



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

INCORPORACIÓN DEL DIVORCIO INCAUSADO EN EL ECUADOR DESDE LA
PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO: CASOS ESPAÑA Y MÉXICO

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía

Mgs. Fausto Alberto Albuja Guarderas

Autor

Manuel Andrés Castro Velásquez

Año

2019

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido el trabajo, Incorporación del Divorcio Incausado en el Ecuador desde la Perspectiva del Derecho Comparado: Casos España Y México, a través de reuniones periódicas con el estudiante, Manuel Andrés Castro Velásquez, 201910, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Fausto Alberto Albuja Guarderas
Magíster en Derecho de Empresa
C.C: 1714883798

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, Incorporación del Divorcio Incausado en el Ecuador desde la Perspectiva del Derecho Comparado: Casos España Y México, de Manuel Andrés Castro Velásquez, en el semestre 201910, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Juan Carlos Prado Rodríguez
Dr. (Ph.D) en Sistema Jurídico Romanístico y Unificación del Derecho
C.C: 1704930831

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Manuel Andrés Castro Velásquez
C.C: 1750775304

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi gentil profesor: Fausto Abuja, por recibirme y guiarme a la salida.

Por último, a mi madre que me ha levantado cuando en realidad he estado cansado.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo con todo amor a mi familia y en especial a mi Padre Manuel, mi madre Blanca por su apoyo incondicional. Por llenar mi vida con sus valiosos valores y consejos.

RESUMEN

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen dos tipos de divorcio, uno por mutuo consentimiento y otro por vía contenciosa. Este último, requiere de la existencia y demostración de una causal para su procedencia, situación que actualmente ha traído diversos problemas en los casos en los cuales uno sólo de los cónyuges solicita la terminación del vínculo matrimonial y el otro se opone, entre los que se encuentran afectaciones a la integridad física, psicológica, social, emocional y económica de los cónyuges y, sobre todo, de los hijos menores de edad, ya que a menudo ante la imposibilidad de demostrar una causal que se ajuste a la situación de los cónyuges se opta por el abandono de hogar, que agudiza estas afectaciones para la familia. En este sentido, a lo largo del presente trabajo se realizará un estudio sobre la ineficiencia de recurrir a las causales del divorcio, al objeto de que cualquiera de los cónyuges pueda terminar el vínculo matrimonial sin que sea necesario recurrir a la expresión de una causal. Este tipo de divorcio ya ha sido adoptado por otros países como España y México, donde se ha reconocido que este instituto es un aspecto de la vida privada de las personas en la cual el Estado no puede intervenir. En la legislación española, además existe la teoría del desistimiento unilateral del contrato de matrimonio, que considera que la terminación del vínculo matrimonial debe realizarse en la misma forma en la que se extinguen las demás obligaciones, lo que incluiría la posibilidad de terminar el contrato de matrimonio mediante el desistimiento unilateral, ya que el hecho de que uno de los cónyuges acuda ante la jurisdicción para demandar la terminación del matrimonio implica la ausencia de los fines para los cuales se ha constituido el mismo, pudiendo darse por terminado este vínculo. A través del análisis de la legislación comparada y la situación actual del Ecuador, se demostrará la necesidad de incorporar el divorcio incausado en la legislación ecuatoriana con el fin de garantizar la protección de los derechos de la familia.

Palabras claves: Divorcio, causal de divorcio, contrato de matrimonio, vía contenciosa.

ABSTRACT

In the Ecuadorian legal system there are two types of divorce, one by mutual consent and the other by contentious, the latter, requires the existence and demonstration of a cause for its origin, a situation that has currently brought various problems in cases in which only the spouses want the termination of the marriage bond and the other is opposed, among which are the physical, psychological, social, emotional and economic integrity of the spouses and especially of the minor children, since Often, given the impossibility of demonstrating a cause that suits the spouses' situation, they opt for leaving home, which exacerbates these affectations for the family. In this sense, throughout the present work a study will be carried out on the inefficiency of resorting to the causes of divorce, in order that either of the spouses can end the marriage bond without it being necessary to resort to the expression of a causal. This type of divorce has already been adopted by other countries such as Spain and Mexico, where it has been recognized that this institute is an aspect of the private life of people in which the State can not intervene. In Spanish legislation, there is also the theory of the unilateral withdrawal of the marriage contract, which considers that the termination of the marriage bond must be carried out in the same manner in which the other obligations are extinguished, which would include the possibility of terminating the contract of marriage. Marriage by unilateral withdrawal, since the fact that one of the spouses comes before the jurisdiction to demand the termination of the marriage implies the absence of the purposes for which it has been constituted, and this link may be terminated. Through the analysis of the comparative legislation and the current situation in Ecuador, the need to incorporate the uncaused divorce into Ecuadorian legislation will be demonstrated in order to guarantee the protection of the rights of the family.

Keywords: Divorce, divorce grounds, marriage contract, litigation.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL MATRIMONIO Y DEL DIVORCIO EN EL ECUADOR	2
1.1 Aspectos etimológicos e históricos	2
1.2. Regulación del matrimonio en la legislación ecuatoriana	5
1.3. Tipos de divorcio en el Código Civil: El divorcio por mutuo acuerdo.....	8
1.4 El divorcio por vía contenciosa	13
1.5. Mantenimiento de un vínculo matrimonial forzoso: principales afectaciones producidas a los miembros del hogar	18
2. APLICACIÓN DEL DIVORCIO INCAUSADO EN OTROS PAÍSES, CASOS ESPAÑA Y MÉXICO.....	22
2.1. El divorcio incausado en el ordenamiento jurídico español	22
2.2 La teoría del desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio según la doctrina española.....	28
2.3. El divorcio incausado en el ordenamiento jurídico mexicano.....	30

2.4. Consecuencias de la aplicación del divorcio incausado en España y México, en cuanto al descongestionamiento de los procesos de divorcio	35
2.5. Costos del divorcio incausado en España y México en comparación con los otros tipos de divorcio.....	39
3. INCORPORACIÓN DEL DIVORCIO INCAUSADO EN ECUADOR	42
3.1. Justificación.....	42
3.2. Divorcio incausado con base en criterios doctrinarios	46
3.3. Divorcio incausado con base en criterios legales	48
3.4. Propuesta.....	54
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	59
4.1 Conclusiones.....	59
4.2 Recomendaciones	62
REFERENCIAS	63

INTRODUCCIÓN

Las actuales causales de divorcio que se establecen en el artículo 110 del Código Civil ecuatoriano no se ajustan a la realidad de muchos cónyuges, quienes, al no querer continuar con el vínculo matrimonial por distintos motivos, buscan divorciarse. Para lo cual, deberán inclinarse por alguna de las opciones que se encuentran determinadas en la norma. A tal respecto, la opción más recurrente se presenta, cuando los dos cónyuges están de acuerdo con la separación, en cuyo caso procederá el divorcio de mutuo consentimiento, que se facilita cuando no existen hijos y bienes. Sin embargo, el problema se presenta cuando uno solo de los cónyuges quiere el divorcio y el otro se niega, complicándose aún dicha situación cuando existen hijos, ya que, en tal supuesto, el cónyuge demandante deberá inclinarse entre una de las causales prevista en la ley, la misma que se ajuste a su caso personal; de no encontrar alguna, se opta por situaciones de hecho como el abandono de hogar para poder solicitar el divorcio con base en esta causal.

Esta situación trae consigo diversos problemas para los cónyuges y principalmente para sus familias, ya que los trámites de divorcio toman demasiado tiempo y representan un cuantioso gasto para los cónyuges, razón por la cual, muchas veces optan por permanecer casados, aunque no exista armonía, inclusive cuando se presentan episodios de violencia familiar, lo que vulnera el derecho a la libertad personal y sobre todo la integridad física, psicológico y emocional de los miembros de la familia. En tal contexto debe considerarse que los procedimientos de divorcio traen afectaciones psicológicas y emocionales para ambos cónyuges y evidentemente para los hijos, pues la realidad de una separación prolongada de sus padres los afecta emocionalmente y los estigmatiza en la sociedad, ya que las contiendas legales son extensas y deben ser seguidas por una causal, que en cierto modo refleja una culpabilidad a uno de sus progenitores.

Esta afectación psicológica y emocional se agudiza cuando existen medidas de hecho, como el abandono de uno de los cónyuges del hogar ante la falta de armonía de las relaciones familiares; también existen casos en que esta misma falta de armonía produce episodios de violencia familiar o en el último de los casos, una desatención de los hijos por parte de la padres, quienes se preocupan más por la situación de su divorcio que por el bienestar familiar, por lo que no atienden las necesidades psicológicas, sociales, emocionales y económicas de los hijos menores de edad.

Todas estas circunstancias, así como el aumento de divorcios, hacen reflexionar acerca de la posibilidad de implementar el divorcio incausado en el Ecuador, sistema que ha sido adoptado en países como España y México, en los cuales se permite obtener el divorcio sin la expresión de una causal, ya que basta la voluntad de uno de los cónyuges para que el vínculo matrimonial se disuelva, en ejercicio de los derechos de libertad de cada persona y reconociendo que el matrimonio y el divorcio son aspectos que pertenecen a la vida privada de las personas, y por lo tanto, el Estado no puede intervenir; postura que concuerda con la teoría del desistimiento unilateral del matrimonio, en donde se considera que el contrato matrimonial debe realizarse en la misma forma en la que se extinguen las demás obligaciones civiles.

1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL MATRIMONIO Y DEL DIVORCIO EN EL ECUADOR

1.1 Aspectos etimológicos e históricos

En sentido etimológico, la palabra matrimonio tiene una serie de definiciones, razón por la cual los autores no conciertan sobre un sentido único; es así que varios doctrinarios, entre ellos Guillermo Cabanellas Torres, considera el origen etimológico proveniente de los vocablos latinos: *matrimonium*, palabra derivada a su vez de *matri* que significa madre y *monus* que quiere decir cargo u oficio de la madre (Cabanellas, 2008, p. 270). En este sentido, se afirma que “se prefirió la

palabra matrimonio y no patrimonio por cuanto la mujer era en realidad quien determinaba el vínculo de parentesco por la certidumbre de la filiación” (Villagómez, Evolución Histórica del Divorcio, 2011, p. 19).

Según señala Iglesias (2002, p. 367), en el Derecho Romano el matrimonio era “la unión de hombre y mujer en comunidad plena de vida y en comunicación del derecho divino y humano”, que se trataba de un “mero hecho social que carecía de relevancia jurídica”, sustentado en un elemento objetivo que era la convivencia de los cónyuges y el elemento subjetivo del *affectio maritalis*. En cuanto a su naturaleza jurídica en el Derecho Romano existen dos posturas contrarias, la primera es que se trataba de un contrato, “ya que se requiere de un acto de voluntad como en cualquier otro vínculo jurídico” (Bonfante, 2002, p. 182); mientras que, la segunda corriente, que es la mayoritaria, considera al matrimonio como un acto consensual, una situación de hecho que se sustentaban en el *affectio maritalis*, y que solo podía perdurar mientras se mantenía el consentimiento mutuo (Bonfante, 2002, p. 183).

Por otro lado, el matrimonio en occidente también proviene del Derecho Canónico, en donde la religión católica lo proclama como una unión sagrada de la pareja humana; siendo mediante el Concilio de Lyon de 1267 y Florencia de 1437, cuando se convirtió en sacramento; y con el Concilio de Trento de 1545 – 1563 se lo consideró como sacramento y contrato (Villagómez, 2011, p. 31). En la Iglesia Católica, el matrimonio es regulado por el Código de Derecho Canónico, promulgado en 1917 y reformado en 1983, que en su artículo 1055 lo define como:

“La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados” (Código de Derecho Canónico, 1983).

En el contexto civil, el autor José Villagómez (2011, p. 33) sostiene que el matrimonio como contrato surge “cuando el Estado reclama para sí todos los derechos de todos sus súbditos, interviene en el campo de las relaciones privadas y lleva a fundamentar jurídicamente el matrimonio civil”; y este contrato se separa del Derecho Canónico en 1789, cuando la Revolución Francesa proclamó la laicidad de las relaciones matrimoniales. Desde aquel entonces, se ha mantenido su naturaleza jurídica laica hasta la actualidad.

Históricamente en Ecuador, el matrimonio civil se decretó en 1902 con la “Ley de matrimonio Civil”, constando por primera vez la capacidad para celebrar este contrato de las personas; las autoridades competentes para realizarlo, las causas de nulidad, las solemnidades, requisitos y procedimiento a cumplirse en su celebración, así como la terminación del mismo (Villagómez, 2011, p. 36).

Si bien es cierto, el matrimonio civil se instituye con la Revolución Liberal cuyo precursor fue Eloy Alfaro en 1895, fue en la presidencia de Leónidas Plaza Gutiérrez cuando se suscribió la primera ley de matrimonio civil, “instituyéndose también, como contrapartida, el divorcio vincular” (Villagómez, 2011, p. 47). Como aspecto novedoso de esta ley, no se prescribía ninguna definición de matrimonio, sino que su artículo primero disponía que “Se establece el matrimonio civil en la República”, y seguidamente se disponía que el mismo no produciría efectos civiles, salvo que se celebre en cumplimiento de los requisitos prescritos en la ley. En el artículo 21 de esta ley se contemplaban las causas por las que terminaba el matrimonio, y en el cuarto numeral se contemplaba el divorcio, siendo en el artículo 23 donde se preveían las causales para el mismo, mientras que en el artículo 24 se disponía que “la acción de divorcio es sólo persona y corresponde al cónyuge inocente”.

