De acuerdo a lo anotado, debo manifestar que utilicé esta técnica para lograr una mejor apreciación objetiva y vinculación directa con el problema planteado en la presente investigación.

⁴⁰ GONZÁLEZ, Gloria Escamilla; Manual de metodología y técnica bibliográficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, Pág. 87.

⁴¹ ANDER-EGG, Ezequiel. (1995). Técnicas de investigación social. U.S.A.: Lumen. Pág. 45.

c) Documental:

Ander, se refiere a “la fuente que se constituye por documentos o libros que se encuentran debidamente reunidos en paquetes, legajos y que constituyen archivos sobre ciertas materias, especialidades o rama”⁴².

Del mismo modo, utilicé esta técnica para lograr un afianzamiento eficaz del objeto de estudio y su desarrollo.

d) Encuesta:

Azorín & Sánchez Crespo, nos dicen que “definen la encuesta como una técnica basada en cuestionarios, que mediante preguntas permiten indagar las características, opiniones, costumbres, hábitos, gustos, conocimientos, modos y calidad de vida, situación ocupacional, cultural, etcétera, dentro de una comunidad determinada. Puede hacerse a grupos de personas en general o ser seleccionadas por edad, sexo, ocupación, dependiendo del tema a investigar y los fines perseguidos”⁴³. Esta técnica se concretó en consultas de opinión a profesionales del Derecho en libre ejercicio, de un escenario de treinta personas, se diseñó cuestionarios derivados de los objetivos e hipótesis planteados para esta investigación.

⁴² Ob. Cit. Pág. 52.

⁴³ AZORÍN, F., & SÁNCHEZ CRESPO, J. (2013). *Métodos y aplicaciones del muestreo*. Editorial Alianza. Pág. 30.

6. RESULTADOS.

En la presente fase del trabajo investigativo corresponde a la fase de resultado para lo cual apliqué la técnica de la encuesta que se realizaron a treinta profesionales del Derecho de la ciudad y provincia de Loja.

6.1. Resultados de la aplicación de la encuesta.

ENCUESTA A PROFESIONALES DEL DERECHO EN LIBRE EJERCICIO DE LA CIUDAD Y PROVINCIA DE LOJA.

Resultados de encuestas:

Se aplicó una encuesta que consta de cinco preguntas tendientes a comprobar objetivos e hipótesis para poder sustentar el presente trabajo y establecer la propuesta de reforma.

PRIMERA PREGUNTA:

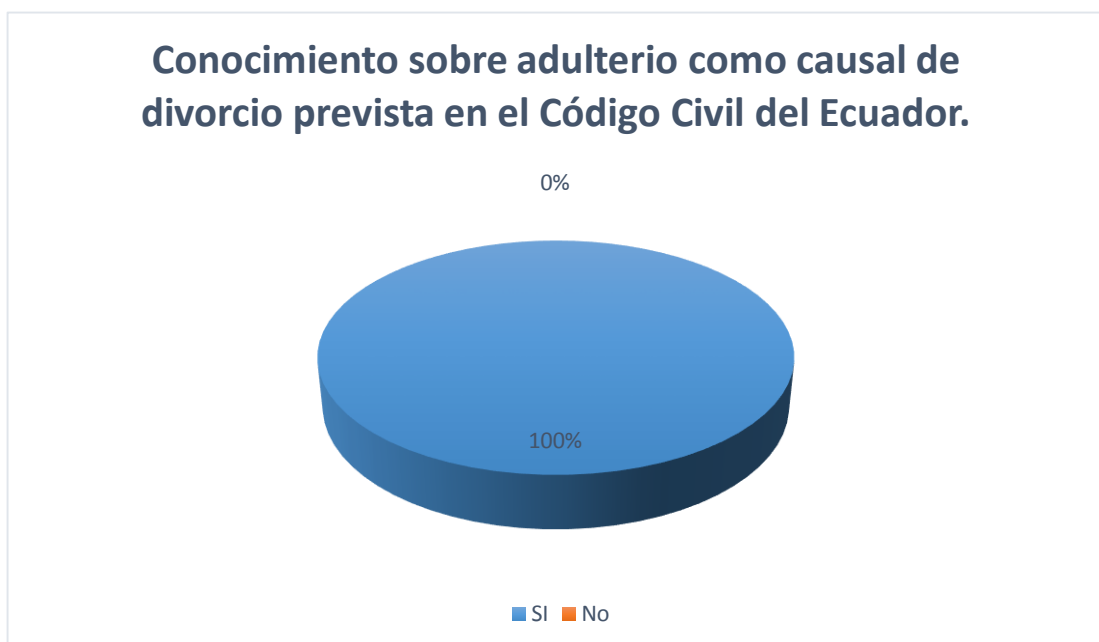
1.- ¿Sabe y conoce sobre el adulterio como causal de divorcio prevista en el Código Civil del Ecuador?

