



FACULTAD DE DERECHO

FLEXIBILIZACIÓN DE LA CARGA PROBATORIA EN EL PROCESO DE
DIVORCIO POR LA CAUSAL DE ADULTERIO EN EL ECUADOR

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

Profesor Guía:
Ab. Santiago Andrade Mayorga.

Autor:
DANIEL VINICIO RUIZ SANDOVAL

Año:
2011

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante. Orientado sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Ab. Santiago Andrade Mayorga.

C.I. 1705660841

DECLARACIÓN 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”

Daniel Vinicio Ruiz Sandoval

C.I. 171590191-2

AGRADECIMIENTO

Primeramente, a Dios por acompañarme durante toda mi carrera y permitirme culminar mis estudios con gran éxito.

En segundo lugar, a todas aquellas personas que hicieron viable esta tesis, con su apoyo y consejo, en especial a mi Director de Tesis Dr.

Santiago Andrade. Y en tercer lugar, a todos los profesores, que en el transcurso de mis estudios, supieron guiarme e hicieron de mí un gran profesional.

DEDICATORIA

En especial, a la memoria de mi madre, por haberme enseñado los valores y principios que rigen mi vida; y al incondicional apoyo y cariño de mi padre, quién durante mi carrera, me supo guiar por el camino del bien.

RESUMEN

La presente tesis, en la parte pertinente al primer capítulo, empieza haciendo una remembranza sobre los antecedentes, de algunas instituciones del Derecho de Familia, tales como: el matrimonio, el adulterio, el proceso de divorcio y la familia. Relatando la forma en la cual surgieron en los cuerpos jurídicos de la antigüedad y haciendo un análisis de los mismos, además de la forma en la cual fueron evolucionando en el transcurso del tiempo, hasta que fueron acogidos por la legislación ecuatoriana; momento en el cual, tales instituciones fueron desarrollándose de acuerdo a los criterios y parámetros de legisladores ecuatorianos, tomando en cuenta las nuevas doctrinas sobre el Derecho de Familia y el Derecho Procesal.

El segundo capítulo, no se limita a desarrollar las actuales definiciones de las nombradas instituciones jurídicas, sino que se toma en cuenta los nuevos caracteres de las mismas, sin desnaturalizarlas, para que así, surjan novedosas definiciones que estén acordes a la realidad social del Ecuador, y sirvan como herramientas jurídicas eficaces y eficiente, para resolver los problemas jurídicos que se puedan presentar en la sociedad.

En el tercer capítulo, se encuentra desarrollado el proceso de divorcio y un análisis de la prueba enfocado, específicamente al divorcio por la causal de adulterio; junto al análisis de la jurisprudencia respectiva, que dio lugar para el desarrollo del tema planteado.

El trabajo finaliza, con las conclusiones a las cuales se llegó con el desarrollo y análisis de las instituciones jurídicas principales, del Derecho de Familia; así como de las respectivas recomendaciones en el aspecto legislativo y judicial.

ABSTRACT

The present thesis, in the pertinent part to the first chapter, it starts by doing a inventory on the precedents, of some institutions of the Family law, such as: the marriage, the adultery, the process of divorce and the family. Reporting the form in which they arose in the juridical bodies of the antiquity and doing an analysis of the same ones, besides the form in which they were evolving in the course of the time, until they were received by the Ecuadoran legislation; moment in which, such institutions were developing in agreement to the criterion and parameters of Ecuadorian legislators, taking in counts the new doctrines on the Law of Family and the Procedural law.

The second chapter, it does not limit itself to developing the current definitions of the renowned juridical institutions, but the new characters of the same ones are born in mind, without denaturalizing them, in order that this way, there arise new definitions that are identical to the social reality of the Ecuador, and serve as juridical effective tools and efficiently, to solve the juridical problems that they could present in the society.

In the third chapter, there is developed the process of divorce and an analysis of the test focused, specifically to the divorce for the grounds of adultery; close to the analysis of the respective jurisprudence, which gave place for the development of the raised topic.

The work finishes, with the conclusions to which it came near with the development and analysis of the juridical principal institutions, of the Family law; as well as of the respective recommendations in the legislative and judicial aspect.

INDICE

Introducción	1
CAPÍTULO 1	
1. Antecedentes históricos del Derecho de Familia, del matrimonio, divorcio, y adulterio.	3
1.1. Antecedentes generales	3
1.2. Antecedentes históricos del matrimonio	6
1.3. Antecedentes históricos del divorcio	12
1.4. Antecedentes históricos del adulterio	18
1.4.1. Caracterización de la evolución del proceso de divorcio por adulterio	22
CAPÍTULO 2	
2. Conceptos generales del Derecho de Familia	30
2.1. El Derecho de Familia	30
2.2. El matrimonio	31
2.3. Disolución del matrimonio	38
2.3.1. El divorcio	40
2.3.2. El divorcio vincular	42
2.3.3. El divorcio contencioso	44
2.4. El adulterio	46
CAPÍTULO 3	
3. El proceso y la prueba del divorcio por causal de Adulterio	52
3.1. El proceso verbal sumario como proceso natural del divorcio contencioso.	
3.2. Elementos de la causal de adulterio	52
3.3. La prueba en el proceso de divorcio por la causal de Adulterio	54
3.3.1. Principios de la prueba	55
3.3.2. Métodos de valoración de la prueba	64
3.3.3. Tipos de Prueba	73
3.3.3.1. La prueba testimonial	75
3.3.3.2. La prueba documental	81
3.3.3.3. Otros tipos de pruebas	90
3.4. Análisis de la jurisprudencia	97
3.5. Análisis de la Resolución N° 204-2004, juicio N° 197-2002, de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de	