Por otra parte, en la doctrina se contempla una serie de definiciones sobre el matrimonio; así Ahrens, citado por Cabanellas, considera que el matrimonio es “la unión formada por dos personas de distinto sexo, a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son

su consecuencia"; mientras que, De Casso considera que es "la unión solemne e indisoluble de hombre y de mujer para prestarse mutuo auxilio y procrear y educar hijos" (Cabanellas, 2008, p. 271).

Desde este punto de vista, puede afirmarse que el matrimonio es una institución civil que evolucionó de la unión natural entre hombre y mujer, siendo la base de la formación de familia a nivel social, además de una clave para la perpetuidad de la especie y célula de la organización social primitiva cuya evolución permitió la formación de los Estados modernos (Larrea, Compendio de Derecho Civil del Ecuador, 2010, p. 261).

1.2. Regulación del matrimonio en la legislación ecuatoriana

Dentro de la legislación ecuatoriana, el matrimonio es regulado tanto en la Constitución de la República, como en el Código Civil. Dentro de la norma suprema del Estado, el artículo 67 dispone que "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" (Constitución de la República, 2008).

Desde la perspectiva constitucional, el matrimonio contiene cuatro aspectos fundamentales: la unión heterosexual de dos personas, el libre consentimiento, la igualdad de los cónyuges y la capacidad legal que deben tener los contrayentes. Respecto al primer aspecto, la legislación ecuatoriana únicamente autoriza que el matrimonio sea celebrado entre un hombre y una mujer, y, por lo tanto, queda excluido el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Si bien este no es el tema central de mi trabajo, resulta importante revisar brevemente la opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acerca del matrimonio igualitario, la misma que señala:

“Es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación” (Opinión Consultiva CIDH sobre matrimonio igualitario, 2017, p. 88).

Actualmente, desde la perspectiva constitucional y de los derechos humanos, se ha considerado que el matrimonio es un derecho, y que por tanto, el mismo debe ser igualitario, permitiendo que las parejas del mismo sexo puedan acceder a este derecho; sin embargo, de la redacción constitucional se comprende que el matrimonio no es considerado como un derecho, como sí sucede en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16 que determina que “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia”. Así también:

La Convención Americana (art. 17) como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) el matrimonio está considerado como derecho humano íntimamente relacionado con la familia; así como el derecho a la igualdad y no discriminación y el principio de progresividad, que prevalecen por sobre principios y reglas constitucionales siempre que garanticen en mayor medida los derechos y dignidad humana (Barahona, 2015, p. 87).

En cuanto al libre consentimiento, el derecho tiene dos dimensiones: “el deseo de contraer o no matrimonio, y la posibilidad de escoger a la persona con quien se va a contraer matrimonio” (Barahona, 2015, p. 74). La igualdad de derechos también se encuentra protegida mediante la Declaración de Derechos Humanos, que dispone que tanto hombres como mujeres “disfrutarán de iguales derechos en

cuanto al matrimonio durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

Por su parte, el Código Civil, en el artículo 81 prevé que: “el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente” (Código Civil, 2015). De acuerdo con esta norma, el matrimonio es un contrato, aunque debe especificarse que en ninguna forma el matrimonio se trata de un contrato común, sino al contrario es un contrato solemne, que solo puede celebrarse entre dos personas naturales.

El Código Civil además dispone una serie de condiciones para que este contrato pueda efectuarse, siendo este que sea solmene, lo que significa que deben presentarse ciertas circunstancias especiales para que tenga validez: que se celebre ante la autoridad competente, la presencia de testigos, certificación del Registro Civil, y que los contrayentes tengan capacidad civil para poder dar consentimiento del acto. Además, se deberán cumplir con las reglas previstas para la realización del matrimonio (Brugi, 2006, p. 254). En cuanto a los fines que tiene esta institución, la ley determina que son los de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

Desde la perspectiva del Código Civil, puede afirmarse que el matrimonio “es un contrato solemne por el cual los cónyuges declaran querer tomarse respectivamente por marido y mujer, con el fin de construir la sociedad conyugal de la cual nacen deberes jurídicos entre los conyuges y entre estos y la prole” (Villagómez, Evolución Histórica del Divorcio, 2011, p. 33); por lo que las bases del matrimonio civil son la convivencia, la vida en sociedad, y la descendencia biológica, con el respectivo deber de protección de los hijos. Todo ello, en igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges; respetando el libre consentimiento de las personas para contraerlo y mantenerlo. De tal modo, en esta norma se aplica una tesis contractualista.

Ante ello no deja de ser importante considerar lo dicho por el autor Juan Larrea Holguín:

“En el plano estrictamente jurídico, diríamos que el matrimonio en cuanto acto constitutivo, es un contrato, y en cuanto estado civil es una institución, es real y verdadera, pues, para la realización del acto intervienen todos los elementos configurativos del contrato: capacidad, voluntad, solemnidad, etc., mientras que ya configurado el contrato matrimonial surge un estado civil, como parte constitutiva del estado jurídico, uno de los atributos de la persona, con sus propios efectos que escapan de la voluntad de las personas” (Larrea, Compendio de Derecho Civil del Ecuador, 2010, p. 281).

1.3. Tipos de divorcio en el Código Civil: El divorcio por mutuo acuerdo

El matrimonio eclesiástico, es indisoluble según el artículo 1141 del Código de Derecho Canónico que prevé: “El matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa fuera de la muerte” (Código de Derecho Canónico, 1983).

Puede señalarse que en el matrimonio civil existen un conjunto de circunstancias que se disponen en la ley de cómo terminar este vínculo. En este sentido, el artículo 105 del Código Civil prescribe que:

“Art. 105.- 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” (Código Civil, 2015).

La legislación civil ecuatoriana dispone cuatro circunstancias por las cuales termina el vínculo matrimonial, siendo la primera por la muerte de uno de los cónyuges. En este primer numeral, la norma se refiere a la muerte en sentido natural, cuando ha llegado al fin de la existencia de la persona, como se dispone en el artículo 64 del mismo Código Civil.

Respecto a la muerte como causal de terminación del matrimonio, Villagómez expresa que:

“Así considerándolo, y siendo el matrimonio la unión de dos vidas en una, la formación de dos carnes en una, es natural que con el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges se disuelva esa unión, porque será imposible de hecho, la supervivencia de un matrimonio con un muerto” (Villagómez, Evolución Histórica del Divorcio, 2011, p. 57).

Asimismo, el numeral tercero del artículo 105 del Código Civil, dispone que es causa de terminación del matrimonio la “sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido”, lo que hace en cambio referencia a la muerte presuntiva de la persona, conforme a lo dispuesto en el artículo 66 del mismo Código Civil que prevé: “Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive, y verificándose las condiciones que van a expresarse” (Código Civil, 2015).

En este sentido, Juan Larrea Holguín afirma que:

“La presunción de muerte, es, pues, entre nosotros una institución mediante la cual se regulan las relaciones jurídicas como si una persona hubiera muerto, cuando por haber desaparecido, no se sabe si vive o si ha muerto, pero resulta muy probable que realmente haya fallecido” (Larrea, 2008, p.

29).

La segunda causal que se dispone para la terminación de este vínculo, es la nulidad del matrimonio, ya que según prescribe el artículo 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” (Código Civil, 2015). Respecto a la nulidad, el autor Manuel Osorio considera que consiste en la:

“Ineficacia en un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma, o, como dicen otros autores, vicio de que adolece un acto jurídico si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido, por lo cual la nulidad se considera ínsita en el mismo acto, sin necesidad de que se haya declarado o juzgado”. (Osorio, 2010, p. 628).

En cuanto a las causas de nulidad del matrimonio dispuestas por la legislación ecuatoriana, se encuentran señaladas dentro de los artículos 95, 96 y 102 del Código Civil.

Finalmente, la cuarta causal del artículo 105 del Código Civil prevé que el matrimonio termina por divorcio; y el en artículo siguiente la norma dispone que “El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código” (Código Civil, 2015).

El autor Carlos Mascareñas señala que etimológicamente divorcio proviene del latín *Divortium*, derivado de *Divertere*, que significa separar, razón por la cual se ha considerado que este vocablo implica la separación de quienes están unidos; y así

señala que “la palabra divorcio tiene un sentido amplio, significativo de separación, apartamiento u oposición” (Macareñas, 2004, p. 653). Por otra parte, Joaquín Escriche señala que el divorcio existió ya en la época del Derecho Romano y explica que este “era la separación absoluta del marido y la mujer, hecha con arreglo a las leyes, de modo que cada uno de ellos podía casarse inmediatamente con otra persona” (Escriche, 1977, p. 488). Mientras que Eugene Petit afirma que, en el Derecho Romano, el divorcio se podía efectuar de dos maneras: “*Bona Gratia*, es decir, por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido. Por *Repudium*, es decir, por la voluntad de uno aunque sea sin causa” (Petit, 1993, p. 412).

Por su parte, el autor Juan Larrea Holguín señala que “por divorcio, en general se entiende la separación de los cónyuges, la cesación temporal o definitiva de la vida en común” (Larrea, Compendio de Derecho Civil del Ecuador, 2010, p. 384); mientras que el autor Hernán Larraín Ríos explica que: “En términos generales, el divorcio es la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos cónyuges, ósea es la disolución absoluta, plena y duradera del vínculo matrimonial, pudiendo, por lo tanto, ambos cónyuges contraer nuevas nupcias” (Larraín, 2007, pp. 23-24).

Según los conceptos anotados, puede evidenciarse como el divorcio constituye una separación entre los cónyuges, y, desde el punto de vista jurídico, es la ruptura judicial del matrimonio que produce una disolución del vínculo matrimonial de forma permanente y absoluta, de modo que los ex cónyuges tienen el derecho para poder contraer un nuevo matrimonio.

Según señala Villagómez (2011, p. 81), la legislación ecuatoriana ha adoptado el divorcio perfecto o vincular, que es el que más se ha incorporado en la mayoría de legislaciones del mundo, en el cual, el juez o autoridad competente, mediante sentencia o resolución, concede la separación de dos personas casadas, en cuanto a la cohabitación y al lecho; y seguidamente explica que:

“En el campo netamente conceptual, debemos aceptar que el divorcio perfecto o vincular es el acto judicial que, previa la comprobación de libre y mutuo consentimiento de los cónyuges o de las causales demandadas, disuelve el vínculo matrimonial y concede libertad para que los ex cónyuges puedan contraer nuevo matrimonio” (Villagómez, 2011, p. 81).

Desde la perspectiva apuntada por el autor se comprende como en la legislación ecuatoriana existen dos tipos de divorcio, el primero de mutuo consentimiento y el segundo mediante una de las causales determinadas dentro de la normativa.

En cuanto al primero, el artículo 107 del Código Civil prescribe que “Por mutuo consentimiento los cónyuges pueden divorciarse en procedimiento voluntario que se sustanciará según las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos” (Código Civil, 2015). Es decir, mediante el procedimiento prescrito en el artículo 335 de este cuerpo legal; así como también según el procedimiento dispuesto en el artículo 18, numeral 22 de la Ley Notarial que dispone como facultades de los Notarios:

“Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los cónyuges expresarán en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo; adicionalmente en la petición, lo previsto en el artículo 107 del Código Civil. El notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse. El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada, se

entregará copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva; (...)" (Ley Notarial, 2016).

El divorcio por mutuo consentimiento se origina también en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1583 del Código Civil, que dispone los modos de extinguirse las obligaciones en general, donde se hallan enumeradas taxativamente las once causales para tal efecto; siendo la primera "Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo"; es decir, por la mutua voluntad de las dos personas que celebraron el contrato, el mismo puede extinguirse de la misma forma.

1.4 El divorcio por vía contenciosa

En el segundo caso, es decir, el divorcio contencioso, el artículo 110 del Código Civil dispone las del divorcio:

"1. El adulterio de uno de los cónyuges. 2. Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. 3. El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial. 4. Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro. 5. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro. 6. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas. 7. La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años. 8. El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano. 9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos" (Código Civil, 2015).

Si se analiza en forma detallada los fines del matrimonio dispuestos en el Código Civil (vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente), se comprenderá como cada una de las causales que se disponen para este tipo de divorcio, van en contra de estos fines, y como consecuencia de ello, la legislación permite solicitar el divorcio, una vez que se verifiquen las mismas.

En cuanto a la primera causal identificada en el numeral primero “el adulterio de uno de los cónyuges”, el autor Hernán Larraín señala que:

“El adulterio es, en el fondo, la violación del deber de fidelidad que debe existir en todo matrimonio. La Iglesia Católica considera que es el ayuntamiento carnal legítimo de un hombre con una mujer, siendo uno de los dos casados o ambos” (Larraín, 2007, p. 185).

Según señala el autor, el adulterio es una situación que vulnera la fidelidad que debe guardar todo matrimonio, mismo que se ha construido sobre una base moral religiosa, la misma que se encontraba presente desde el derecho canónico; y, desde la perspectiva del autor Joseph Reag, no ha habido sociedad en donde no se la castigue, pese a que ha sido un fenómeno siempre presente en la sociedad, que se origina en el instinto de los seres humanos (Reag, 1975, pp. 11-12). Como es lógico, una vez que se ha vulnerado la fidelidad y la confianza del cónyuge, es lógico que la legislación permita que pueda solicitarse el divorcio en razón de esta causal.