CUADRO Nro. 1

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

FUENTE: Encuesta realizada a profesionales del Derecho de la ciudad y provincia de Loja.
ELABORADO POR: BANNER EFRÉN AGILA POGO.

GRÁFICO NRO. 1



Análisis:

El 100% de encuestados que corresponde a 30 personas, manifiestan que si saben y conocen sobre adulterio como causal de divorcio prevista en el Código Civil del Ecuador, quedando el 0% sobre el desconocimiento del tema propuesto.

Interpretación:

Existe una respuesta determinante que corresponde a la totalidad de las personas encuestadas, quienes supieron manifestar que efectivamente saben y conocen sobre adulterio como causal de divorcio prevista en el Código Civil del Ecuador, esta situación es aceptable puesto que evidentemente el adulterio es uno de los temas más destacados dentro de las causales de divorcio, pues éste argumento desglosa situaciones jurídicas de trascendental importancia por lo que su conocimiento resulta elemental tanto para los profesionales del Derecho como para la sociedad en general.

SEGUNDA PREGUNTA:

2.- ¿Considera usted que el tener que demostrar jurídicamente el engaño del cual ha sido víctima uno de los cónyuges por efecto del adulterio, produce una afectación del derecho a la intimidad personal, en este caso del cónyuge agraviado?

CUADRO Nro. 2

| INDICADORES | FRECUENCIA | PORCENTAJE % |
|--------------|------------|--------------|
| SI | 18 | 60 % |
| NO | 12 | 40 % |
| TOTAL | 30 | 100 % |

FUENTE: Encuesta realizada a profesionales del Derecho de la ciudad y provincia de Loja.
ELABORADO POR: BANNER EFRÉN AGILA POGO.

GRÁFICO NRO. 2



Análisis:

Como podemos observar 18 personas que corresponde al 60% manifiestan que en efecto el tener que demostrar jurídicamente el engaño del cual ha sido víctima uno de los cónyuges por efecto del adulterio, produce una afectación del derecho a la intimidad personal, en este caso del cónyuge agraviado; mientras que, 12 personas que corresponde al porcentaje del 40% manifiestan que no es verdad lo preguntado.

Interpretación:

Los resultados obtenidos respecto de lo consultado en esta pregunta permiten inferir importantes criterios que Abogados en libre ejercicio concuerdan en forma mayoritaria y de manera innegable, que el tener que demandar un divorcio contencioso bajo la causal del numeral 1 del art. 110 del Código Civil además de implicar un complejo escenario jurídico, significa para la parte actora el tener que ser víctima de una afectación emocional y psicológica; pues, el tener que demostrar que su cónyuge le ha sido infiel, esto indudablemente constituye una vulneración del derecho a su intimidad personal por tener que ventilar asuntos de su vida privada en una instancia pública.

TERCERA PREGUNTA:

3.- ¿Considera Usted que el adulterio de uno de los cónyuges como causal de divorcio ha constituido un serio conflicto jurídico por la imposibilidad, dificultad y complejidad para demostrarlo judicialmente?

CUADRO Nro. 3

| INDICADORES | FRECUENCIA | PORCENTAJE % |
|--------------|------------|--------------|
| SI | 25 | 83 % |
| NO | 5 | 17 % |
| TOTAL | 30 | 100 % |

FUENTE: Encuesta realizada a profesionales del Derecho de la ciudad y provincia de Loja.
ELABORADO POR: BANNER EFRÉN AGILA POGO.

GRÁFICO NRO. 3



Análisis:

En esta interrogante, 25 profesionales que corresponde al 83.3% consideran que el adulterio de uno de los cónyuges como causal de divorcio ha constituido un serio conflicto jurídico por la imposibilidad, dificultad y complejidad para demostrarlo judicialmente; mientras que, el 6.7% por ciento restante, que corresponde a 5 personas supieron manifestar que no es verdad lo preguntado.

Interpretación:

Coincido con el criterio manifestado por la mayoría de los profesionales encuestados, esto es el 83.3%; en efecto, en torno a lo consultado que en forma mayoritaria manifiestan, nos permite identificar que la causal de adulterio prevista en el numeral 1 del art. 110 del código civil en el escenario de las relaciones jurídicas cotidianas constituye un obstáculo legal para poder tramitar un divorcio por esta causal, de esto se desprende que la norma jurídica contenida en la causal antes referida no es efectiva, pues la complejidad de probar los hechos del adulterio resulta una realidad incontrastable en nuestro medio, por lo que se puede asegurar que la ley antes de facilitar la solución del caso, lo empeora.