la Corte Suprema de Justicia	115
CONCLUSIONES	121
RECOMENDACIONES	124
BIBLIOGRAFÍA	126
ANEXOS	129

FLEXIBILIZACIÓN DE LA CARGA PROBATORIA EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE ADULTERIO EN EL ECUADOR.

INTRODUCCIÓN

La idea de estudiar este tema, surgió como resultado de conversaciones, con varios abogados, que manifestaron haber intentado demandar el divorcio por la causal de adulterio, solo con la partida de nacimiento del hijo concebido en una relación extraconyugal; intentos que fueron truncados por el sistema judicial ecuatoriano.

Dentro del ordenamiento civil ecuatoriano, el adulterio es ordenado como una causal, para disolver el vínculo matrimonial. A pesar de esto, en la práctica, son pocas las personas que se inclinan por demandar el divorcio a su cónyuge, por esta causa. La problemática que representa la comprobación del adulterio, junto con el pensamiento que predomina en las Cortes ecuatorianas, ha provocado que caiga en desuso esta institución jurídica; al punto de que para demandar el divorcio, el cónyuge se ve en la necesidad de generar situaciones acordes, a otras causales. Por este motivo, surgió la idea de analizar, más a fondo, el proceso de divorcio por la causal de adulterio; con el fin de presentar la fórmula adecuada, para viabilizar los procesos judiciales que se ventilen por dicha causal.

Los resultados del análisis realizado, arrojaron otros aspectos que al momento de iniciar la tesis, no se encontraban bajo perspectiva. Se encontró que, varias de las definiciones de las instituciones jurídicas analizadas, eran demasiado antiguas, y no respondían a la realidad social del Ecuador. Que era necesario redefinirlas, tomando en cuenta las nuevas peculiaridades, que caracterizan a una sociedad contemporánea.

Los fallos emitidos por los jueces ecuatorianos, en esta materia; ayudaron a definir, cuáles son los puntos que se debía reforzar en la ley, y cuáles deberían ser suprimidos por ser antiquísimos. Es impensable, que un jurista no reaccione ante las fallas de la ley y del sistema, con el fin de enmendar el camino a la justicia.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO DE FAMILIA, DEL MATRIMONIO, DIVORCIO Y ADULTERIO.

1.1.- Antecedentes generales.

La Historia del Derecho de Familia, es demasiado compleja y extensa como para realizar un estudio a fondo, de todos los datos que se han recogido hasta la actualidad. Es por eso que en este capítulo, se revisará brevemente los antecedentes, que a lo largo del tiempo, han sentado las bases para que el Derecho de Familia se haya desarrollado y llegado a su máximo exponente.

La familia es el núcleo de la sociedad. Así se ha concebido a esta institución a lo largo del tiempo. Ha existido desde la antigüedad, y ha logrado evolucionar hasta los tiempos actuales desde que fue la base de la producción en la sociedad, hasta ahora, que es la base espiritual del ser humano dentro del rol que desempeña en la sociedad. El estudio arqueológico y antropológico, ha permitido definir las formas de vida de la antigüedad, mediante el análisis de las culturas más antiguas encontradas alrededor del mundo. Las primeras manifestaciones de organización de la familia, se dieron desde que el ser humano apareció en la tierra, con los nombres de comunidad primitiva, horda y clan; familias amplias, con varios integrantes unidos por un vínculo sanguíneo. Un punto importante que hay que tomar en cuenta, es que en vista de este tipo de relaciones, el régimen en el que se vivía era matriarcal, ya que solo la madre era conocida, más no el padre; y por lo tanto, era con ella con quien se criaba el niño. Por lo tanto, es lógico suponer que sus relaciones se basaban en un estado incestuoso o endogámico, lo que quiere decir, que es una familia unida por múltiples lazos de sangre y que mantienen relaciones entre los mismos integrantes.