La segunda causal de divorcio son los malos tratos o la violencia en contra de los miembros de la familia, a la que antes se denominaba como sevicia, que hace referencia a cualquier forma de maltrato realizado por un miembro de la familia hacia otro. Escriche señala que “es la excesiva crueldad, particularmente de malos tratamientos de que alguno usa contra otra persona, sobre quien tenga alguna potestad o autoridad” (Escriche, 1977, p. 533).

La violencia en contra de los miembros de la familia es una causal de divorcio pues vulnera la seguridad y los derechos de los cónyuges e hijos, de modo que la legislación permite la disolución del vínculo matrimonial mediante divorcio con el objetivo de proteger estos derechos. Asimismo, desde la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, la violencia contra los miembros de la familia en todas sus formas, además de ser una causal de divorcio, es un delito de acción pública, tipificado en los artículos 155 al 159 (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

La tercera causal para el divorcio es “el estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial”, que según señala el autor José Villagómez “se presenta como consecuencia de las acciones hostiles que deterioran las buenas relaciones conyugales, que impiden la convivencia y el auxilio mutuo” (Villagómez, 2012, p. 49); y, de hecho, si se observa la evolución normativa del Código Civil, antes de la reforma del año 2015, esta causal comprendía en principio “las injurias graves o actitud hostil que se manifestaba como un estado habitual de falta de armonía”, de allí que se relacione a la actitud que mantiene los cónyuges entre sí y a las injurias y los agravios que pudieran darse como causantes de la falta de armonía de la vida de la pareja (Villagómez, 2012, p. 37).

Respecto a ello, el autor José García Falconí afirma que “podríamos definir a la actitud hostil, a las vías de hecho o a las actitudes resultantes, que por su gravedad o frecuencia imposibilitan legítimamente al cónyuge ofendido, para continuar a la vida conyugal”; así, desde esta perspectiva, la falta de armonía son aquellas circunstancias que imposibilitan mantener la relación matrimonial en su situación normal, sino que al contrario se produce una enemistad frontal entre los cónyuges que resulta irreconciliable (García J. , 1997, p. 43).

La cuarta causal es “realizar amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro”; y en este sentido, Cabanellas considera que amenazar implica anunciar que se va a causar un daño a otra persona de forma injustificada o deliberada, ya sea mediante un escrito, mediante las palabras o con actitudes y hechos (Cabanellas,

2008, p. 31); de modo que este tipo de conducta está en franca contradicción con los fines del matrimonio, entre ellos el de ayudarse mutuamente, ya que demuestran una intención de dañar; y aun cuando no se llegue a concretar la acción, la sola amenaza ya produce una afectación de los derechos de los cónyuges.

En este mismo sentido, la quinta causal del divorcio es la “tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro”; aunque el autor Juan Larrea Holguín afirma que esta causal no se presenta frecuentemente, ya que para justificarla se requiere acudir al contenido del derecho penal (Larrea, 2010, p. 110), ya que se necesita justificar que en efecto ha existido una intención por causarle un daño mortal al otro cónyuge, lo cual es una flagrante vulneración al derecho más elemental de la persona, que es la vida, y por tanto, incompatible con el fin del matrimonio.

La sexta causal del divorcio es “los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas”, que antes se denominaba como las acciones que se realicen con el fin de corromper al otro cónyuge o a uno de sus hijos; y, en este sentido, el autor José Villagómez explica que:

“En la causal se pide que sean actos ya realizados y que tengan la finalidad de desviar el recto comportamiento, de dichas personas, de depravar o corromper a familiares íntimos como son el cónyuge y los hijos, de tal forma que no se necesita para que se considera aceptable, que el fin o el objetivo de dichos actos, se haya cumplido; suficiente es que exista manifestación o tentativa de corrupción, para que sean analizados por el Juez, y califique la consideración de la causal” (Villagómez, 2012, p. 67).

La séptima causal de divorcio es “la condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años”; es decir, esta causal se produce cuando uno de los cónyuges ha cometido un delito grave, de allí que la ley penal lo sancionó de manera tan drástica, y lo que se pretende es que no exista un mayor daño en la familia, ya

que la condena de uno de los miembros produce una afectación sobre el estado emocional psicológico, personal y social de las personas, pero además puede traer consecuencias económicas que imposibilitan el bienestar de la familia (Villagómez, 2012, p. 77).

La octava causal del divorcio es que “uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano”, de lo que se desprende que existen dos causas, la ebriedad y la toxicomanía; en cuanto a la primera, es el “estado producido por la excesiva ingestión de bebidas alcohólicas”; mientras que “la toxicomanía está representada por el consumo habitual de las distintas drogas tóxicas o de alguna de ellas en especial” (Osorio, 2010, pp. 351-951); y en ambos casos se requiere que sean habituales o consuetudinarias, ya que en estos casos se producen distintas afectaciones a la familia, en cuanto al bienestar físico y psicológico, como también en lo que se refiere al factor social y económico de la familia.

Finalmente, la última causal es “el abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos”. En este sentido, el autor Juan Larraín apunta que:

“Abandono es el no determinado por una justa causa y hecho voluntariamente, con la intención de no volver más, aun teniendo posibilidades de ello y de romper, por lo tanto o por lo menos interrumpir, al comunidad de vida conyugal” (Larraín, 2007, p. 200).

Para que se pueda solicitar el divorcio por esta causa, debe cumplirse dos presupuestos, el primero es que se realice el abandono y que el mismo no tenga justificación; y el segundo, que se cumpla con el tiempo establecido, que es de seis meses, a diferencia de la legislación anterior que exigía al menos un año.

Solo ante el mutuo acuerdo de ambos cónyuges o ante la posible verificación de una de las causales legales dispondrá el divorcio; en este último caso,

deberá probarse conforme a derecho que uno de los cónyuges ha incurrido en una casual para que le juzgador pueda dar por terminado el vínculo matrimonial. No basta con la sola voluntad de uno de los dos cónyuges para solicitar el divorcio. De no encontrar alguna causa, el cónyuge podría recurrir a una situación de hecho como el abandono de hogar, para posteriormente solicitar el divorcio, pues de lo contrario se deberá mantener este vínculo matrimonial de modo forzoso, ante la imposibilidad de disolverlo.

1.5. Mantenimiento de un vínculo matrimonial forzoso: principales afectaciones producidas a los miembros del hogar

Desde la experiencia social, puede señalarse que el hecho de que exista el mantenimiento de un vínculo matrimonial forzoso obedece a distintos factores, pero la base de todos ellos está en la forma en la cual la legislación actualmente regula el divorcio.

“Aunque el matrimonio es por su naturaleza indisoluble, la experiencia prueba que pueden producirse situaciones tales que hagan imposibles, al menos por cierto tiempo, la comunidad de vida, afectos e intereses que deben existir entre los cónyuges; y para evitar, tanto que el mal se agrave como el escándalo, se recurre al divorcio, que en la aceptación general puede definirse como la cesación de la vida matrimonial en su vida de ambos cónyuges y después de consumado el matrimonio” (Grupo Espasa Calpe, 2011, p. 1662).

En la perspectiva del texto citado puede comprenderse como, la tradición histórica jurídica ha concebido al matrimonio como una institución que no se puede terminar, situación que en gran parte de se deriva del matrimonio religioso, por una parte; y

por la otra, de la protección jurídica que el Estado le concede a la familia como núcleo social.

“El divorcio ha sido, es y seguirá siendo el tema jurídico más controvertido, se ha emitido valiosos e interesantes criterios doctrinarios que lo han condenado y esperan que desaparezca, por constituir, aparentemente, una institución perturbadora de la célula fundamental del Estado, que es la familia” (Villagómez, 2011, p. 82).

Sin embargo, las experiencias ocurridas alrededor del mundo sugieren la existencia de hechos y situaciones que hacen imposible la mantención del vínculo matrimonial, siendo en este caso la solución recurrir al divorcio, pues de lo contrario se corre el riesgo de que existan afectaciones sobre los propios cónyuges y también de los demás miembros de la familia; y en ese sentido el tratadista José Villagómez explica que:

“Se han realizado también profundos estudios ideológicos para buscar la permanencia del divorcio, ya que una sociedad familiar descontrolada, desorganizada, imperfecta y perjudicial para el ajuste psicológico y social del sano convivir humano, que es amante de la paz y de la concordia no puede seguir existiendo y es necesario buscarle un remedio, dar una solución que beneficie no solo a la pareja en discordia y a sus hijos, sino a la sociedad en que ella se desenvuelve. Esa solución, para muchos, es el divorcio” (Villagómez, 2011, p. 82).

En la perspectiva del autor se entiende claramente como las relaciones de pareja que han celebrado un matrimonio pueden tener una evolución hacia un desentendimiento que provoca conflictos, que afectan a los cónyuges y a las relaciones familiares, creándose un estado habitual de desarmonía, desorganización y un convivir no sano, lo que termina por afectar de distintas

maneras a los miembros de esa familia, sobre todo en los aspectos psicológicos y sociales.

Ante estas situaciones que terminan por ser insostenibles para la pareja, o por lo menos para uno de los cónyuges, la solución para un sector doctrinario ha sido el divorcio, como un medio para poner fin a una situación en la cual existe una afectación de las relaciones familiares, que produce múltiples efectos adversos a sus miembros; de modo que, el fin del divorcio en estos casos también es proteger a la familia.

No obstante, de ello, el divorcio en la mayoría de legislaciones como la ecuatoriana, requiere del cumplimiento de una causal o de la mutua voluntad para que pueda proceder, pues de lo contrario no podrá producirse por la sola voluntad de uno de los dos cónyuges, aun cuando ya no exista una armonía en la relación matrimonial, pues se requerirá de una causal demostrable ante el juez.

Esta situación podría originar que un número considerable de cónyuges que han contraído matrimonio, y en las cuales no existe una armonía o un buen entendimiento entre ellos, se vean forzados a mantener este vínculo matrimonial, ante la exigencia de cumplimiento de una causal legal que les permita separarse, o a su vez a tomar medidas de hecho como el abandono del hogar. Esta última situación puede demostrarse en el contexto ecuatoriano con las estadísticas, pues del total de divorcios presentados en el año 2017 (22468), el porcentaje más alto del 36% (con excepción del divorcio por mutuo acuerdo) corresponde a abandonos injustificados (8157), de modo que se observa como los cónyuges han optado por recurrir a situaciones de hecho ante la imposibilidad de encontrar una causal legal distinta al abandono para solicitar el divorcio (Instituto de Estadísticas y Censos , 2017, p. s/p).

La mantención de una relación forzada no produce sino múltiples afectaciones a los miembros de la familia, pues la vida constante en un estado de desarmonía provoca afectaciones psicológicas a los cónyuges que viven en un constante estado de pelea

y de estrés; esto también termina por afectar a los menores, quienes crecen en un ambiente conflictivo, que en los casos más graves desemboca en situaciones de violencia, que muchas veces es normalizada por los hijos.

“Con el divorcio absoluto, se permitirá que, los que no hayan sido felices en su primera unión, podrán lograr su felicidad en una nueva unión, en lugar de seguir siendo dos seres desgraciados, que, de igual manera, cumplen un mal papel en la obligación de educar a sus hijos. Con el divorcio vincular se dignifica a la familia, porque el desgraciado ambiente de incomprensión y desarmonía desaparecen” (Villagómez, 2011, p. 85).

Desde la perspectiva del autor, se comprende como el mantenimiento de un vínculo matrimonial forzado, no hace sino provocar la afectación psicológica de los miembros de la familia, hasta tal punto, que la hostilidad provoca un maltrato psicológico, comprendido desde la perspectiva de la autora Catherine Kirkwood como “un concepto amplio que admite múltiples modalidades de agresión moral o intelectual, que consiste en hostilidad verbal o no verbal reiterada que perjudica directamente o indirectamente la estabilidad emocional de la persona que sufre violencia” (Kirkwood, 2009, p. 54).

En este sentido cabe mencionar que la Constitución de la República garantiza el derecho a la integridad personal, dentro de su artículo 66, numeral 3, que incluye “la integridad física, psíquica, moral y sexual”; así como una “vida libre de violencia en el ámbito público y privado”, obligando al Estado a tomar medidas para garantizar este derecho (Ecuador, Asamblea Nacional, 2008). También incluye este mismo derecho de protección contra la violencia a los menores de edad.

Si bien es cierto en la actualidad, el divorcio permite la dignificación de la familia, cuando existe una relación matrimonial que ha fracasado y por lo tanto se vuelve insostenible, la actual configuración del divorcio por causal aún mantiene un sistema en el cual se dificulta la disolución del vínculo matrimonial en forma ágil y efectiva,

de modo que este sistema termina por vulnerar el derecho a la integridad de los cónyuges y de sus familias, razón por la cual, debe buscarse una transición hacia un divorcio incausado, una institución que existe en otras legislaciones, en los cuales se ha superado el paradigma del divorcio por causal, cuya permanencia e inmutabilidad responde a aspectos más dogmáticos que jurídicos y no se ajusta a la realidad social.