CUARTA PREGUNTA:

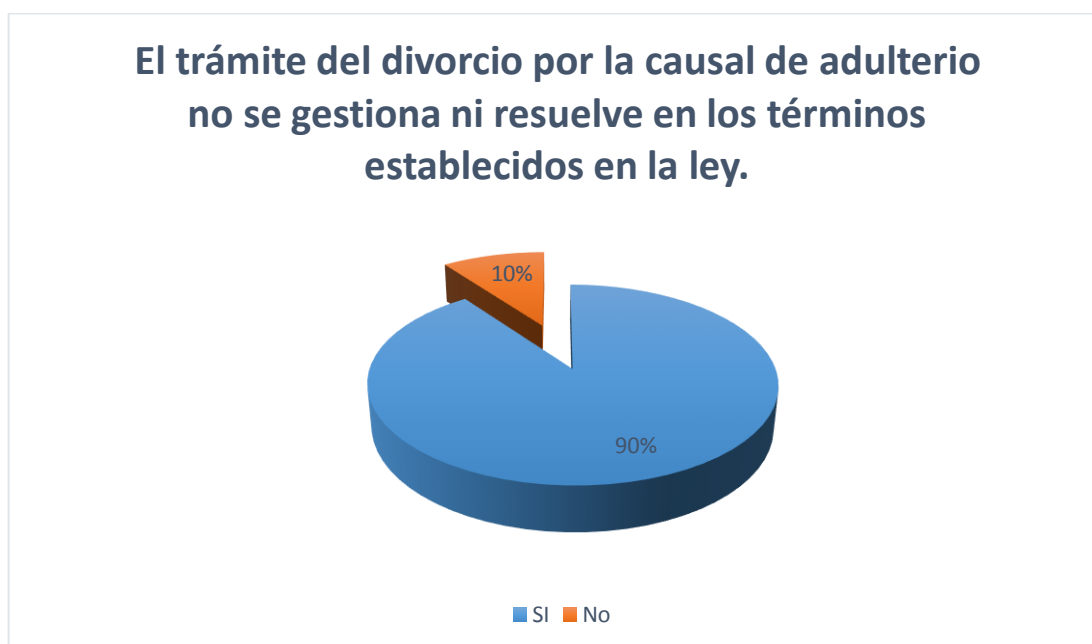
4.- ¿Considera Usted que el trámite del divorcio por la causal de adulterio no se gestiona ni resuelve en los términos establecidos en la ley, generándose de esta forma una afectación del principio de la celeridad procesal?

CUADRO Nro. 4

| INDICADORES | FRECUENCIA | PORCENTAJE % |
|--------------------|-------------------|---------------------|
| SI | 27 | 90 % |
| NO | 3 | 10 % |
| TOTAL | 30 | 100 % |

FUENTE: Encuesta realizada a profesionales del Derecho de la ciudad y provincia de Loja.
ELABORADO POR: BANNER EFRÉN AGILA POGO.

GRÁFICO NRO. 4



Análisis:

El 90% de encuestados que corresponde a 27 personas profesionales del derecho de nuestra ciudad consideran que indudablemente el trámite del divorcio por la causal de adulterio no se gestiona ni resuelve en los términos establecidos en la ley, situación que genera una afectación al principio de celeridad procesal establecido en nuestra Constitución; por el contrario, 3 personas equivalentes al 10% de la muestra seleccionada contestan que no, que la dilación en resolver estas causas obedecen a otros factores de carácter estructural.

Interpretación:

Mi criterio es totalmente análogo con los resultados de esta interrogante, en razón de que las ideas que se ha recabado respecto del tema y que fueron obtenidas de profesionales del derecho, se puede establecer un diagnóstico importante en relación a que el panorama actual dentro de las unidades judiciales en el Ecuador nuestro país no ha cambiado. Históricamente se ha evidenciado la falta de celeridad en la tramitación y resolución de las causas por divorcios precisamente invocados sobre la base de la causal de adulterio, esto se ha traducido en un atentado contra los principios del debido proceso respecto del derecho a una justicia eficaz, rápida, expedita, sin dilaciones y retardos innecesarios.

QUINTA PREGUNTA:

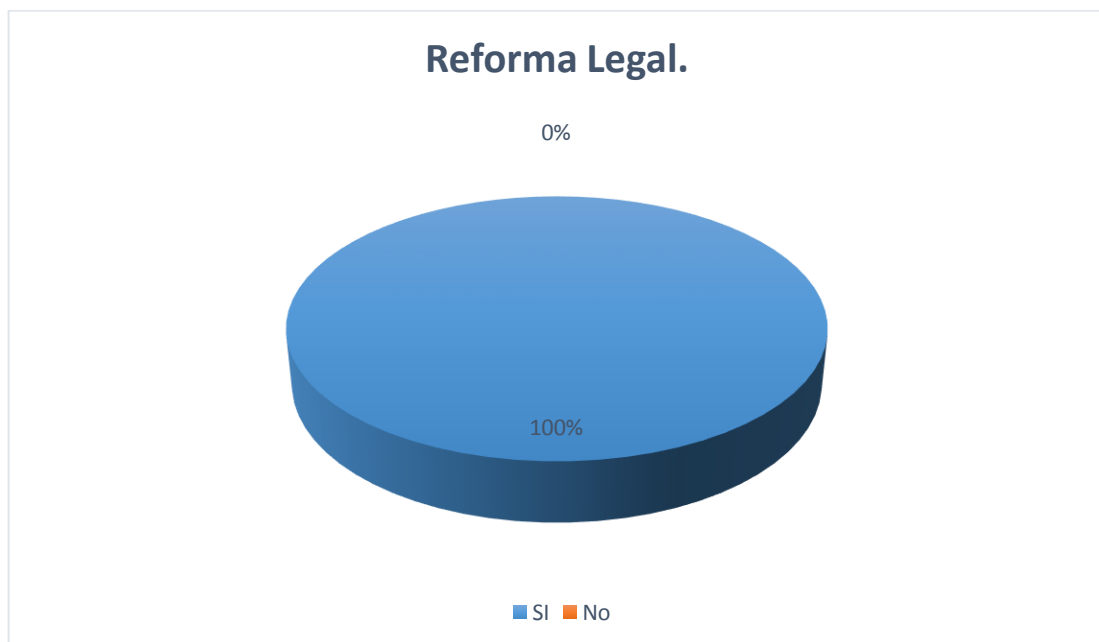
5.- ¿Cree usted que es necesario una reforma legal al artículo 110 del Código Civil, con la intención de excluir al adulterio como causal de divorcio?

CUADRO Nro. 5

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

FUENTE: Encuesta realizada a profesionales del Derecho de la ciudad y provincia de Loja.
ELABORADO POR: BANNER EFRÉN AGILA POGO.

GRÁFICO NRO. 5



Análisis:

En esta interrogante, la totalidad de encuestados que corresponde al 100%, supieron manifestar en forma positiva sobre la necesidad de una reforma legal al Código Civil, con la intención de excluir al adulterio como causal de divorcio; quedando un porcentaje del 0% para la respuesta negativa sobre la necesidad de reforma al mencionado cuerpo legal vigente en nuestro país.

Interpretación:

Los resultados que se obtienen en esta interrogante son determinantes para confirmar el problema identificado en la presente investigación; con absoluto convencimiento el pronunciamiento del encuestado refleja una posición frontal en relación a la necesidad de proceder a derogar el adulterio como causal de divorcio previsto en el numeral 1 del Art. 110.

Por todas las consideraciones y argumentos presentados con sustento doctrinario y legal, la fundamentación se enmarca en el hecho de que las leyes deben atender al principio de la dialéctica, deben adecuarse al medio, a la condición y estado de la sociedad, del entorno, no pueden estancarse en el tiempo, pues de aquí inicia el problema de inaplicabilidad de las leyes lo cual constituye un verdadero conflicto jurídico pendiente de resolver.

Concuero con lo manifestado por las personas encuestadas que supieron manifestar en su totalidad que es necesario reformar el Código Civil en el sentido

de excluir el adulterio como causal de divorcio. Pues, considero que solo una Reforma Legal al Código Civil permitirá que se aplique y se haga efectivo el principio de eficacia y economía procesal establecido en nuestra Constitución.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de Objetivos.

Luego de haber realizado el estudio teórico-práctico acerca de la investigación planteada he llegado a verificar los siguientes objetivos:

OBJETIVO GENERAL:

Realizar un estudio conceptual, jurídico, doctrinario, derecho comparado y de campo de las causales de divorcio previstas en el Código Civil vigente en nuestro país, con el objeto de establecer las consecuencias que conlleva la ineficacia de las mismas.

El presente objetivo ha sido verificado a través del estudio teórico que enmarco en la revisión literaria, fundamentando así mi investigación y enfocando la problemática jurídica de las causales de divorcio previstas en el Código Civil vigente en nuestro país, las mismas son ineficaces especialmente la causal de adulterio.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Examinar la eficacia jurídica del adulterio como causal de divorcio prevista en el Código Civil vigente en nuestro país.**

Este objetivo ha sido comprobado a través del estudio brindado en la revisión de literatura del presente estudio, se hace referencia principalmente al adulterio como causal de divorcio, la dificultad que existe para probar esta causal en un proceso judicial; por tal razón, esta causal debe ser descartada del Código Civil vigente en nuestro país.

Definir que resulta ineficaz e improbable el adulterio como causal de divorcio en el Código Civil, y que por consiguiente necesita derogarse.

De la misma forma, este objetivo fue verificado a través del análisis en la revisión de literatura, principalmente en el marco doctrinario donde se analiza y se demuestra la improbabilidad de esta causal, esto a través de la citación de las opiniones de los diversos tratadistas del Derecho en esta rama, los cuales en su parte pertinente establecen que resulta ineficaz el adulterio como causal de divorcio.

De la misma forma, se verifica este objetivo mediante la aplicación de las encuestas, las respuestas obtenidas aseguran que en realidad existe ineficaz e improbable el adulterio como causal de divorcio.