Con el transcurso del tiempo, la unión de todos estos grupos fue inevitable, de tal forma que se formaron pequeñas sociedades o tribus, y las relaciones

íntimas se realizaban con integrantes de diferentes tribus, dejando a un lado las prácticas endogámicas y dando paso a un nuevo estilo de vida “la exogamia”, que son las relaciones que se mantienen con miembros ajenos a la familia. La regulación de este tipo de familias, era en base a la voluntad del patriarca, quien era la cabeza de esta forma de organización. De esta forma explica Friedrich Engels, la teoría aceptada hasta la actualidad, sobre los orígenes de la familia en su obra, *El Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado: ¿Qué encontramos como forma más antigua y primitiva de la familia, cuya existencia indudablemente nos demuestra la historia y que aun podemos estudiar hoy en algunas partes? El matrimonio por grupos, la forma de matrimonio en que grupos enteros de hombres y grupos enteros de mujeres se pertenecen recíprocamente y que deja muy poco margen para los celos. Además, en un estadio posterior de desarrollo encontramos la poliandria, forma excepcional, que excluye en mayor medida aún los celos y que, por ello, es desconocida entre los animales...*¹ Este tipo de relaciones se basa en los múltiples matrimonios que puede tener una mujer con otros hombres. En la misma obra, el autor presenta una clasificación de los tipos de familias, conforme a su evolución. La familia consanguínea, formada entre miembros de una misma familia con múltiples lazos sanguíneos; la familia punalúa, en la cual ya no se mantenía relaciones entre padres e hijos, y de la misma manera entre hermanos; la familia sindiásmica, en este tipo de familia se prohibieron las relaciones entre parientes, el hombre tenía una sola mujer pero se le permitía mantener relaciones con otras mujeres, mientras que a la mujer esto no le era permitido; y, la familia monogámica como actualmente es conocida es la relación exclusiva entre hombre y mujer.

Según Ralph Turner, las primeras reglas jurídicas nacieron por un sentido de percepción del bien y del mal. *En todas las culturas primitivas, los espíritus son los árbitros supremos del bien y del mal. De ellos viene la aprobación de ciertas maneras de proceder y la prohibición de otras.*² Se puede suponer que, las civilizaciones antiguas se regían bajo estos preceptos de carácter inmaterial,

¹ <http://www.ucm.es/info/bas/es/marx-eng/84of/84OF2.htm>. (03-03-2011)

² Lecciones de Historia del Derecho. Quito: Pág. 60.

pero más como una costumbre, que como un precepto legal. Así también, lo establece Bodenhimer, cuando realiza un análisis de cómo se desarrollaron las sociedades primitivas, *no podemos estar seguros del supuesto de que la vida social del clan no estuviese regida por nada más que el capricho arbitrario de su jefe. Hay razones psicológicas y sociológicas para creer probable que se desarrollasen en el clan ciertas costumbres observadas tanto por los miembros del grupo como por su jefe patriarca.*³

Al llegar a las sociedades política y socialmente organizadas, se encuentran las primeras manifestaciones de Derecho, las cuales tenían un origen divino, y fueron entregadas a los gobernantes, que eran representantes de esa divinidad en la tierra; *la existencia del derecho ya es clara en estas sociedades, aparece una autoridad que manda e individuos que obedecen. El mandato de la autoridad viene a ser la "ley", pero este incipiente derecho no se encuentra separado de la religión... La ley tiene origen divino, en el orden procesal se emplean formalidades religiosas, el recurso a los adivinos, a los oráculos, la práctica de las ordalías.*⁴

Conforme el ser humano evolucionó, apareció la escritura en Mesopotamia, entre los años 3300 y 3400, y es en este punto tan importante, donde termina la prehistoria y empieza la historia. De esta forma, las sociedades que iban surgiendo se enfrentaron a problemas propios de la naturaleza humana. Las controversias que se provocaron entre sus integrantes y entre integrantes de otras sociedades, fueron el punto de partida, para que se empiece a pensar en reglas básicas de convivencia. En un principio, tales reglas solo se presuponían, ya que no eran escritas, era más bien, un *derecho consuetudinario*. La dificultad que acarrea el aplicar estas reglas, radicaba en la fragilidad de un sistema en el cual, no había constancia de las pautas de comportamiento que los habitantes debían seguir; y por lo tanto, estaban expuestos a que en el momento de aplicar dichas reglas, se produzcan arbitrariedades.

³ Bodenhimer. E. (1997) Teoría del Derecho. Bogotá: D´Vinni. Pág. 47

⁴ Mena, C. (2001). Lecciones de Historia del Derecho. Quito: Pág. 63.

Las primeras civilizaciones como: la sumeria, la semita, la egipcia, la hebrea y la india, fueron pioneras en el desarrollo del derecho escrito, se encontraban bajo un régimen político organizado. Los gobernantes de estas sociedades, dieron paso a los primeros cuerpos legales, que se han encontrado hasta la fecha, tales como: *el Códice de Ur-Nammu en Sumeria (2050 a. C.), el Códice de Eshnunna en el sur de Mesopotamia (1930 a. C.), el Códice de Lipit-Ishtar en Isín (1870 a. C.); y, el Código de Hammurabi creado en el año 1760 en Babilonia*⁵.

Posterior a estos cuerpos legales, que son los más antiguos, existen otros como: Los diez mandamientos, el Código de Draco en Atenas, el Código de Manú en la India, la Ley de las 12 tablas en Roma; y, el Código de Justiniano en Roma.