2. APLICACIÓN DEL DIVORCIO INCAUSADO EN OTROS PAÍSES, CASOS ESPAÑA Y MÉXICO

En el presente punto de la investigación se realiza un estudio de legislación comparada del divorcio incausado, para lo cual se ha escogido los países de España y México, debido a que sus legislaciones fueron pioneras en implementar este sistema dentro de Iberoamérica, presentándose importantes particularidades y diferencias entre estos dos sistemas que merecen ser analizadas como antecedentes válidos para sugerir la implementación de esta institución en el Ecuador.

2.1. El divorcio incausado en el ordenamiento jurídico español

El divorcio en el sistema español se produjo a partir de reformas implementadas en el Código Civil, concretamente el 9 de julio del 2005, siendo en este caso aplicables las disposiciones de este cuerpo legal para todo el país. Por esta razón, en la legislación española solo existen actualmente dos tipos de divorcio, uno de carácter voluntario, que procede ante distintas autoridades; y el divorcio *express*.

En cuanto al divorcio por mutuo consentimiento, es en el que concurre la voluntad de ambas partes para terminar el vínculo matrimonial, y su regulación se encuentra prevista en el artículo 87 del Código Civil Español que prevé:

“Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio” (Código Civil de España, 2005)

En la disposición legal citada se comprende la existencia de un tipo de divorcio voluntario, que puede ser de carácter jurisdiccional o de tipo notarial, tanto ante el secretario judicial como ante el Notario, y se mantiene el criterio de los factores para que pueda solicitarse, es decir, la voluntad de ambos cónyuges para el divorcio, que haya transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio y que no exista la presencia de hijos menores de edad o con capacidad modificada, conforme dispone el numeral segundo del artículo 82 que prevé que:

“Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90 (...) No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores” (Código Civil de España, 2005).

En el caso de que existan hijos mayores o menores emancipados, para que proceda este tipo de divorcio voluntario, los mismos “deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar” (Código Civil de España,

2005), pues de lo contrario se requerirá que se proceda por el divorcio incausado, conforme se dispone en el mismo artículo 82. Por otra parte, el divorcio incausado, se contempla dentro del artículo 86 del Código Civil Español y prescribe que:

“Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81” (Código Civil de España, 2005).

En la legislación española, el divorcio incausado es de carácter judicial, y procederá ante la sola petición de uno de los cónyuges, e incluso en este caso se exigen tres meses para poderlo solicitar, sin que sea necesario exponer una causal legal para el mismo. En cuanto a los requisitos, se contemplan en el artículo 81 de este mismo cuerpo legal que prevé:

“Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. 2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”

(Código Civil de España, 2005).

En esta legislación se considera indispensable que los cónyuges acompañen junto a la demanda de divorcio un convenio regulador respecto de los aspectos más importantes relacionados con la patria potestad de los hijos, régimen de visitas, el derecho de alimentos, liquidación del patrimonio conyugal; mismo que deberá ser aprobado por el juez, salvo que esta autoridad considere que en éste exista algún aspecto que pudiera perjudicar a los menores. La norma también dispone que, en los casos de gravedad para la vida o la integridad de la familia, el divorcio podrá solicitarse antes de los tres meses. En cuanto al contenido del convenio regulador, el artículo 90 prevé en su primera parte:

1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos. b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos. c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso. e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio. f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges (Código Civil de España, 2005).

Siendo España uno de los primeros países en implementar el divorcio incausado, en la dogmática española existen criterios doctrinarios a su favor a este tipo de divorcio, pues con la reforma introducida en el año 2005, se eliminaron las causales

legales para poder solicitar el divorcio; y respecto a ello, Ángel Acebedo y Leonardo Pérez señalan que:

“El legislador de 2005, al reformar el Código Civil, ha decidido, con buen criterio, a nuestro juicio, huir de la indagación de los motivos de la ruptura matrimonial, evitando declarar la culpabilidad de uno de ellos, (generalmente de ambos, al menos, en parte) algo que debe quedar en la privacidad de los cónyuges, bastando la mera voluntad de uno de ellos, ejercitando su derecho a no seguir casado para lograr con éxito la sentencia de divorcio” (Acebedo & Pérez, 2009, p. 364)

El criterio de los autores respecto al divorcio, es que pertenece a la vida privada de las personas, y en estricto respeto del principio de voluntariedad de las mismas, consideran que basta con la sola expresión de voluntad de una de ellas para que se pueda demandar el divorcio ante la autoridad judicial respectiva.

Asimismo, otra de las ventajas que trajo la reforma del Código Civil español, es que, además, se eliminó la exigencia de que exista una separación previa, ya que dentro de la legislación española existe tanto la separación como el divorcio, siendo la primera una medida de hecho que puede ser formalizada y que no implica la ruptura del vínculo matrimonial, sino su suspensión, y éste era un requisito previo necesario para poder solicitar el divorcio. Al respecto a ello los mencionados autores opinan que:

“Finalmente es oportuno resaltar como acierto del legislador la desaparición del tradicional, forzoso, paso previo de la separación judicialmente declarada, unida al trascurso de un lapso de tiempo marcado por la ley, para poder presentar la demanda de divorcio, pudiéndose ahora acudir directamente a él, evitando la duplicidad de procesos, con el coste, sobre todo, personal y

también económico, que se ha tenido que padecer hasta la citada reforma” (Acebedo & Pérez, 2009, p. 364)

Respecto a los motivos por los cuales se produjo esta reforma dentro de la legislación española, en la exposición de motivos se señala que debe considerarse que la libertad es un valor superior al ordenamiento jurídico, y de conformidad con lo dispuesto en la Constitución española, debe garantizarse a los ciudadanos para que exista una paz social, por lo que el divorcio incausado es una expresión del libre desarrollo de la personalidad, y que el Estado solo debe intervenir en los casos en los que no sea imposible un pacto respecto al régimen de menores y de bienes, o cuando haya una posible afectación de los derechos la familia.

También otro de los factores apuntados en la exposición de motivos es de carácter social, ya que reconoce los cambios que ha sufrido la sociedad en los últimos tiempos, razón por la cual la normativa, y en este caso concreto el divorcio, deben ajustarse a dichos cambios, a fin de no afectar aspectos tan importantes como la vida de ser humano en sociedad y sus derechos, y así se expone:

“El evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad ha privado paulatinamente a estas normas de sus condicionantes originales. Los tribunales de justicia, sensibles a esta evolución, han aplicado en muchos casos la ley y han evitado, de un lado, la inconveniencia de perpetuar el conflicto entre los cónyuges, cuando en el curso del proceso se hacía patente tanto la quiebra de la convivencia como la voluntad de ambos de no continuar su matrimonio, y de otro, la inutilidad de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas por ella vinculadas” (Ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de

Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio).

2.2 La teoría del desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio según la doctrina española

De acuerdo con la postura contractualista, al considerarse al matrimonio como un contrato, existen algunas posturas doctrinarias, como la de la autora Pilar López Marco, que opina que la terminación del vínculo matrimonial debe realizarse en la misma forma en la que se extinguen las demás obligaciones, lo que incluiría la posibilidad de terminar el contrato de matrimonio mediante el desistimiento unilateral (López, 2007, p. 55).

Según afirma Ramón Soreano, la teoría sobre el desistimiento unilateral, se origina en lo que el tratadista Friedrich Savigny denominó “el señorío de la voluntad”, es decir, la voluntad de la persona es preponderante, ya que le permite ejercer un derecho que posee, que en este caso sería el de desistir de un contrato; es así que la voluntad es un elemento fundamental, tanto al momento de celebrar el contrato como al momento de terminarlo (Soreano, 1993, p. 184).

Esto implicaría que, en los contratos, cada una de las partes tendría la posibilidad de finalizar el contrato de forma unilateral y de manera discrecional, teniendo la misma libertad como cuando lo suscribió, de modo que existe una equiparación jurídica de voluntad en dos momentos distintos, al momento de contratar y al momento de desistir.

En este sentido, Pilar López expone la idea de que en el contrato matrimonial cabría el desistimiento unilateral como expresión de la libertad de voluntad de los contrayentes, ya que del hecho de que uno de los cónyuges acuda ante las jurisdicción para demandar la terminación del matrimonio implica la ausencia de los fines para los cuales se ha constituido el matrimonio, lo que sería una causa suficiente para que proceda la separación judicial (López, 2007, p. 55).

En este mismo sentido, el autor Ángel Sánchez explica que:

“El simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio. Se consagra pues, el libre desistimiento como causa de disolución del matrimonio. En realidad, ese libre desistimiento tiene como causa directa y última de la disolución del matrimonio, el que éste está irreparablemente roto por divergencias irreconciliables entre los cónyuges” (Sánchez, 2005, p. 136).

Un aspecto que se debe destacar es el hecho de que la tesis de Pilar López y Ángel Sánchez se sostiene en los derechos consagrados en la Constitución de España, que en su artículo 10 garantiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad, siendo su principal consecuencia el permitir la libertad de ruptura sin causa, existiendo además concordancias con lo prescrito dentro de la Ley 15/2005 (López, 2007, p. 55).

Sin embargo, Guillermo Cerdeira, se opone a esta postura, ya que señala que es un error “admitir sin más que el matrimonio es un contrato, para luego comparar el régimen del matrimonio con el general de los contratos”, y se cuestiona si es acertado comparar el divorcio con la resolución, con la rescisión o con el desistimiento del contrato, “porque la premisa, si bien no es del todo falsa, es matizable”; por lo que el autor concluye que “el matrimonio no es contrato, o al menos, no es un contrato más, sino un contrato tan *sui generis*, que resulta incomparable con los demás contratos” (Cerdeira, 2013, pp. 62-63).

Por estas razones, esta tesis es aplicable para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que el artículo 66, numeral 5 de la Constitución de la República, reconoce y garantiza “El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”. Por lo cual, es factible reconocer el desistimiento

unilateral del matrimonio, aunque para perfeccionar esta teoría, se requeriría que se realicen reformas normativas en el Código Civil.

2.3. El divorcio incausado en el ordenamiento jurídico mexicano

El divorcio incausado dentro de la legislación mexicana es un sistema relativamente nuevo, que se ha implementado en algunas partes de dicho país, ya que en primer lugar debe partirse del hecho de que México es un Estado federado, por lo que cada Estado tiene su distinta legislación en materia civil, y por lo tanto, no en todos se ha implementado el sistema de divorcio incausado, al que también se lo suele denominar como *express* (Sotomayor, 2013, p. 44).

Actualmente el divorcio incausado está vigente en “Hidalgo, Guerrero, Estado de México, Yucatán, Coahuila y más recientemente, Sinaloa” (Sotomayor, 2013, p. 44). Es así, que dentro de la legislación mexicana existen al menos cuatro tipos de divorcios, siendo estos: el divorcio necesario, judicial o por causal; el divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, el divorcio administrativo y el divorcio incausado (Pérez M. , 2010, p. 69).

En cuanto al divorcio necesario, judicial o por causal, es aquel que se produce cuando “No existe acuerdo entre los cónyuges respecto al divorcio, uno quiere divorciarse y el otro no, por una o varias de las causales que para demandar el divorcio establece el Código Civil” (Pérez M. , 2010, p. 69); existiendo como en el caso ecuatoriano, un conjunto de causales dentro de la normativa civil mexicana, que una vez que se hayan cumplido, dará lugar a que el cónyuge pueda demandar el divorcio de forma jurisdiccional ante el juez de lo civil y la familia.

Respecto del divorcio voluntario o por mutuo consentimiento y el divorcio administrativo, tienen como característica en común la voluntariedad de las dos partes de la disolver el vínculo matrimonial; y la diferencia entre los dos está en su procedimiento, ya que el primero se realiza por la vía jurisdiccional, y el segundo,

como su propia denominación lo indica, tiene un trámite administrativo. A este respecto, la autora Thalía Dentón afirma

“Se puede optar por el divorcio administrativo, tramitado ante autoridad distinta de la judicial, cuando existe anuencia en divorciarse; divorcio voluntario para el caso de que, ambos integrantes de la pareja, soliciten se declare disuelto el vínculo matrimonial, siempre y cuando reúnan las condiciones de: a) no haber procreado hijos y b) no encontrarse pendiente cuestión alguna relativa a los bienes de la sociedad conyugal, cuando se hubieren casado bajo este régimen patrimonial” (Dentón, 2008, p. 33)

Según dispone el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, el divorcio administrativo procede ante el funcionario del Registro Civil, y además de que concurra la mutua voluntad de las partes para la terminación del vínculo matrimonial, deberán cumplirse algunos requisitos señalados en los literales a y b mencionados. Este tipo de divorcio es similar al que en la legislación ecuatoriana se conoce como notarial, con la diferencia de la autoridad que es competente para el mismo (Código Civil para el Distrito Federal, 2008).

Las partes deberán seguir el divorcio voluntario o por mutuo consentimiento ante la autoridad jurisdiccional, en el caso de que existiera la mutua voluntad de terminar con el matrimonio, pero no se cumpliera con los requisitos para poder solicitar el divorcio administrativo, es decir, cuando existan hijos o un patrimonio conyugal sobre el cual debe resolverse; en estos casos, la legislación mexicana es mucho más rigurosa en cuanto a los requisitos procedimentales que deben cumplirse, y exige que se entregue conjuntamente con la demanda un convenio en el cual se resuelva acerca de estos asuntos (custodia, alimentos, vivienda, bienes) (Pérez M., 2010, p. 67).