Plantear una propuesta de reforma al Código Civil vigente en nuestro país, a efecto de excluir el adulterio como causal de divorcio.

Este objetivo se verifica, pues en la parte final de esta Tesis, consta el Proyecto de reforma legal al Código Civil en su parte pertinente, mismo que se elaboró en sentido de derogar el adulterio como causal de divorcio en nuestro ordenamiento jurídico.

7.2. Contrastación de hipótesis.

De igual forma se realizó en el proyecto de investigación del planteamiento de un supuesto hipotético sujeto a ser comprobado con los resultados obtenidos luego de todo el proceso investigativo, la hipótesis sujeta a comprobación fue la siguiente:

Existe ineficacia probatoria y jurídica del adulterio como causal de divorcio prevista en el Código Civil del Ecuador, puesto que violenta la seguridad jurídica del cónyuge inocente y en general, afecta el desarrollo del proceso de divorcio.

La hipótesis planteada ha sido suficientemente confirmada con las opiniones de los profesionales del Derecho de nuestra ciudad y provincia de Loja, las cuales respondieron a las encuestas y mayoritariamente coinciden en que en efecto existe ineficacia probatoria y jurídica del adulterio como causal de divorcio prevista en el Código Civil del Ecuador, puesto que violenta la seguridad jurídica del cónyuge inocente y en general, afecta el desarrollo del proceso de divorcio.

7.3. Fundamentos Jurídicos para la reforma legal.

En el proceso de investigación alrededor de la problemática identificada en la esfera del Código Civil del Ecuador, amerita exponer en base de la doctrina, conceptualizaciones y regulaciones normativas citadas en el desarrollo de este proceso de investigación en relación al tema propuesto, algunos planteamientos y argumentos que me permitan sustentar mis posiciones respecto de la propuesta de reforma legal.

Fehacientemente, en la mayoría de los casos el adulterio suele efectuarse con todas las precauciones posibles, de tal manera que muy difícilmente habrá prueba testimonial procedente; al respecto, existen fallos contradictorios dictados dentro de nuestra administración de justicia sobre este punto.

La acción de divorcio por adulterio, prescribe en el plazo de un año contado desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento del hecho; ante esto, surge la pregunta si después de vencido el año, el cónyuge inocente podría o no presentar demanda de divorcio por esta causal, la respuesta es NO, acorde a lo dispuesto en el Art. 124 del Código Civil.

Han sido abundantes los criterios de los juristas, de los Abogados en libre ejercicio respecto de la dificultad de probar esta causal para disolver el vínculo matrimonial, los elementos necesarios para que se configure la causal han sido demasiado complejos y con el avance del pensamiento y la sociedad,

actualmente se tornan vergonzosos para el cónyuge agraviado recurrir a las pruebas que tanto la doctrina y jurisprudencia como fuentes del derecho exigen para que se califique la causal; respecto a este punto cito lo preceptuado por los doctrinantes.

Se requieren fundamentalmente dos elementos, aun cuando como veremos algunos autores exigen otros adicionales; en primer lugar, debe concurrir el elemento de orden material que consiste en demostrar las relaciones sexuales con una persona distinta del cónyuge de otro sexo; y, segundo el elemento de orden intencional, esto es la libre voluntad de realizar ese acto.

Ante la ausencia de uno de estos elementos, no sirve de causal para solicitar el divorcio. Para que exista adulterio es fundamental probar que hubo la intención de cometerlo, pues de lo contrario no se podría aducir esta causal.

Como se ha manifestado, la dificultad en la prueba del adulterio constituye uno de los aspectos principales de esta causal. En la actualidad se admite la prueba de presunciones o prueba indiciaria para acreditar el adulterio. El objeto de la prueba es acreditar las relaciones sexuales ilegítimas. Esta causal requiere la prueba de las relaciones sexuales extramatrimoniales, lo cual suele ser difícil. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia acepten la prueba indiciaria que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes; como ocurre, la prueba según la jurisprudencia, debe ser plena. Puede ser testimonial, pero en todo caso toca al juez apreciar el alcance del testimonio. Ventajosamente el buen sentido

popular, el instintivo repudio del escándalo, hacen que todavía sean relativamente raras estas deplorables causas de divorcio, que se ventilan en nuestros juzgados sin ninguna reserva, públicamente, evidenciándose una afectación del derecho de la intimidad de las personas, situación por la cual considero debe reformarse el código civil en lo relacionado a derogar el adulterio como causal de divorcio.

El análisis conceptual, doctrinario y legal de esta problemática social, complementado con la opinión crítica de los profesionales del Derecho convalidan el propósito de esta tesis y fundamentan legalmente la propuesta legal de reforma al Código Civil en lo relacionado al adulterio, por considerarse ineficaz e improbable como causal de divorcio; es decir, resulta necesario la exclusión de esta causal de divorcio del Código Civil Vigente.