El Derecho, fue una de las piezas fundamentales para que las sociedades antiguas hayan logrado un gran desarrollo. Se presenta, como una herramienta necesaria dentro de cualquier sociedad, con el fin de evitar los abusos tanto de las personas como del poder público, cualquiera que este sea; *el Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrena el poder del gobierno.*⁶

1.2.- Antecedentes Históricos del Matrimonio

(Códice de Ur-Nammu, Mesopotamia, año 2050 a. C. Aprox.)

El matrimonio es una de las instituciones jurídicas, sociales y religiosas, más antiguas del mundo.

⁵ http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hammurabi. (03-03-2011)

⁶ Bodenheimer. E. (1997) Teoría del Derecho. Bogotá: D'Vinni. Pág. 28

Para poder establecer los primeros indicios del matrimonio, es lógico acudir al primer cuerpo legal encontrado hasta la actualidad, el Código de Ur-Nammu.

En algunos de los artículos de este Código, se hace mención de palabras que presuponen la existencia del matrimonio tales como: *desposaba* o *esposo* y, lo más importante, *contrato de matrimonio*; lo cual indica que para el tiempo de elaboración de este Código, ya existía una noción de matrimonio, tal cual como ahora es definido en el Código Civil del Ecuador.

Artículo 5.- *Si un esclavo desposaba a una mujer libre, ese esclavo ponía a su hijo al servicio de su señor; e hijo que había sido puesto al servicio de su señor, el... de las propiedades de la casa de su padre en el interior de los muros de la casa [de su padre...]; el hijo de la mujer libre no era propiedad del señor y no se veía reducido a la esclavitud.*⁷

El Código carece de una sistematización, como la que se encuentra en los Códigos actuales, los artículos 1, 2 y 3 se refieren a Derecho Penal y como podemos ver los artículos 4 y 5 son de Derecho Civil; los artículos siguientes retoman el campo penal. El articulado no empieza dando definiciones sobre las instituciones jurídicas que se van a regular, sino con las sanciones u obligaciones, que tienen aquellas personas que realizaron un acto jurídico. En estos artículos, ya se encuentran referencias sobre el vínculo matrimonial, pero es en el artículo 11 donde expresamente se refiere al contrato de matrimonio.

Artículo 11.- *Si un hombre, sin (mediar) contrato de matrimonio yacía sobre el regazo de una viuda, no pagaba ninguna cantidad de plata.*⁸

Esta es la primera manifestación del matrimonio como contrato, lo que supone, que en la antigüedad ya existía el concepto de matrimonio y era utilizado por la sociedad Sumeria, la conclusión a la cual se puede llegar es, que no era necesario la definición de las instituciones jurídicas como tales, ya que estas

⁷ <http://ocw.unican.es/humanidades/historia-del-proximo-oriente/modulo-2/texto-del-codigo-de-ur-nammu>. (06-03-2011)

⁸ <http://ocw.unican.es/humanidades/historia-del-proximo-oriente/modulo-2/texto-del-codigo-de-ur-nammu>. (06-03-2011)

eran utilizadas por costumbre por la sociedad, y se presuponían los requisitos que eran necesarios para que se conformen.

(Código de Hammurabi, Babilonia, año 1760 Aprox.)

Se debe tomar en cuenta, que tanto el cuerpo jurídico anterior, como este pertenecen a un área geográfica común, Mesopotamia; con lo cual podemos deducir, que existe una influencia social, política, religiosa y legal, entre estas dos sociedades. También es necesario aclarar que existe alrededor de 300 años de diferencia entre estos dos cuerpos jurídicos.

En el Código de Hammurabi, aunque algo más sistematizado, también carece de definiciones de las instituciones jurídicas que se regulan en su articulado; sin embargo, abarca más aspectos que el Código de Ur-Nammu, planteando situaciones puntuales que se presentaban en la sociedad Babilónica.

Por ejemplo: el artículo 128 establece que: *Si uno tomó una mujer y no fijó las obligaciones, esta mujer no es su esposa.*⁹ Este es uno de los primeros artículos que trata el tema del matrimonio, como se puede deducir en esta época existía el concepto de matrimonio, pero se realizaba por costumbre. Sin embargo, aparecen las primeras manifestaciones sobre los presupuestos que el matrimonio debía tener para considerarse como tal, en este caso el de establecer las obligaciones por parte del hombre antes de tomar a una mujer, caso contrario no serían considerado válido. En los siguientes artículos, existen regulaciones sobre las faltas que la mujer podía cometer dentro del matrimonio; por lo tanto se puede decir, que era una sociedad eminentemente patriarcal y que la mujer no gozaba de los mismos derechos que el hombre. Aunque en este Código, se establecen algunos casos en los que, se favorecía a la mujer dentro del matrimonio. Por ejemplo, el artículo 142 dice que: *Si una despreció al marido y le dijo no me tendrás como mujer en lo sucesivo, y si ella ha sido correcta y vigilante y no hay error en su conducta, y si su marido ha sido negligente, esta mujer es inocente: tomará su serictu e irá a la casa del*

⁹ http://distritos.telepolis.com/1395/lib/e-books/Codigo_de_Hammurabi.pdf. (06-03-2011)

padre.¹⁰ En este artículo, se puede observar el primer indicio de igualdad de derechos, en relación de hombre y mujer dentro del matrimonio, que si bien aún no fue suficiente, tomando en cuenta el desarrollo en esta materia, se logró un gran avance.