Por otra parte, está el divorcio incausado, que entró en vigencia en el Estado de México Distrito Federal, con las reformas realizadas el 3 de octubre del año 2008

en su Código Civil Mexicano; y al respecto el tratadista Jesús Sotomayor explica que:

“En el mes de octubre de 2008 la asamblea legislativa del Distrito Federal, procedió a aprobar una serie de reformas mediante las cuales derogó, modificó y adicionó algunas disposiciones contenidas en su código civil y de procedimientos civiles para dar paso a la nueva figura jurídica del divorcio, que en un principio se conoció como divorcio exprés y más adelante como divorcio incausado o sin expresión de causa, entre otras denominaciones” (Sotomayor, 2013, p. 44).

Para el objeto de estudio de este tipo de figura legal se tomará en cuenta la legislación de este Estado de México, en razón de ser la pionera y la más importante, pues impera en la capital mexicana a partir del año 2008, ya que con anterioridad a esta fecha solo existía el divorcio por causal. Así, con la reforma, el artículo 266 del mencionado Código Civil dispone que:

“El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo” (Código Civil para el Distrito Federal, 2008).

De esta disposición legal se comprende como el divorcio requiere tan solo de dos requisitos para proceder, que el matrimonio haya sido celebrado por lo menos con un año de anterioridad, y la voluntad de al menos una de las partes por terminar con este vínculo, de modo que no será necesario el señalar alguna causal para justificar

esta petición. El juzgador, para su concesión, deberá determinar que se cumpla con lo dispuesto dentro del artículo 267 de este mismo cuerpo legal que prescribe:

“El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos: I.- La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces; II.- Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos; III.- El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento; IV.- Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje; V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición. VI.- En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso” (Código Civil para el Distrito Federal, 2008).

Para que proceda el divorcio incausado, conjuntamente con la petición realizada por cualquiera de los cónyuges, se deberá acompañar una propuesta de convenio que

regule los aspectos más importantes de la terminación del vínculo conyugal, siendo el primero la tenencia de los hijos, su custodia, régimen de visitas y el derecho de alimentos de los mismos.

El segundo aspecto a tomarse en cuenta serán los bienes de la sociedad conyugal, concretamente sobre quien tendrá el uso del domicilio familiar y también la forma en la cual se ha de administrar el patrimonio conyugal durante el proceso de divorcio y su liquidación. Finalmente se dispone acerca de la compensación que debe darse en el caso de que los cónyuges hayan mantenido un régimen de separación de bienes previo al divorcio a favor del cónyuge que durante el trabajo haya tenido una mayor participación en el cuidado de los hijos y en el trabajo del hogar.

Respecto a las motivaciones jurídicas que permitieron la implementación de este tipo de divorcio dentro del Estado de México Distrito Federal, existen importantes argumentos que son expuestos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que considera que el origen de la reforma se da en el reconocimiento de:

“El gran costo emocional y estructural que tiene en la familia una relación disfuncional entre los cónyuges, de tal suerte que en muchas ocasiones resulta menos dañino el divorcio, porque más allá de lo doloroso que pueda significar esta acción, se disminuyen notablemente los conflictos sociales y familiares” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, p. 13)

En el criterio del órgano de justicia de México se observa como la motivación de permitir el divorcio sin expresión de causa se encuentra justamente en la disminución de conflictos derivados de la mantención de un vínculo matrimonial forzoso, y de los daños que esto puede producir en la familia; y al contrario de lo que podría pensarse, permitir este tipo de vínculo no significa necesariamente que se esté perjudicando a la familia como núcleo social, sino al contrario, se busca su protección. Otro de los argumentos expresados por este mismo organismo es que:

“Ciertamente, en las exposiciones de motivos correspondientes consta que la finalidad del legislador al establecer el divorcio sin expresión de causa, fue la de evitar conflictos en el proceso de la disolución del matrimonio, respetando para ello el libre desarrollo de la personalidad, pues se consideró preponderante la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge, en virtud de que esa voluntad no está supeditada a explicación alguna, sino simplemente a su deseo de ya no continuar casado” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, pp. 13-14).

Este argumento resulta de extrema importancia, ya que a criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, otro hecho configurativo del divorcio *express* está en la libre determinación de cada individuo y en su derecho a tomar sus propias decisiones en el ámbito privado, ya que si el matrimonio es un acto voluntario para cada una de las partes, el matrimonio también debe ser una posibilidad reclamada por cada uno de los cónyuges, sin que dicha voluntad debe ser limitada por la expresión de una causal, sino que basta con la voluntad de no querer continuar con este vínculo, dicho por el propio organismo “No debe ser tarea del Estado unir lo que todos estos factores desunieron”, sino que el único deber del Estado es conceder la protección de la familia, procurando que no exista afectaciones para los derechos de los menores y los derechos de los cónyuges en el proceso de divorcio (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, p. 14).

2.4. Consecuencias de la aplicación del divorcio incausado en España y México, en cuanto al descongestionamiento de los procesos de divorcio

La legislación española con la implementación del divorcio incausado, paso de ser un país en donde el divorcio se demoraba más tiempo (debido a que se exigía como requisito previo la separación antes de poder solicitar el divorcio), a ser uno de los países en donde existe una mayor celeridad para solicitar el mismo, de apenas tres meses de celebrarlo, o antes, si existiera alguna causal de violencia.

Precisamente, dentro de la exposición de motivos de la reforma al Código Civil español ya se manifiesta que lo que se pretendía evitar es la situación de que exista un doble procedimiento en el divorcio, de modo que tiempo procesal se redujo sustancialmente con esta reforma.

España también cuenta con al menos tres tipos de divorcio, dos de mutuo acuerdo y uno incausado, siendo los dos primeros mucho más ágiles, ya sea que se haya seleccionado el procedimiento ante el secretario judicial o ante el notario, pues la finalidad de los mismos es que exista celeridad en el proceso y que se pueda descongestionar el sistema judicial. Estos procedimientos se hallan regulados dentro del artículo 87 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; mientras que el divorcio incausado también ha reducido tiempos y mejorado el proceso frente al divorcio contencioso que se disponía antes de la reforma del Código Civil en el año 2005.

Así mismo, también se ha buscado la agilidad y el dinamismo del proceso, ya que el cónyuge que solicita el divorcio elaborará su propuesta de convenio regulador acerca de la tenencia de los hijos, régimen de visitas, derecho de alimentos y bienes, y a su vez, el otro cónyuge podrá aceptar esta propuesta o elaborar la suya propia en la contestación a la demanda. Otro aspecto que se dispone en esta legislación, es que, en cualquier momento de la causa, se puede pedir “al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio”, con la finalidad de agilizar el procedimiento y utilizar un medio alternativo de solución de conflictos.

Ya en cuanto al tiempo, según distintas fuentes consultadas, igualmente varía dependiendo el tipo de proceso, ya que el divorcio voluntario puede durar entre tres semanas a un mes, mientras que el divorcio *express* puede durar de entre dos a tres meses, frente a los ocho meses a dos años que suponía el divorcio por causal (Acarrión Molina, 2017, s/p) (Abogados Tenerife, 2015, s/p).

En cuanto a las estadísticas de la media de tiempo en el que tarda la resolución de las causas:

“El 83,5% de las separaciones se resolvieron en menos de seis meses (frente al 85,3% en 2015), mientras que el 4,8% tardó un año o más (3,8% en 2015). La duración media de los procedimientos fue de 4,7 meses en 2016, ligeramente superior a la del año anterior, que fue de 4,6 meses. En las separaciones la duración media (3,7 meses) fue menor que en los divorcios (4,7 meses)” (Acarrión Molina, 2017, s/p).

Como se observa, la media de los procedimientos se mantiene entre cuatro a cinco meses en los últimos años que se realizó este estudio, lo que ha contribuido a que se descongestione el sistema procesal, ya que el juez únicamente interviene en casos de no haber acuerdo y ante posibles vulneraciones de derechos, por lo demás, siempre se aceptará la libre voluntad de las partes.

Por otra parte, en la legislación mexicana, una de las principales motivaciones que tuvo el legislador para establecer el divorcio incausado, además de garantizar los derechos de los cónyuges y de los menores, como su libertad y bienestar físico y psicológico, fue también la de otorgar una mayor agilidad al proceso, ya que de este factor también depende el hecho de que exista armonía entre los miembros de la familia, pues alargar un procedimiento judicial implica un mayor costo emocional, económico y procesal, y este último también recae directamente sobre el Estado.

Por esta razón, dentro de la exposición de motivos de la reforma del Código Civil del Estado de México Distrito Federal se señala que:

“Tampoco debe desconocerse que es benéfico para la impartición de justicia, en virtud de que el juzgador, lejos de erosionar mayormente la relación entre las partes y el núcleo familiar, actuará como facilitador para coadyuvar al aligeramiento de estos procesos que generan años de desgaste y heridas

incurables en los menores que indefectiblemente son parte del conflicto. Tampoco se puede perder de vista que el hacer más dinámico este proceso, y su respectivo procedimiento, la autoridad jurisdiccional podrá utilizar este tiempo en el perfeccionamiento de sus resoluciones” (Código Civil para el Distrito Federal, 2008).

En la exposición de motivos se considera tanto el costo emocional, como el costo procesal que tenía el divorcio necesario o con causal para el sistema legal mexicano, en el cual los tiempos resultaban excesivamente largos, pues ya dentro del mismo instrumento se señala que los mismos podían durar inclusive años (al menos dos), lo que ocasionaba mayor destrucción en la familia y un retardo innecesario para la resolución de las causas, al aumentar la carga para el juzgador.

Por esta razón, la mayoría de legislaciones han optado por crear procedimientos cada vez más dinámicos y expeditos para facilitar el divorcio, ya que en el caso de México existe también el divorcio voluntario y el administrativo, este último ante una autoridad no jurisdiccional, para dar celeridad al proceso; pero también el proceso del divorcio incausado es mucho más ágil, dinámico, pero sobre todo breve, lo que optimiza el tiempo del juzgador también.

Al hablarse de un procedimiento ágil dinámico, se hace referencia a que en el proceso, las partes intervienen de una manera mucho más activa que en el divorcio con causal, ya que al momento de interponer la demanda de divorcio, es el cónyuge quien hace una propuesta de regulación de la tenencia de los menores, el régimen de visitas, el derecho de alimentos y el patrimonio, por lo que las partes son las que mayor participación tienen en el proceso; mientras que el accionar del juez se limita a aceptar o rechazar el convenio, interviniendo únicamente en los casos en los cuales no haya acuerdo o se afecte a los hijos menores, y en tales casos, será el juez quien tome una determinación en audiencia celebrada con las partes, considerando lo que más convenga según el interés del menor y el familiar. Así, en

la exposición de motivos de la reforma del Código Civil del Estado de México Distrito Federal se señala:

“Como efecto colateral, es innegable que la sociedad en su conjunto se verá beneficiada, pues no habrá un desgaste entre las partes para tratar de probar alguna causa que origine el divorcio, situación que en la actualidad genera más desajuste emocional e incluso violencia entre los cónyuges, facilitando de esta forma la disolución del vínculo matrimonial, sin que exista la necesidad de efectuar un análisis respecto a la procedencia del divorcio que provoque la apelación correspondiente de alguna de las partes o de ambas, lo que permitirá poner más énfasis en los demás puntos controvertidos” (Código Civil para el Distrito Federal, 2008).

En cuanto al tiempo de duración del divorcio incausado, es bastante menor en comparación al divorcio necesario o por causal. En este sentido, diversas fuentes coinciden en que el tiempo actual de este divorcio *express* es de entre uno a tres meses; el divorcio necesario tiene una duración aproximada entre ocho meses a un año, pudiendo extenderse más tiempo; mientras que el divorcio de mutuo acuerdo, ya sea jurisdiccional o administrativo tiene una tiempo de duración de tres semanas (Abogacía Consultas, 2015); (CNN Noticias, 2014).

Por esta razón, se observa como existe una gran agilidad en el sistema mexicano en cuanto al divorcio, siendo menor de un mes en los casos en los que concurren las dos voluntades; tres meses promedio en los casos de divorcio *express*, frente al año promedio que dura un divorcio necesario.

2.5. Costos del divorcio incausado en España y México en comparación con los otros tipos de divorcio

Tanto en la legislación española como la mexicana, el divorcio incausado, además de agilizar el sistema procesal, trajo mejoras en el aspecto económico de los

cónyuges que pretende divorciarse, pues un procedimiento más largo es sinónimo de un proceso más costoso, de modo que los procedimientos voluntarios y los incausados resultan mucho más baratos que los contenciosos.

Ya dentro de la exposición de motivos de las reformas implementadas, tanto en México como en España se habla también del factor económico como uno de los principales beneficios por los cuales se pretendió implementar este tipo de divorcio, en razón de que el aspecto económico de ningún modo debería perjudicar a una persona que quiera divorciarse y no tenga recursos para ello, debiendo mantener un vínculo forzoso por este motivo.

En el caso de la legislación española, el divorcio incausado también resulta mucho más económico frente al contencioso; y así mismo, se debe considerar que el divorcio de mutuo acuerdo, ya sea jurisdiccional o notarial es más barato en relación al divorcio incausado.