Por lo expuesto, es necesario reformar el texto legal del Código Civil, el organismo competente para realizar esta acción es la Asamblea Nacional, sus atribuciones son conferidas por la Constitución de la República del Ecuador, específicamente en el numeral 6, del Art. 120 cuyo texto dispone; “Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”.

8. CONCLUSIONES

Luego de haber finalizado con el presente trabajo de investigación teórico y analizado los resultados del proceso investigativo de campo, considero pertinente establecer las siguientes conclusiones:

Los cónyuges tienen pleno derecho de disolver su vínculo matrimonial por mutuo acuerdo, con las especificidades establecidas en la Ley. Y, a falta de mutuo acuerdo, se han establecido las denominadas causales de divorcio, estipuladas en el artículo 110 del Código Civil.

La primera causal de divorcio consiste en el adulterio de uno de los cónyuges, entendido esto como la unión sexual de dos personas cuando uno o ambos están casados con otra persona.

Existe ineficacia probatoria y jurídica del adulterio como causal de divorcio prevista en el Código Civil del Ecuador, puesto que violenta la seguridad jurídica del cónyuge inocente y en general, afecta el desarrollo del proceso de divorcio.

El adulterio como causal de divorcio resulta improbable e inadmisibles, por lo que se debería excluir de las causales de divorcio establecidas en el Código Civil vigente, tomando en consideración la dificultad por no decir imposibilidad de conseguir la prueba de orden material; situación que, produce dilaciones innecesarias e imposibilita efectuar el juicio de divorcio.

Se está vulnerando los principios constitucionales de eficacia y economía procesal previstos en la Constitución, en razón de resultar improbable el adulterio como causal de divorcio.

Es absolutamente necesario reformar el Código Civil en el sentido de excluir al adulterio como causal de divorcio, por cuanto resulta ineficaz e improbable en el proceso judicial.

Únicamente una Reforma Legal al Código Civil permitirá que se apliquen y se hagan efectivos los principios de eficacia y economía procesal establecidos en nuestra Constitución, situación que sería de mucha importancia y de beneficio para los cónyuges en nuestro país.

9. RECOMENDACIONES.

Como resultado del presente trabajo de investigación jurídica desarrollado tanto en el ámbito bibliográfico como de campo, he podido llegar a plantear las siguientes recomendaciones:

La universidad ecuatoriana conjuntamente con las diferentes instancias judiciales y los Abogados en libre ejercicio deben emprender en un proceso de socialización de la normativa civil, especialmente en lo atinente a las causales de divorcio, para determinar en el caso del adulterio las falencias y limitaciones probatorias que se producen para demostrar dicha causal en un juicio de divorcio controvertido.

Debido a la complejidad de demostrar ante los órganos jurisdiccionales el adulterio como causal de divorcio, no otorga la seguridad jurídica necesaria al cónyuge para invocarla y lo remite a contemplar otra causal, lo cual representa un perjuicio para el cónyuge ofendido.

Que los Asambleístas expidan leyes armónicas, acordes a la realidad socio económica y jurídica del país, priorizando los derechos de todas las personas establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

Las autoridades judiciales deben valorar con sana crítica las pruebas que se presente en un juicio de divorcio planteado bajo la causal de adulterio, bajo esta

perspectiva deberían abstenerse de considerar inconstitucional la confesión judicial realizada por el cónyuge que incurrió en adulterio, considerando que la autoincriminación solo opera en materia penal y no en el campo civil.

La Asamblea Nacional debe procesar en forma prioritaria el trámite de presentación del proyecto de reforma del Código Civil en lo atinente a derogar la causal de adulterio normada en el art. 110, numeral 1 del cuerpo de leyes en mención.

La Asamblea Nacional debe considerar la opción de incorporar la figura del divorcio administrativo en nuestra legislación, a efecto de que otorguen otras alternativas a los cónyuges que deseen dar por terminado su vínculo matrimonial de una manera más privada y rápida.

Que de manera urgente exista un proyecto de reforma al Código Civil para que se excluya al adulterio como causal de divorcio, esto con el objetivo de efectivizar los principios de eficacia y economía procesal establecidos en la Constitución.

Que la Asamblea Nacional del Ecuador en uso de sus atribuciones constitucionales proceda a reformar, en el sentido ya indicado, el Art. 110 del Código Civil, en lo que concierne al adulterio como causal de divorcio.

9.1. Propuesta y Reforma Jurídica.

Con el desarrollo del presente trabajo de investigación, tanto a nivel teórico como de campo, se ha podido comprobar que el adulterio como causal de divorcio resulta ineficaz e improbable, produciendo dilaciones innecesarias en el proceso judicial, contraviniendo de esta manera los principios de eficacia y economía procesal establecidos en la Constitución.