(Corpus Iuris Civilis. Digesto, Roma, año 533)

El matrimonio, al igual que otras instituciones jurídicas, logra un avance significativo, en el antiguo Derecho Romano; es en este momento, donde podemos encontrar más específicamente, los requisitos para que se pueda celebrar y los efectos que este produce.

En el Antiguo Derecho Romano, al matrimonio se lo denominó *iustae nuptiae*, esta institución fue un éxito significativo para este ordenamiento jurídico, que es de gran importancia, y que tiene gran influencia en el mundo actual. En un principio, el matrimonio se lo realizaba por costumbre, no era considerado como un acto jurídico, lo único necesario para que se configure el matrimonio, era la convivencia de un hombre y de una mujer con la intención de ser esposos, procrear y hacer una vida en común. De esta forma, *el matrimonio constaba de dos elementos: uno objetivo representado por la cohabitación, y otro subjetivo o intencional, que era la affectio maritalis*.¹¹ (Voluntad de tratarse como marido y mujer). Estos dos elementos aún se pueden encontrar en las definiciones o los fines del matrimonio en la actualidad.

La definición de matrimonio ya como institución jurídica, la podemos encontrar en el Digesto, que *era la compilación de las normas del “viejo” Derecho Romano, contenidas en las más importantes decisiones tomadas por los juristas latinos clásicos*.¹² La definición que se presenta en este antiguo cuerpo jurídico, se la atribuye a Modestino: *Las nupcias son unión del varón y de la*

¹⁰ http://distritos.telepolis.com/1395/lib/e-books/Codigo_de_Hammurabi.pdf. (06-03-2011)

¹¹ Puchaicela, O. (1999). *Derecho Romano I*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja. Pág. 141

¹² Fernández, P. (1997). *Estudios de Derecho Comparado*. Cuenca: Corporación de Estudios y Publicaciones. Pág. 63.

*hembra, y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y del humano.*¹³ Digesto 23.2.1. En esta definición, ya se puede encontrar varios requisitos para la legalidad del matrimonio, como son: La unión de dos personas de diferente sexo, con intereses comunes y para toda la vida. También se le dio una connotación religiosa, al afirmar que es la comunicación del derecho divino.

Los Capítulos Vigésimo Tercero y Vigésimo Cuarto del Digesto, se refieren a los *Esponsales*, (la promesa para contraer nupcias); así mismo, el Capítulo tiene una compilación de los preceptos que regulaban el matrimonio en la Roma Antigua.

Existían dos clases de matrimonio: *Matrimonio cum manu* y *matrimonio sine manu*. La diferencia entre estos dos tipos de matrimonio radicaba en que, en el primero, la mujer que era desposada pasaba a pertenecer a la familia; del esposo y eliminaba el vínculo familiar que poseía con su familia; esto se realizaba mediante una celebración legal. En el segundo caso, la mujer desposada no perdía su vínculo familiar; por lo tanto, seguía gozando de los derechos correspondientes dentro de su familia. El matrimonio *cum manu*, podía ser celebrado de tres formas denominadas: *Confarreatio*, *Coemptio* y *Usus*, cada ceremonia con características diferentes.

Así como en la actualidad, el matrimonio debía celebrarse bajo ciertos requisitos en el Derecho Romano Antigo, también eran necesarias, ciertas cualidades como: capacidad jurídica o *ius connubii*, capacidad sexual para procrear, consentimiento de los contrayentes y consentimiento del paterfamilias, cuando los desposados fueran *alieni iuris*; es decir, sometidas a otras personas sin capacidad patrimonial.¹⁴

Como se ha podido observar, el matrimonio en la Antigua Roma, no estaba considerado como un acto jurídico sino, como una cuestión de hecho. Pero era

¹³ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/601/6.pdf> (06-03-2011)

¹⁴ Puchaicela, O. (1999). *Derecho Romano I*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja. Pág. 145.

necesario, cumplir ciertos presupuestos legales, además de que en el *confarreatio*, había la necesidad de la presencia de testigos y que fuera sancionado por un sacerdote.

(Iglesia Católica, Concilio de Trento. 1545)

El papel que tuvo la Iglesia Católica, dentro de la evolución del matrimonio, como institución social y jurídica, fue relevante para que esta llegara a su máxima dignificación. En la época antigua: *El matrimonio fue declarado indisoluble. Dignificó a la mujer, elevándola a la condición de compañera y amiga y ordenando a los maridos guardarles fidelidad y amarlas... Y sentó el principio moralizador de que la celebración del matrimonio requiere la libre voluntad de los contrayentes, con lo que combatía no sólo las formas bárbaras de la violencia y la compra, sino también las más evolucionadas, pero no menos repudiables de los “matrimonio de conveniencia” concertados por los padres a espaldas de los propios interesados.*¹⁵ Era necesaria la intervención de la Iglesia, una institución de carácter moral, que intentó establecer conceptos y límites para las instituciones jurídicas, que fueron apareciendo con el transcurso del tiempo, ya que estas en algunos casos, fueron regladas con lineamientos poco ortodoxos; y prácticas como el divorcio se hicieron frecuentes, al punto de llevar a las sociedades, a un completo desenfreno. Igualmente, la intervención de la Iglesia para colocar en un mismo status a la mujer, fue relevante, ya que en los ordenamientos jurídicos antiguos, no gozaban de los mismos derechos.