Según un estudio económico del Banco BBVA, un divorcio incausado tiene un valor promedio de 400 y 800 euros, dependiendo del caso específico, mientras el contencioso tendría un valor que ronda entre los “1.500 y los 3.600 euros”. Una ventaja de este divorcio es que puede realizarse e inclusive por medios electrónicos, siendo su costo menor:

“También se pueden realizar los trámites por internet mediante las diversas webs que facilitan sus servicios jurídicos bajo el reclamo del referido divorcio express y cuyo coste se suele situar entre los 400 y los 600 euros por los servicios del abogado y otros 200 más por los del procurador” (Banco BBVA, 2018, s/p).

Por su parte, el Diario La Nueva España considera que el costo mínimo “es de unos 400 euros para costear el abogado y el procurador. Para las parejas con hijos o bienes de por medio, la cifra sube y se sitúa entre 600 y 800 euros” en el caso del

divorcio incausado, pero “Si es un divorcio contencioso, es decir que no hay mutuo acuerdo, el coste de la separación puede suponer un mínimo de entre 1.200 y 1.500 euros” (La Nueva España, 2018). (Tomando en cuenta que 0,89 centavos de dólar de los Estados Unidos de América, equivalen a un euro)

De esta manera se puede concluir que en lo que se refiere al valor económico que se requiere invertir en un divorcio incausado es muy inferior comprado con el costo del divorcio contencioso o por causal, de allí la ventaja económica que supone este tipo de proceso en estos países en concreto.

En el caso de México, debe mencionarse que, dependiendo de cada situación, el costo del divorcio puede variar; así en México el presupuesto de un divorcio exprés es de entre 5 mil y 30 mil pesos (Pérez , 2018, s/p), mientras que Samanta Álvarez apunta que:

“El costo de un divorcio administrativo es de 980 pesos, igual que el precio que pagarías por casarte, de acuerdo con la Dirección General del Registro Civil Distrito Federal. “El proceso puede ir desde 1,500 hasta 20,000 pesos dependiendo de los honorarios del abogado, y tardar más de cuatro meses” (Álvarez, 2017, s/p).

A criterio de los mismos autores, un divorcio contencioso puede costar entre \$10,000.00 y los \$100,000.00 pesos, y en los casos más graves (pensiones alimenticias y sociedad conyugal) el valor promedio es de \$15,000.00 y los \$150,000.00 (Pérez D. , 2018, p. s/p), lo que evidencia que el valor aumenta en hasta 500 por ciento (Tomando en cuenta que 20 pesos mexicanos equivalen a un dólar de los Estados Unidos de América).

3. INCORPORACIÓN DEL DIVORCIO INCAUSADO EN ECUADOR

3.1. Justificación

Con base a lo analizado en los capítulos anteriores, se puede determinar cómo actualmente se requiere de la incorporación del divorcio incausado en la legislación ecuatoriana de acuerdo a dos aspectos muy importantes: la situación actual de la sociedad ecuatoriana; y, las experiencias positivas que han existido en las legislaciones de España y México.

En cuanto al primer aspecto, se debe afirmar que la situación social que existe en el Ecuador, en donde los divorcios han aumentado considerablemente y las estadísticas reflejan que la principal causal por lo cual se produce el divorcio es por el abandono del hogar, demuestran que ante la imposibilidad que tienen los cónyuges de demostrar otra causal para el divorcio, se requiere adoptar una medida de separación que perjudica el bienestar de la familia.

Si bien es cierto, la legislación ecuatoriana ha tenido un progreso considerable en lo que se refiere al régimen de divorcio, como su agilización en el caso de que exista un mutuo consentimiento de los cónyuges, que actualmente se realiza por trámite administrativo, se requiere que se produzcan reformas en el Código Civil que permitan la implementación de un divorcio incausado, en el cual no se necesite justificar la razón por la cual se ha decidido terminar con el vínculo matrimonial, ya que este es un aspecto de la vida privada de las personas.

En este sentido, quizás la justificación más importante que se pueda aportar para la incorporación del divorcio incausado en el Ecuador son las experiencias positivas que se ha tenido en España y México, ya que ambos países han producido un avance al considerar que el matrimonio y el divorcio son aspectos que pertenecen a la vida privada de las personas, de allí el hecho de que el Estado no pueda intervenir en las mismas, salvo los casos en los cuales se pudiera producir una

afectación de los derechos de los cónyuges o de otros miembros de la familia como los hijos menores.

Precisamente, dentro de la legislación española se ha creado la teoría del desistimiento unilateral del matrimonio, ya que al momento de establecer que el matrimonio es una parte privada de la persona, se reconoce que el principio que rige al mismo es la libre voluntad de las personas para contraerlo, con la lógica consecuencia de que este mismo principio de voluntariedad debe regir al momento en que se termine el vínculo matrimonial.

En efecto, la teoría contractualista afirma que el matrimonio es un contrato, y si bien es cierto, éste no se puede equiparar en todo sentido a los otros tipos de obligaciones civiles, lo que se debe reconocer es que para la celebración del mismo se requiere indispensablemente de la voluntad de las personas; y con base a esto, la terminación debería darse por el solo hecho de que cualquiera de los cónyuges haya perdido la voluntad de querer permanecer unido con la otra persona.

Por esta razón, el desistimiento unilateral de uno solo de los cónyuges implica el hecho de que cuando las razones por las cuales se ha realizado el matrimonio, es decir el afecto, la armonía, el auxilio mutuo, hayan desaparecido, sin requerirse de ningún hecho adicional de justificación, se pueda optar por terminar este vínculo de manera definitiva, sin que el otro cónyuge pueda oponerse o que el Estado pueda interferir en tal decisión.

En esta línea de pensamiento se encuentran los criterios de la Corte Suprema de la nación de México, quien en reiteradas ocasiones se ha pronunciado a favor del divorcio sin expresión de causal, debido a que el Estado no debería intervenir en los asuntos privados de las personas, ni procurar unir las relaciones entre dos personas que tiene voluntad y capacidad propia para decidir sobre aspectos tan importantes de su vida; siendo un grave error querer que el Estado busque mantener la unión de dos personas, que en legítimo uso de su derecho de libertad, han decidido separarse.

Así, la decisión de mantener un matrimonio, o de optar por un divorcio, es una expresión legítima y única de los derechos de libertad de las personas, principalmente del derecho a la autodeterminación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho al proyecto de vida de cada ser humano, que son de naturaleza jurídica personalísima en los cuales el Estado o cualquiera de sus instituciones no puede intervenir.

Por otra parte, no se puede dejar de destacar los problemas de afectación a la familia que existen actualmente, manteniendo únicamente el divorcio por causal, ya que no constituye de manera alguna una forma de proteger el núcleo social que es la familia, sino que, al contrario, en ciertos casos favorece a la creación de un ambiente sin armonía y en los casos más graves hasta de hostilidad.

Estos aspectos tan negativos se producen precisamente porque el divorcio por causal incentiva a buscar la culpabilidad de uno de los cónyuges, lo que termina afectando a su imagen frente a sus propios hijos, otros miembros de la familia y ante la sociedad; además que la naturaleza litigiosa propia de estos procesos, fomenta a la creación de hostilidades y agudiza más la delicada situación por la que deben atravesar los miembros de la familia.

Finalmente, se requiere señalar dos aportes importantes del divorcio incausado que se relacionan con los beneficios que existen en el ámbito económico para los cónyuges y el costo procesal del Estado. Es así que en el primer caso, la experiencia española y mexicana han demostrado que los tiempos en los cuales se produce el divorcio son considerablemente menores a los contenciosos, lo que también representa un ahorro en el aspecto económico, ya que se requiere una menor cantidad de inversión, con lo cual, la mayor parte de personas están en la posibilidad de cubrirlo, frente a los excesivos costos del divorcio por causal que restringen la posibilidad de que algunas personas puedan acceder al mismo.

Al mismo tiempo, esto tiene un impacto para la celeridad y economía del Estado; ya que el divorcio incausado ha favorecido en gran medida al descongestionamiento

del sistema judicial, ya que los procesos son mucho más expeditos, lo que permite que los funcionarios judiciales tengan menos carga laboral y gocen de mayor tiempo para resolver otras causas. Consecuentemente, esto también implica un considerable ahorro para el Estado, que invierte menos recursos en una mayor cantidad de resolución de causas.

Todos estos factores justifican la necesidad que existe en el Ecuador porque se implemente un sistema de divorcio incausado, ya que se ha observado una tendencia al crecimiento de los divorcios en los últimos años, principalmente en los de mutuo acuerdo y en los contenciosos por abandono de hogar, una situación que refleja la necesidad de que las personas puedan acceder libremente a un proceso de divorcio eficiente, con celeridad, menos costoso y desgastante.

Paralelamente, se requiere del mismo para que el saturado sistema judicial ecuatoriano se mejore, ya que las causas actuales de divorcio toman un considerable tiempo que dificulta la situación de las personas, con el agravante de la incertidumbre que produce el no saber si el resultado final del procedimiento será favorable, por lo cual, todos los recursos y el tiempo invertido podrían no lograr el objetivo deseado.

Además, debe considerarse el hecho de que la propia Constitución ecuatoriana reconoce el derecho de las personas al libre desarrollo de la personalidad, sin que existan más limitaciones que los derechos de los demás, por lo cual, el Estado ecuatoriano debería favorecer la reforma a un proceso de divorcio incausado, limitándose a intervenir, en los casos en los cuales exista una posible afectación de derechos de los miembros de la familia, como los hijos menores de edad, como ya sucede en el caso de España y México, siendo en los demás casos, el derecho de tomar una decisión de divorciarse, exclusivamente responsabilidad de los cónyuges.

3.2. Divorcio incausado con base en criterios doctrinarios

Existen algunos criterios doctrinarios que se muestran a favor del divorcio incausado, señalando que cualquier disposición que conste dentro de la Constitución de un país acerca del derecho al matrimonio, no puede ser un factor que impida que exista el divorcio incausado. Así los autores Acebedo y Pérez señalan que:

“El reconocimiento constitucional del derecho a contraer matrimonio, no puede suponer la obligación de estar casado de manera vitalicia con la misma persona, algo que repele la razón de la sociedad de nuestros días, sino que, por lo tanto, debe incluir, en nuestra opinión, además, el libre derecho de apartarse del matrimonio vigente, por cualesquiera motivos, o sin ellos, disolviéndolo legalmente” (Acebedo & Pérez, 2009, p. 364).

Como explican los autores, el hecho de que el matrimonio se consagre como un derecho dentro de un determinado ordenamiento jurídico de un Estado, no debe ser comprendido en ningún caso como una limitante para que no se conceda a los cónyuges la posibilidad de separarse definitivamente, ya que siendo la unión matrimonial un derecho de libertad, este mismo criterio debería aplicarse para tal separación, de modo que el Estado no debería oponerse al ejercicio de este derecho, inclusive sin que exista una causa para tal efecto.

Por otra parte, se puede citar el criterio de la Suprema Corte de la Nación de México, que en su análisis de las causas que motivaron la reforma del Código Civil para el Distrito Federal, hace una importante exposición respecto de las ventajas del divorcio incausado, inclusive desde el aspecto familiar; y así consideran que a diferencia de lo que se cree, los procesos de divorcio controvertidos son los que más afectan a los miembros de la familia, ya que provocan enfrentamientos y acciones maliciosas que terminan por destruir a los miembros que la componen, y frente a ello, el divorcio incausado permite que estas diferencias no se agraven, sino

que al contrario se eviten al máximo, permitiendo la libre expresión de voluntad de la persona por no permanecer en una relación dañina.

“En los juicios en que se demanda el rompimiento del vínculo matrimonial las partes sufren un desgaste mayor que trasciende, incluso, a los hijos y al resto de la familia; de ahí que, ante la necesidad de evitar que ese proceso erosione mayormente el núcleo familiar y con la finalidad de evitar enfrentamientos entre personas y familias que alientan entre ellos odio, violencia, egoísmo y acciones maliciosas, lo que suele trascender al equilibrio anímico no tan sólo de los hijos, sino también de los miembros que integran ese núcleo familiar” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, pp. 12-13).

En este sentido cabe afirmar que una de las principales críticas que se han hecho al divorcio incausado es que afecta y destruye a la familia al permitir la separación de los cónyuges de manera más fácil; pero desde la perspectiva de la Suprema Corte de la Nación mexicana puede observarse como los motivos que originan la separación se producen en la esfera familiar, y por lo tanto, el Estado solo le compete permitir la terminación de una relación que ya no funciona y que se ha vuelto tormentosa para todos sus miembros.

Por su parte, el autor Mateo Mansilla plantea que el divorcio incausado tiene varias ventajas para las partes, e inclusive para el mismo Estado, y así expone que:

“Tiene inherentes una serie de ventajas para todas las partes involucradas en la disolución del vínculo matrimonial: los cónyuges, los hijos, los familiares, la sociedad e, incluso, el juez mismo. Con éste, se evitará provocar desgastes emocionales entre los interesados, el divorcio se tramitará de una manera más ágil y rápida y bastará que exista una sola voluntad o deseo, evitará que los contendientes realicen gastos excesivos y que se expongan a un ambiente de re-victimización, no descuidará los

derechos alimentarios de los acreedores ni afectará los derivados del régimen patrimonial surgidos del matrimonio, reducirá la carga de trabajo al órgano jurisdiccional y será benéfico para la impartición de justicia, disminuirá los costos al Estado y dará certidumbre en cuanto a tiempo y forma de la resolución del divorcio” (Mansilla, 2015, p. 18).