De manera que, con miras a solucionar este problema, me permito formular la presente propuesta jurídica, con el objeto de aplicar el principio de eficacia y economía procesal en favor de los cónyuges en nuestro país y de esta manera poder contribuir a la solución de problemas concretados a lo largo de este informe final, así como propiciar la correcta aplicación del Derecho garantizando así la ejecución de los principios constitucionales citados.



REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

PROYECTO DE TEXTO DE LEY:

El Pleno de la Asamblea Nacional,

Considerando:

QUE, el numeral 9 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución;

QUE, el numeral 3 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza el derecho a la integridad personal, que incluye:

La integridad física, psíquica, moral y sexual.

QUE, el numeral 18 del Art. 66 e la Constitución de la República del Ecuador garantiza el derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona;

Que conforme lo señala el Art. 1 de la Constitución de la República, el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia social, en el que el ejercicio y goce de los derechos provenientes de la relación laborales deben garantizarse en forma efectiva; y,

Que, en uso de las atribuciones que le confiere el numeral 6, del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador.

Expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL

Art. 1.- Derogase el numeral 1, del Art. 110, cuyo texto será como sigue:

El Art. 110 del nuestro Código Civil establece que son causas de divorcio:

“1. El adulterio de uno de los cónyuges;

2. Sevicia;

3. Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial;
4. Amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro;
5. Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice;
6. El hecho de que dé a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este Código;
7. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o a uno o más de los hijos;
8. El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole;
9. El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general, toxicómano;
10. La condena ejecutoriada a reclusión mayor; y,

11. El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente.”

Artículo final: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los....., días, del mes de..., del año 2015.

f. Presidenta de la Asamblea

f. Secretario

10. BIBLIOGRAFÍA

ANDER-EGG, Ezequiel. (1995). Técnicas de investigación social. U.S.A.: Lumen.

AZORÍN, F., & SÁNCHEZ CRESPO, J. (2013). Métodos y aplicaciones del muestreo. Editorial Alianza.

BERRIO, Julio. (1997). El método histórico en la investigación histórico-educativa. In La investigación histórico-educativa: tendencias actuales. Madrid: Ronsel.

CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III Editorial Heliasta.

CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Publicaciones y Legislaciones 2012.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones.

Consultado en: DE LA LENGUA, Real Academia, et al. Diccionario de la Lengua Española, vol. I. Real Academia Española, Madrid, 1992.

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA LEX, 2001, Nueva edición Totalmente Actualizada, Editorial Espasa.

DICCIONARIO JURIDIGO OMEBA, tercera Edición.

GARCIA FALCONI, José, Manual de Práctica Procesal Civil, Tercera Edición aumentada, 2001.

GARCIA, Juan, Manual de Práctica Procesal Civil.

GARCÍA, Manuel. (2011). Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica. Editorial Tecnos.

GONZÁLEZ, Gloria Escamilla; Manual de metodología y técnica bibliográficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

http://www.derechoecuador.com.index.php?option=com_contnet&ytask=view&id05738

[Htps://www.monografías.com/trabajos5/familia/famis.shtml](https://www.monografías.com/trabajos5/familia/famis.shtml) 2011

[http:// www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view: el juicio de divorcio. en el ecuador=28:derechocivil&ited=420](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=el_juicio_de_divorcio_en_el_ecuador=28:derechocivil&itd=420)

<http://definicion.de/>
<http://es.wikipedia.org/>

[http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task 2012 23](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=201223)

LARREA HOLGUIN, Juan, Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana 2008.

LARREA HOLGUIN, Juan; Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2002.

OLABUÉNAGA, José Ignacio. (2012). Metodología de la investigación cualitativa. Bilbao: Universidad de Deusto.

PARRAGUEZ RUIZ, Luis, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia, Volumen I.

PARRAGUEZ, Luís, Manual de Derecho Civil, 1995.

PEIRCE, C., & RUIS WERNER, J. (2005). Deducción, inducción e hipótesis. Buenos Aires: Aguilar.

POOL, Frank. (02 de octubre de 2010). Slideshare. (L. C. 2014, Productor) Recuperado el 09 de julio del 2015, de es.slideshare.net: http://es.slideshare.net/BladePardo/savedfiles?s_title=mtodos-y-tcnicas-de-la-investigacin-juridica-1&user_login=fpool

ROMBOLA, Néstor y REBOIRAS, Lucio, Diccionario Ruy Díaz, Editorial Ruy Díaz, Buenos Aires Argentina, año 2004.

SARTORI, Giovanni. (2010). Comparación y método comparativo. Editorial Alianza Calpe S.A., Madrid-España, Pág. 347.

11. ANEXOS.

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

Apreciado profesional del Derecho de la manera más comedida solicito a usted, se digne dar contestación al presente cuestionario de preguntas el mismo que me servirá para la elaboración de datos de la tesis de grado previo a la obtención del título de Abogado, requisito exigido por la Universidad Nacional de Loja, anticipándole desde ya mis más sinceros agradecimientos.