A pesar de los esfuerzos de la Iglesia Católica, por ser ella quien regule y controle la institución del matrimonio, la concepción de esta se fue apartando de los lineamientos de la institución religiosa; con el transcurso del tiempo nacieron nuevos tipos de matrimonio, basados en los derechos de las personas y la libertad de elección de orientación sexual; al punto, que ya se puede encontrar incorporada esta extensión del matrimonio, en algunos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo.

¹⁵ Borda, G. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Perrot. Pág. 37.

Sin embargo, la mayoría de cuerpos legales de las culturas occidentales, acogieron los preceptos eclesiásticos para definir el matrimonio, y dentro de las sociedades, aún se puede percibir el aspecto moral implantado por la Iglesia.

1.3.- Antecedentes históricos del divorcio.

El divorcio, es una de las instituciones, al igual que el matrimonio, que data de tiempos muy remotos, es lógico pensar que tras la existencia de una institución que tenía por finalidad unir a dos personas, existiría otra institución que se encargaría de dar por terminado tal unión. Esto se produce, porque el ser humano no lleva una vida estática, al contrario, es una vida de constantes transformaciones, a causa de la interacción con otros miembros de una sociedad, e inclusive de sociedades diferentes.

(Código de Ur-Nammu, Mesopotamia, año 2050 a. C. Aprox.)

En los antiguos cuerpos jurídicos, que he ido nombrando, existen algunos preceptos con respecto al divorcio; para ese entonces, se solía entender como la separación personal de hombre y mujer, también se lo nombra como repudio. Por ejemplo en el Código de Ur-Nammu: Artículo 9.- *Si un hombre repudiaba a su primera esposa, pagaba mana (=500 gr.) de plata.*¹⁶ Aquí se encuentra la primera manifestación de esta institución, en la cual solo el hombre estaba en la capacidad de repudiar a la mujer; el siguiente artículo se refiere al repudio de un hombre a una viuda. Es importante aclarar, que en estos casos en los cuales el hombre repudiaba a la mujer, el Código tiene un carácter sancionador, ya que establece la cantidad de la indemnización económica que debía pagar el hombre por el repudio a una mujer. Dentro de este cuerpo jurídico, no se puede encontrar más disposiciones acerca de esta institución; sin embargo, es necesario acotar que el texto no está completo.

(Código de Hammurabi, Babilonia, año 1760 Aprox.)

¹⁶ <http://ocw.unican.es/humanidades/historia-del-proximo-orient/modulo-2/texto-del-codigo-de-ur-nammu>. (08-03-2011)

El Código de Hammurabi, en el cual, se puede encontrar una mejor regulación del divorcio o repudio. Sin embargo, a pesar del avance de este Código, aún no se puede encontrar la definición de los mismos; puede decirse que estos conceptos, se suponían por la sociedad y no había necesidad de establecerlo en ley escrita; tampoco se establecen los requisitos para que este opere, lo que en la legislación actual se entiende como la “causal”.

La primera manifestación del repudio, en el Código de Hammurabi, se presenta en el artículo 137 y dice: *Si uno ha repudiado una concubina que le dio hijos o una esposa de primera clase, que le dio hijos, a esta mujer se le dará una dote y parte del campo, del huerto y de los bienes muebles, y ella criará a sus hijos.*¹⁷ Como se puede observar, el primer artículo referente al divorcio, no trata de definir la institución jurídica; sino que, tiene un aspecto patrimonial, trata sobre la forma en la cual se entregan las indemnizaciones económicas por el acto del repudio.

Se puede encontrar un verdadero avance, en lo que respecta a la igualdad de derechos entre hombre y mujer, en el artículo 142 del Código de Hammurabi que dice: *Si una despreció al marido y le dijo no me tendrás como mujer en lo sucesivo, y si ella ha sido correcta y vigilante y no hay error en su conducta, y si su marido ha sido negligente, esta mujer es inocente: tomará su sericctu e irá a la casa del padre.*¹⁸ Es importante, dentro de la época en la cual se redactó este cuerpo jurídico, que en el mismo se hayan incorporado normas en las cuales, se concedan este tipo de derechos a las mujeres; de esta forma, no sólo el hombre tenía la potestad legal para separarse de su pareja y unirse a otra mujer, sino que la mujer también gozaba de tal potestad, siempre y cuando haya tenido un comportamiento no reprochable.