Como bien expresa el autor, el divorcio sin expresión de causal tiene una serie de ventajas primeramente para los miembros de la familia, quienes sufren un menor impacto emocional que lo acontecido dentro de los procedimientos contenciosos, sobre todo en el cónyuge solicitante del divorcio incausado, quien tiene la certeza de que el procedimiento terminará efectivamente con la disolución del vínculo matrimonial, pero además éste proceso será mucho más ágil, rápido y menos costoso. Por otra parte, se beneficia el propio Estado, en el sentido de que la administración de justicia será favorecida por la descongestión de los procesos.

Finalmente el autor considera que los derechos de alimentos de los menores de edad tampoco se ven afectados, dadas las estrictas disposiciones legales que existen en países como España y México, que exigen que el juzgador adopte la proposición realizada por los cónyuges, que implique una mayor protección del interés superior del menor y el interés familiar, con lo cual quedan cubiertos los ámbitos alimentarios y patrimoniales, que son otros aspectos que mayormente se le critican al divorcio incausado.

3.3. Divorcio incausado con base en criterios legales

En el ámbito constitucional ecuatoriano el matrimonio se funda en el libre consentimiento de las personas que lo contraen, y así, utilizando el razonamiento de la doctrina se debería afirmar que es necesario que el mismo criterio se aplique al divorcio, es decir, que este se funde en la libre voluntad de las partes, sin que haya necesidad de una causal de divorcio algo que actualmente no acontece en nuestra legislación. (El divorcio por mutuo consentimiento no es parte de este estudio).

En este mismo ámbito, quizás el mayor impedimento que existe desde la visión constitucional, es el mismo artículo 67, en el cual se determina la obligación que tiene el Estado por proteger a la familia como núcleo fundamental de la sociedad; sin embargo este criterio es cuestionable, en virtud de los análisis doctrinarios y de Organismos Jurisdiccionales que consideran que el intentar mantener unida de forma forzosa una relación que ha fracasado, lejos de proteger a la familia, la pone en riesgo, Precisamente respecto de aquello, el autor Luis Parraguez Ruiz opina que:

“No vale la pena encerrar al matrimonio en un cubo de hierro, y poner todo tipo de dificultades, pues ello no hará al matrimonio más fuerte, ni podrá ser el fundamento de una familia robustecida... un matrimonio es fuerte no cuando se aprisiona al hombre y a la mujer dentro de una estructura inmutable sino cuando se puede lograr esos mismos objetivos en la relación inter conyugal. El matrimonio se debilita al dejar de cumplir sus sentidos y objetivos. Si a pesar de ello son obligados a continuar vinculados, teniendo más que un matrimonio débil, se logrará un matrimonio francamente perverso” (Parraguez, 2005, p. 125)

En la perspectiva del autor chileno puede comprenderse que todo esfuerzo que se haga por querer conservar una unión que ha fracasado resulta inútil, dicho de otro modo, el divorcio se produce al interior de la familia y le corresponde al Estado únicamente reconocerlo, no siendo su deber el obstaculizar el mismo, ya que de esta manera no se está protegiendo a la familia en ninguna forma.

En el contexto jurídico civil, si se considera al matrimonio como un contrato, este podría ser disuelto de la misma forma en la que se contrajo, es decir, bastando la libre voluntad de los cónyuges. En este sentido, el autor José Villagómez señala que:

“En el contexto del argumento jurídico, se suele manifestar que si se considera el matrimonio un contrato que se realiza por la libre y espontánea

voluntad de los contrayentes, debe, de igual manera, disolverse, como el contrato, por el mutuo disentimiento (...) Muchos tratadistas conciertan, también que el divorcio, con el axioma jurídico de que “las cosas se deshacen de la misma forma como se las hace”, de tal manera que si el matrimonio es un contrato, el divorcio, que disuelve, también debe ser un contrato o un proceso” (Villagómez, Evolución Histórica del Divorcio, 2011, pp. 84-85).

Por su parte el autor José Manuel Otero considera que “en el origen de este movimiento permisivo hay factores que a mí me parecen encomiables; se trata de respetar la libertad de las conciencias y de dar salidas humanas a situaciones serias que las reclaman” (Otero, 2007, p. 214). La jurisprudencia mexicana de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia de la Nación complementa este criterio al señalar que “dicha manifestación constituye una forma de ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues decidir no continuar casado y cambiar de estado civil, constituye la forma en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida; es decir, el modo en que decide de manera libre y autónoma su proyecto de vida” (20015).

Como se deduce de estos criterios el divorcio incausado se origina desde la perspectiva jurídica, en el derecho de libertad de expresión de la voluntad de cada persona, que tiene el derecho a elegir su proyecto de vida de forma autónoma, de allí que la normativa deba proveer salidas a situaciones humanas que resultan graves, como la falta de armonía en un vínculo matrimonial, que pueda constituir un riesgo para sus integrantes. Por su parte, los autores Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro señalan que el divorcio incausado no resulta novedoso, y seguidamente explican:

“Este tipo de divorcio encuentra su antecedente histórico en una de las causas que el derecho romano preveía para la disolución del matrimonio: la cesación del *affectio maritalis* (voluntad de afecto y solidaridad entre los

esposos que constituía la base moral del matrimonio)” (Baqueiro & Buenrostro, 2009, p. 90).

Los mismos autores señalan que la experiencia ha demostrado que en la mayoría de matrimonios que se encontraban en un severo conflicto, los procesos litigiosos de divorcio no han podido resolver los mismos, ni permitir que exista una reconciliación, sino que, al contrario, este problema:

“Se agudizaba ante las exigencias propias de los juicios mediante los cuales se tramitaban, dificultando la administración de justicia con procesos largos, engorrosos, costosos, desgastantes e insatisfactorios, y con resultados que propiciaban un incremento importante de la violencia entre los miembros de la familia en todas sus formas, tanto durante el juicio como después de concluido éste, con los términos de la sentencia, convirtiéndose la basta pluralidad de causales en verdaderos obstáculos para una sana desvinculación matrimonial” (Baqueiro & Buenrostro, 2009, p. 88)

De esta manera, se observa como el establecimiento de causales no ha sido suficiente para que el matrimonio pueda terminar de manera armónica, sino que la misma ha potencializado los conflictos que se venían dando ya en un vínculo matrimonial en el que no existía armonía, de modo que las situaciones de violencia persisten hasta después de que se concede el divorcio; por esta razón, existe la necesidad de que el ordenamiento jurídico se modernice y se adapte a las nuevas situaciones sociales, de modo que se proteja a cada uno de los cónyuges y se respete su derecho a la libertad de decidir, permitiendo que exista un divorcio sin expresión de causal.

En cuanto a la viabilidad que existe para implementar una reforma del divorcio incausado en el Ecuador, no se dispone dentro del texto constitucional alguna disposición que pudiese ser afectada por el divorcio incausado, ya que el artículo 67 manifiesta que el matrimonio se funda en el libre consentimiento de las personas contrayentes, por lo que el divorcio incausado se funda en este mismo criterio de la

libertad individual de cada persona por tomar la decisión de separarse, con lo que no existiría ninguna restricción constitucional o contradicción que no permita esta reforma dentro del Código Civil. En cuanto a la obligación de la protección familiar que dispone la Constitución ecuatoriana, no se ve afectada con la implementación del divorcio incausado, ya que los motivos de la separación surgen entre los cónyuges y el Estado solo debe reconocer la misma, protegiendo los derechos de los menores a la patria potestad, tenencia y alimentos; y los derechos de los ex cónyuges relativos a la sociedad conyugal.

Además, con la implementación de este tipo de divorcio se ven reflejados los derechos de libertad, consagrados dentro de la misma Constitución ecuatoriana y de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos; así, el artículo 66, numeral 5, prescribe que todas persona tiene “El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”; mientras que el numeral 29 del mismo artículo prevé que “Los derechos de libertad también incluyen (...) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley” (Constitución de la República, 2008); mientras que en sentido idéntico, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dispone en su artículo 3 que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

Desde la perspectiva jurídica, el derecho a la libertad comprende un gran número de aspectos de la vida del ser humano, de allí que autores como Eduardo García Máynez consideren que libertad jurídica es “la facultad que toda persona tiene de ejercitar o no ejercitar sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se reduce al cumplimiento de un deber propio; mientras que en cuanto a su contenido, el mismo autor señala que “En sus múltiples manifestaciones comprende una larga serie de facultades de obrar, cuyo reflejo está constituido por el deber que todos tienen de respetar el ejercicio de aquellas” (García E. , 2002, p. 100).

De conformidad con lo señalado por el autor, se comprende como el derecho de libertad implica la posibilidad que tiene toda persona, por ejercer sus facultades o las formas de obrar que estén permitidas por la ley, sin que nadie se lo pueda restringir, constituyéndose este en un derecho de autodeterminación de la persona, relacionado con el derecho al proyecto de vida, ya que cada ser humano puede actuar de acuerdo con las metas, sus expectativas, sus valores y los planes que se ha trazado, siendo la única persona que puede decidir sobre las mismas.

De esta manera, el Estado no puede imponer su voluntad sobre el derecho de libertad de una persona, siempre que no se vulneren los derechos de otras personas, y en tal sentido, no existiría ningún obstáculo para que el divorcio incausado pueda implementarse, ya que este no afecta la familia. Precisamente en la demanda de inconstitucionalidad presentada en el año 2015 en contra del artículo 106, numerales 2 y 4, del Código de la Niñez, se cita la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se determina

“De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el concepto de familia no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial ni a un concepto unívoco e inamovible de familia. Así, la Corte constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos Por ello, a pesar de que los padres de un niño, niña o adolescente se encuentren divorciados, siguen constituyendo una familia. En consecuencia, el Estado se encuentra obligado a garantizar la protección de este núcleo familiar” (Ecuador, Corte Constitucional, 2015, pp. 21- 22)

Debe destacarse que en opinión de la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, el concepto de familia no debe limitarse al del vínculo matrimonial, pues tal concepción resulta limitada y hasta cierto punto discriminatoria, y en virtud de ello se comprende, que la normativa debe evolucionar conforme a los cambios sociales y culturales existentes, para que no se afecten a los mismos derechos de la familia, y en tal sentido, aun cuando las personas han decidido terminar el vínculo, requieren de la protección del Estado, quien debe concederles un procedimiento de divorcio que les otorgue las facilidades necesarias y sobre todo que no les victimice, ni que resulte extenso y tormentoso, sino que al contrario sea ágil y que les permita mantener las buenas relaciones entre todos los miembros, que aun con el divorcio, seguirán manteniendo un vínculo familiar.

3.4. Propuesta

Con estos antecedentes, se considera necesario proponer la siguiente Ley reformativa al Código Civil sobre Divorcio incausado.

LEY REFORMATIVA AL CÓDIGO CIVIL SOBRE DIVORCIO INCAUSADO

REPÚBLICA DEL ECUADOR

LA ASAMBLEA NACIONAL

EL PLENO

CONSIDERANDO:

Que en el año 2008 entró en vigencia la Constitución de la República del Ecuador, en la cual se realizaron cambios fundamentales en el paradigma constitucional, en lo que se refiere a la protección de los derechos, otorgándose una mayor importancia a la protección de los mismos, de modo que el principal deber del Estado es el de “garantizar a sus habitantes la aplicación efectiva de sus derechos sin ninguna discriminación”, tanto de manera individual como colectiva.

Que el artículo 1 de la Constitución de la República prescribe que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia” y que en concordancia de ello el

artículo 3 dispone que “Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.

Que el artículo 66, numeral 3 de la Constitución de la República reconoce “El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual”.

Que el artículo 66, numeral 5 de la Constitución de la República reconoce “El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”

Que el artículo 67, en su primer inciso, de la Constitución de la República “reconoce a 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”.

Que el artículo 67, en su primer inciso, de la Constitución de la República dispone que “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”.

Que el matrimonio y el divorcio son aspectos de la vida privada de la persona, y que, por lo tanto, no es el deber del Estado tratar de unir a una pareja que por motivos personales se desunió; de modo que solo le compete intervenir con la finalidad de otorgar protección a la familia, sobre todo en lo que se refiere a los

derechos de los menores y demás miembros del núcleo familiar cuando sus derechos se vean amenazados.

Que, de acuerdo con la definición constitucional, el matrimonio se funda en el libre consentimiento de las personas, y que para su terminación es necesario que exista sólo este mismo libre consentimiento, ya que la Constitución además garantiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la persona, que se vincula estrechamente con el derecho de las personas a desarrollar su proyecto de vida.

Que el hecho de que se permita el divorcio incausado no significa en ninguna forma que se exima a los ex conyugues de sus responsabilidades sobre los hijos, lo que incluye la guarda y tenencia, cuidado, educación y el derecho de alimentos, ya que estas obligaciones subsisten una vez producida la disolución del vínculo matrimonial.

Que el procedimiento de divorcio por causal resulta desgastante para los cónyuges, lo que ha ocasionado efectos colaterales como el incremento de la hostilidad, desajuste emocional e incluso violencia entre los cónyuges, así como un descuido en la protección de los hijos, lo que consecuentemente afecta varios derechos de los miembros de la familia.