1. ¿Sabe y conoce sobre el adulterio como causal de divorcio prevista en el Código Civil del Ecuador?

SI () NO ()

2. ¿Considera usted que el tener que demostrar jurídicamente el engaño del cual ha sido víctima uno de los cónyuges por efecto del adulterio, produce una afectación del derecho a la intimidad personal, en este caso del cónyuge agraviado?

SI () NO ()

¿Por qué?.....
.....
.....

3. ¿Considera Usted que el adulterio de uno de los cónyuges como causal de divorcio ha constituido un serio conflicto jurídico por la imposibilidad, dificultad y complejidad para demostrarlo judicialmente?

SI () NO ()

¿Por qué?.....
.....
.....

4. ¿Considera Usted que el trámite del divorcio por la causal de adulterio no se gestiona ni resuelve en los términos establecidos en la ley, generándose de esta forma una afectación del principio de la celeridad procesal?

SI () NO ()

¿Por qué?.....
.....
.....

5. ¿Cree usted que es necesario una reforma legal al artículo 110 del Código Civil, con la intención de excluir al adulterio como causal de divorcio?

SI () NO ()

¿Por qué?.....
.....
.....

¡Gracias por su colaboración!

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| PORTADA..... | I |
| CERTIFICACIÓN | II |
| AUTORÍA | III |
| CARTA DE AUTORIZACION | IV |
| DEDICATORIA..... | V |
| AGRADECIMIENTO..... | VI |
| TABLA DE CONTENIDOS | VII |
| 1. TÍTULO..... | 1 |
| 2. RESUMEN | 2 |
| 2.1. Abstract..... | 4 |
| 3. INTRODUCCIÓN | 6 |
| 4. REVISIÓN DE LITERATURA..... | 8 |
| 4.1. MARCO CONCEPTUAL..... | 8 |
| 4.1.1. Concepto de Familia..... | 8 |
| 4.1.2. Concepto de Matrimonio..... | 14 |
| 4.1.3. Concepto de Cónyuges..... | 17 |
| 4.1.4. Concepto de Divorcio..... | 18 |
| 4.1.5. Concepto de Adulterio..... | 22 |
| 4.2. MARCO DOCTRINARIO..... | 25 |
| 4.2.1. Características de la institución del matrimonio..... | 25 |
| 4.2.2. Elementos del matrimonio..... | 30 |

| | | |
|--------|--|----|
| 4.2.3. | Constitución del matrimonio..... | 34 |
| 4.2.4. | Antecedentes históricos del divorcio..... | 41 |
| 4.2.5. | El divorcio en el Ecuador. | 44 |
| 4.3. | MARCO JURÍDICO | 50 |
| 4.3.1. | Constitución de la República del Ecuador. | 50 |
| 4.3.2. | Terminación y extinción del matrimonio conforme al Código Civil..... | 52 |
| 4.3.3. | Clases de Divorcio..... | 56 |
| 4.3.4. | Caracteres de las causales de divorcio contempladas en el Art. 110 del Código Civil..... | 62 |
| 4.3.5. | Análisis jurídico de la causal de adulterio. | 64 |
| 4.4. | LEGISLACIÓN COMPARADA. | 67 |
| 4.4.1. | Legislación Peruana. | 67 |
| 4.4.2. | Legislación Chilena..... | 69 |
| 4.4.3. | Legislación Uruguay. | 71 |
| 5. | MATERIALES Y MÉTODOS..... | 74 |
| 5.1. | Materiales Utilizados: | 74 |
| 5.2. | Métodos: | 75 |
| a) | Método Científico: | 76 |
| b) | Método Deductivo - Inductivo:..... | 77 |
| c) | Método Analítico - Sintético:..... | 77 |
| d) | Método Histórico: | 78 |
| e) | Método Comparativo: | 79 |
| f) | Método Jurídico:..... | 80 |
| 5.3. | Procedimientos y Técnicas:..... | 80 |

| | | |
|------|---|-----|
| a) | Bibliográfica:..... | 80 |
| b) | Observación: | 81 |
| c) | Documental: | 82 |
| d) | Encuesta: | 82 |
| 6. | RESULTADOS..... | 83 |
| 6.1. | Resultados de la aplicación de la encuesta. | 83 |
| 7. | DISCUSIÓN. | 95 |
| 7.1. | Verificación de Objetivos..... | 95 |
| 7.2. | Contrastación de hipótesis. | 97 |
| 7.3. | Fundamentos Jurídicos para la reforma legal. | 98 |
| 8. | CONCLUSIONES..... | 101 |
| 9. | RECOMENDACIONES. | 103 |
| 9.1. | Propuesta y Reforma Jurídica..... | 105 |
| 10. | BIBLIOGRAFÍA..... | 110 |
| 11. | ANEXOS..... | 112 |
| | ÍNDICE..... | 114 |