La intención del legislador, no es la de definir los casos en los cuales se puede dar por terminado el matrimonio, ni las instituciones jurídicas que lo hacen posible; sino la de establecer preceptos para los diferentes casos en los cuales,

¹⁷ http://distritos.telepolis.com/1395/lib/e-books/Codigo_de_Hammurabi.pdf. (08-03-2011)

¹⁸ http://distritos.telepolis.com/1395/lib/e-books/Codigo_de_Hammurabi.pdf. (08-03-2011)

tanto el hombre como la mujer, decidan separarse y estar en capacidad legal para contraer un nuevo matrimonio.

(Lex Iulia de Adulteriis. Roma. Año 18 a Corpus Iuris Civilis Digesto, Roma, año 533 d. C. Aprox.)

El divorcio se hacía en tiempos clásicos, por la simple declaración de cualquiera de los esposos de querer extinguir el vínculo matrimonial (repudium). Esta declaración podría ser oral o escrita y también comunicada por medio de un nuntius. Una excepción a esta regla, fue la establecida por la lex Iulia de adulteriis, que dispuso que el repudio debía participarse por un liberto en presencia de siete testigos, pero hasta una declaración no formal era bastante para disolver el matrimonio, si bien insuficiente para eludir ciertas penas. En la época postclásica se introdujo el uso de redactar un documento escrito que formalizara el divorcio; más tarde esta costumbre se tornó en una exigencia legal.¹⁹ La Lex Iulia de Adulteriis Coercendis, dictada por el emperador Cesar Augusto, si bien no fue realizado con la finalidad de regular el divorcio, se convierte en el cuerpo jurídico que da la pauta para la formalización del repudio, estableciendo ciertos requisitos, como el que sea escrito y frente a testigos, estas características lograron convertir al repudio en una institución jurídica, formalizando los actos que realizaban en la cultura romana, y dejando a un lado los parámetros en los cuales se desenvolvían, que hasta ese entonces se basaron en meros hechos. De la misma manera, en este momento de la historia, se podría decir que nace jurídicamente el adulterio, como una causal para disolver el vínculo matrimonial.

Pero no solo el divorcio, era la única forma de disolver el vínculo matrimonial, existían otras como, la muerte de uno de los cónyuges, la pérdida de la capacidad legal o por algún impedimento. La disolución del matrimonio por divorcio, se fundamentaba en la falta de *affectio maritalis*, de cualquiera de los cónyuges o de los dos. (Intención permanente y recíproca de tratarse como

¹⁹ Puchaicela, O. (1999). *Derecho Romano I*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja. Pág. 149-150.

marido y mujer).²⁰ El divorcio, fue totalmente aceptado por la cultura romana; de tal forma, el matrimonio estaba considerado como disoluble.

La mujer, como era costumbre en esas épocas, no estaba en la posibilidad de solicitar el divorcio o repudio, ya que ella, se encontraba subordinada a la autoridad del *pater familia* y legalmente era imposible que lo solicite, un retraso en este derecho en particular, puesto que en la sociedad Babilónica si se lo incorporó.

Ya en la época de Justiniano, esta institución tuvo una mayor regulación, en el Digesto se pueden encontrar varios preceptos en relación con el mismo. A pesar de que se establece, que las nupcias son consorcio para toda la vida, este concepto no es definitivo, ya que también se estableció que: *Las nupcias no pueden subsistir si no consintieran todos, esto es, los que se unen, y aquellos bajo cuya potestad están.*²¹ Digesto 23.2.2. Como se puede observar, en este artículo atribuido a Paulo, existían las excepciones para poder terminar con las nupcias, este artículo establece que la voluntad de las partes, era necesaria para continuar con el matrimonio, y a falta de este se podía dar por terminado.

En la época de Justiniano, cuando se realizó la recopilación de todas las leyes que existían hasta ese entonces, se distinguió cuatro tipos de divorcio.

El primero –el divorcio por mutuo consentimiento- era plenamente lícito. El segundo –el divorcio unilateral por culpa del otro cónyuge- era lícito si se daban las siguiente iustae causae: conjura contra el emperador, adulterio o malas costumbres de la mujer, alejamiento de la casa del marido, insidias al otro cónyuge, falsa acusación de adulterio por parte del marido y comercio frecuente de este con otra mujer, dentro o fuera de la casa conyugal. El tercero –el divorcio sine causa- no era lícito y por tanto traía aparejado castigo para el

²⁰ Puchaicela, O. (1999). *Derecho Romano I*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja. Pág. 141.

²¹ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/601/6.pdf>. (10-03-2011)

cónyuge que la provocara, sin que por ello fuera inválido. La cuarta figura de divorcio –bona gratia- que se fundaba en una causa no imputable a ninguno de los esposos, era lícita en caso de impotencia incurable, por existir votos de castidad y si se hubiera producido cautividad de guerra.