Que el divorcio incausado también tiene múltiples beneficios para el sistema de justicia ecuatoriano, en razón de que, al tratarse de un proceso más ágil, permitirá una expedición de justicia con mayor celeridad, sin que esto signifique una afectación de los derechos de las personas o un perjuicio de la seguridad jurídica.

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL SOBRE DIVORCIO INCAUSADO

Artículo 1.- Refórmese el artículo 106 del Código Civil con el siguiente texto legal:

Art. 106.- Divorcio. - El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo.

Para que se produzca el divorcio se requerirá en los casos cuales existieren hijos menores de edad, de que se resuelva su situación en cuanto a la patria potestad, tenencia y derecho de alimentos, conforme las reglas dispuestas dentro del Código de la Niñez y Adolescencia, procurando que se garantice la protección de sus derechos, conforme al interés superior del menor.

Artículo 2.- A continuación del artículo 106 del Código Civil, introdúzcase el siguiente artículo innumerado con el siguiente texto legal:

Artículo (...). - El cónyuge que unilateralmente promueva el divorcio deberá adjuntar a la solicitud una propuesta en la cual se regulen los aspectos más importantes de la disolución del vínculo matrimonial, de acuerdo con su caso particular; pero los requisitos mínimos serán los siguientes:

- 1.- En el caso de que existieren hijos menores de edad o incapaces se deberá realizar la designación de la persona que tendrá su guarda y tenencia.
- 2.- La forma mediante la cual, el progenitor que no tenga la guarda y tenencia de los hijos ejercerá el derecho de visitas de acuerdo con las normas previstas en el Código de la Niñez y Adolescencia.
- 3.- El derecho de alimentos de los hijos y, en su caso, la especificación del cónyuge a quien deba darse alimentos, así como la forma, lugar y fecha de pago de esta obligación alimentaria.

4.- La designación del cónyuge a quien le corresponderá el uso del domicilio conyugal.

5.- La manera de administrar y de liquidar los bienes de la sociedad conyugal de acuerdo con las reglas prescritas en este Código.

Artículo 3.- Deróguese el artículo 110 del Código Civil.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

A través de la presente investigación se ha podido llegar a las siguientes conclusiones:

El matrimonio es una institución civil que evolucionó de la unión natural entre hombre y mujer, siendo la base de la formación de familia a nivel social, además de una clave para la perpetuidad de la especie y célula de la organización social primitiva cuya evolución permitió la formación de los Estados modernos.

La legislación civil ecuatoriana dispone cuatro circunstancias por las cuales termina el vínculo matrimonial, siendo la primera por la muerte natural de uno de los cónyuges, la segunda por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, la nulidad del matrimonio y el divorcio, siendo este último una separación entre los cónyuges, mediante la ruptura del matrimonio que produce una disolución del vínculo matrimonial de forma permanente y absoluta, de modo que los ex cónyuges tienen el derecho para poder contraer un nuevo matrimonio.

La legislación ecuatoriana ha adoptado el divorcio perfecto o vincular, que es el que más se ha incorporado en la mayoría de legislaciones del mundo, en el cual, el juez competente decreta la separación de dos personas casadas, en cuanto a la cohabitación y al lecho, pudiendo este ser de dos formas, el primero de mutuo consentimiento y el segundo mediante una de las causales determinadas dentro de la normativa. Solo ante estos casos procederá el divorcio, ya que no basta con la sola voluntad de uno de los dos cónyuges para solicitar el divorcio. De no encontrar alguna causa, el cónyuge podría recurrir a una situación de hecho como el abandono de hogar, para posteriormente solicitar el divorcio, pues de lo contrario se deberá mantener este vínculo matrimonial de modo forzoso, ante la imposibilidad de disolverlo.

En la realidad ecuatoriana existen dos principales causas por las cuales se da el divorcio, de mutuo acuerdo y contencioso, la primera se debe a la existencia de una sociedad conyugal, y la segunda y la más importante, se debe a la existencia de hijos procreados en el matrimonio, de modo que su tenencia y el derecho de alimentos, son los problemas que generan el mayor número de controversias al momento del divorcio. A tal punto se da esta situación que muchas veces optan por mantener el matrimonio creyendo que es lo mejor para sus hijos, aun cuando no toman en cuenta que el ambiente de múltiples hostilidades y peleas resulta perjudicial para los mismos; y en los casos más graves, se llega a los extremos de utilizar a los hijos como un método de chantaje para no terminar la relación matrimonial, lo cual constituye a toda vista una vulneración de los derechos de la familia. Esta situación se agrava debido a que la normativa actualmente permite solo la tenencia monoparental.

El divorcio incausado es aquel sistema en el cual tan solo se requiere de dos requisitos para proceder, que el matrimonio haya sido celebrado por lo menos con un tiempo de anterioridad, y la voluntad de al menos una de las partes por terminar con este vínculo, de modo que no será necesario el señalar alguna causal para justificar esta petición. Este sistema se encuentra vigente dentro de la legislación española y mexicana, de forma tal para que proceda el divorcio incausado, conjuntamente con la petición realizada por cualquiera de los cónyuges, se deberá acompañar una propuesta de convenio que regule los aspectos más importantes de la terminación del vínculo conyugal, siendo el primero la tenencia de los hijos, su custodia, régimen de visitas y el derecho de alimentos de los mismos. Este sistema ha tenido gran éxito en estos países, debido a que, facilitado las disoluciones, disminuyendo los costos y mejorando la calidad de vida de las parejas, quienes no sufren un proceso emocional desgastante como en los divorcios con expresión de causa contenciosos.

La teoría del desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio considera que la terminación del vínculo matrimonial debe realizarse en la misma forma en la que se

extinguen las demás obligaciones, lo que incluiría la posibilidad de terminar el contrato de matrimonio mediante el desistimiento unilateral; ya que el mismo se origina en la voluntad de la persona, que es un elemento fundamental tanto al momento de celebrar el contrato como al momento de terminarlo; es así que en el contrato matrimonial cabría el desistimiento unilateral como expresión de la libre voluntad de los contrayentes, pues el hecho de que uno de los cónyuges acuda ante las jurisdicción para demandar la terminación del matrimonio implica la ausencia de los fines para los cuales se ha constituido el mismo, lo que sería una causa suficiente para que proceda la separación. Esta teoría podría ser aplicable en la legislación ecuatoriana, debido a que la misma se origina en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que se contempla en la Constitución de la República.

En el Ecuador el divorcio incausado podría justificarse a raíz de las estadísticas sociales, en donde el divorcio se ha ido incrementando cada vez más, siendo la principal causa el abandono voluntario de hogar, lo que implica que, ante la imposibilidad de encontrar otra causal para solicitar el divorcio, se debe recurrir a esta medida de hecho, lo que podría perjudicar emocionalmente a la familia, principalmente a los hijos. De allí que se justifique la necesidad de que exista un divorcio incausado, a fin de que los cónyuges insatisfechos con su vínculo matrimonial puedan solicitar unilateralmente el divorcio, de una manera ágil, efectiva y que no resulte costosa, ya que siendo el matrimonio y el divorcio aspectos de la vida privada de las personas, el Estado debe facilitar estos procedimientos, en lugar de que la legislación vigente favorezca el mantener un vínculo matrimonial forzado.

Desde la perspectiva doctrinaria se observa que existen amplios criterios favorables al divorcio incausado, para lo cual sería ideal que conjuntamente se incorpore la figura de la custodia compartida de los hijos, como una forma de que exista un mayor equilibrio en la responsabilidad del cuidado y protección de los menores, permitiendo que existan efectos mínimos en lo referente a la separación de los hijos, quienes podrán contar con la protección y cuidado de sus dos padres, en la forma más similar posible que antes del divorcio.

4.2 Recomendaciones

Se recomienda que se realice las reformas necesarias al Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia para que se implemente el divorcio incausado, de modo que las personas puedan optar por un proceso de divorcio menos traumático y más eficaz.

Se recomienda a los funcionarios judiciales capacitarse respecto de las instituciones del divorcio incausado, de modo que una vez que se implemente las reformas al Código Civil y puedan aplicar esta normativa de modo eficiente en estricta protección de los derechos de los miembros de la familia.

REFERENCIAS

- Abogacía Consultas. (2015). Cuánto tiempo dura un divorcio. Recuperado el 16 de diciembre de 2018 de <https://www.abogacia.mx/consultas/cuanto-tiempo-dura-un-divorcio>
- Abogados Tenerife. (2015). Cuanto tiempo tarda un divorcio. Recuperado el 18 de diciembre de 2018 de <https://www.abogadodivorciotenerife.com/articulos/cuanto-tiempo-tarda-un-divorcio/>
- Acebedo, Á., & Pérez, L. (2009). El divorcio en el derecho iberoamericano. Madrid: Reus.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Baqueiro, E., & Buenrostro, R. (2009). Derecho de Familia. México D.F: Oxford University Press.
- Barahona, A. (2015). Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana de 2008. Revista de Derecho UASB-Ecuador, 69-94.
- Bonfante, P. (2002). Instituciones del Derecho Romano. Madrid: Reus.
- Brugi, B. (2006). Instituciones de Derecho Civil. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Cabanellas, G. (2008). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Heliasta.

- Cerdeira, G. (2013). Matrimonio y Constitución: Presente y posible futuro. Madrid: Reus.
- CNN Noticias. (2014). Cuánto te Cuesta Divorciarte. Recuperado el 16 de diciembre de 2018 de <https://expansion.mx/mi-dinero/2014/07/25/que-el-divorcio-no-dane-tu-cartera>: <https://expansion.mx/mi-dinero/2014/07/25/que-el-divorcio-no-dane-tu-cartera>
- Corte Constitucional. (2015). Caso N° 0028-15-IN.
- Dentón, T. (2008). Consideraciones generales sobre el divorcio en México. Estudios Jurídicos de la Universidad Autónoma de México, 32-35.
- Escriche, J. (1977). Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia . Bogotá: Temis.
- García, E. (2002). La libertad como derecho. México D.F.: Centro de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- García, J. (1997). El juicio de Divorcio por causales. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, .
- Grupo Espasa Calpe. (2011). Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana. Madrid: Espasa-Calpe S.A.
- Iglesias, J. (2002). Derecho Romano. Barcelona: Ariel.
- Instituto de Estadísticas y Censos. (2017). Los divorcios crecen en Ecuador. Recuperado el 18 de diciembre de 2018 de <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/los-divorcios-crecieron-8345-en-diez-anos-en-ecuador/>
- Instituto Nacional de Estadística. (2017). Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios. Madrid: Instituto Nacional de Estadística.

Kirkwood, C. (2009). Como separarse de su pareja abusadora. Barcelona: Granica.

La Nueva España. (2018). ¿Cuánto cuesta actualmente un divorcio? Recuperado el 17 de diciembre de 2018 de <https://www.lne.es/finanzas-personales/2018/08/03/cuesta-divorcio/2328011.html>

Larraín, H. (2007). El Divorcio. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Larrea, J. (2008). Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Quito: Edición Universitaria.

Larrea, J. (2010). Compendio de Derecho Civil del Ecuador. Quito: Corporación de Estudio y Publicaciones.

López, P. (2007). Desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio. Revista de derecho de familia. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, 55-68.

Macareñas, C. (2004). Nueva Enciclopedia Jurídica (Décimo Séptima ed.). Barcelona: Francisco Seix.

Mansilla, M. (2015). Divorcio Incausado: Una propuesta para el Estado de Tamaulipas. Tamaulipas: GRIN Verlag.

Santa Sede del Vaticano. (1983). Código de Derecho Canónico. Recuperado el 18 de octubre de 2018 de http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_INDEX.HTM

Opinión Consultiva CIDH sobre matrimonio igualitario, Opinión Consultiva OC-24/17 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Noviembre de 2017).

Osorio, M. (2010). Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Guatemala: Datascan.

Otero, J. (2007). El retorno de los Césares: tendencias de un futuro próximo e inquietante. Madrid: Libroslibres, S.I.

- Parraguez, L. (2005). Manual de derecho civil ecuatoriano: Personas y familia. Loja: Universidad de Loja.
- Pérez, D. (2018). El verdadero costo de un divorcio. Recuperado el 16 de diciembre de 2018 de <https://www.dineroenimagen.com/cuanto-cuesta-divorcio-mexico-cdmx>
- Pérez, M. (2010). Derecho de familia y sucesiones. México D. F.: Nostra Ediciones.
- Petit, E. (1993). Derecho Romano. México D.F: Cárdenas.
- Presidencia de la República. (1966). Ley Notarial. Quito: Lexis.
- Reag, J. (1975). Eros. Historia de la Sexualidad. Barcelona: Petronio.
- Sánchez, Á. (2005). La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio . Anales de Derecho. Universidad de Murcia., 129-142.
- Soreano, R. (1993). Compendio de teoría general del derecho. Barcelona: Ariel.
- Sotomayor, J. (2013). El divorcio incausado. Siglo Nuevo.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2012). Trámite procesal del juicio de divorcio sin expresión de causa. México D.F.: Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Villagómez, J. (2011). Evolución Histórica del Divorcio. Quito: José Ricardo Villagómez.
- Villagómez, J. (2012). Interpretación sustantiva y adjetiva del divorcio. Quito: Interpretación Sustantiva y Adjetiva del Divorcio.