*Las penas para el divorcio realizado sin justa causa y las que se aplicaban a la parte culpable en los divorcios lícitos fueron, según la Legislación Justiniana, el retiro forzado en un convento y una pérdida de la dote y de la donación nupcial o de la cuarta parte de los bienes cuando estas no se hubieran constituido. Tales sanciones trajeron una fuerte reacción contra Justiniano, por lo cual su sucesor Justino II suavizó las penas que acarrea el divorcio.*²²

También se distinguió otro tipo de clasificación de divorcio, así como en la actualidad; el de mutuo consentimiento y el divorcio contencioso, este último, debía estar fundamentado en una de las causales anteriormente nombradas, hoy en día podemos encontrar las mismas características para solicitar el divorcio, aunque mucho más sistematizadas. Sin embargo, el legislador de ese entonces, se preocupó por determinar otras clases de divorcio y especificar cuáles eran lícitos y cuáles no. Por ejemplo: Se habla de un divorcio sin causa, el cual si se lo realizaba no surtía ningún efecto con respecto al matrimonio y este seguía en vigencia, pero con la sanción correspondiente, lo que ahora es conocido como una nulidad de divorcio.

(Iglesia Católica, Concilio de Trento. 1545)

A lo largo de la historia, el divorcio ha sido una institución criticada por la Iglesia Católica, puesto que va en contra de sus dogmas y se entiende como una falta de respeto a Dios, esta postura se fundamenta en el Capítulo XIX del Evangelio

²² Puchaicela, O. (1999). *Derecho Romano I*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja. Pág. 150.

según San Mateo, aquí a Jesús le preguntaron si un hombre podía repudiar a su mujer, y él contesta que: *Lo que Dios, pues, ha unido, no lo desuna el hombre*. Mateo 19,4. La Iglesia Católica, en el Concilio de Trento, llevado a cabo entre los años 1545 y 1563, se encargó de tachar al matrimonio como indisoluble, por lo tanto, el divorcio era rechazado tácitamente por la institución religiosa. Sin embargo, se puede encontrar una excepción dentro del Derecho Canónico, la cual será analizada en el Capítulo siguiente.

La Iglesia Católica, ha tenido un rol fundamental dentro de esta institución jurídica, y se ha encargado de establecer dogmas de moralidad con el fin de erradicar estas prácticas. La posición de la Iglesia, es la no aceptación del divorcio bajo ningún concepto. Las contradicciones de los dogmas de la Iglesia Católica, con algunos pasajes de la Biblia, han causado cierta disconformidad dentro de la sociedad.

(Ley de Divorcio, Francia 1792)

Posteriormente, una de las regulaciones más importantes con respecto al divorcio, fue redactada en Francia en el año de 1792, la Ley de Divorcio, "*en esta ley se consagró el divorcio consensual, ratificado luego por el Código Civil de Napoleón*".²³

1.4.- Antecedentes históricos del adulterio.

El Adulterio también data de tiempos muy antiguos. Es necesario aclarar, que en las primeras culturas no hubo una distinción de esta institución, puesto que las relaciones se mantenían con varios miembros de una misma tribu o clan.

²³ Parraguez, L. (1999). Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia, Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja. Pág. 263.

Tampoco se podía tener presente en otras épocas, en las cuales aún no se configuraba el matrimonio como tal, pues era necesario, que primero surja el concepto de fidelidad dentro del matrimonio.

En varias de las culturas de la antigüedad, el concubinato y la poligamia fueron prácticas aceptadas; ya que hombre y mujer, no se unían con la intención de permanecer como marido y mujer, por lo tanto el adulterio no tenía cabida en estas culturas; sin embargo, con el transcurso del tiempo, la degeneración que provocó este tipo de costumbres, hizo que se vaya tomando en cuenta el valor moral dentro de la sociedad. El concepto del adulterio, nace en el momento en el que, el ser humano se concientiza sobre la forma de llevar sus relaciones, hace de la endogamia su práctica habitual y castiga a quien realice lo contrario.

(Códice de Ur-Nammu, Mesopotamia, año 2050 a. C. Aprox.)

A pesar de que en la antigüedad se practicaban costumbres poligámicas, en los cuerpos jurídicos antiguos, se puede encontrar cierta insinuación sobre lo que ahora consideramos como adulterio. Por ejemplo, en el Códice de Ur-Nammu: Artículo 7.- *Si un hombre seguía a la esposa de un gurus por iniciativa de ella (y) yacía en su regazo, a esa mujer se le daba muerte (y) al hombre se le ponía en libertad.*²⁴ Al analizar este artículo, se puede observar que ya existía un rechazo a la infidelidad, se convierte pues, en una especie de adulterio. Sin embargo, este derecho estaba reservado solo para los integrantes de ciertos estratos sociales, en este caso solo se hace mención al *gurus*, la expresión *yacer en su regazo*, se refiere al acto sexual como tal; y la sanción que acarreaba la infidelidad, era la muerte para la mujer, lo que indica que, en ese tiempo solo la mujer podía cometer adulterio y el hombre podía tener una vida poligámica.

(Código de Hammurabi, Babilonia, año 1760 Aprox.)

²⁴ <http://ocw.unican.es/humanidades/historia-del-proximo-orient/modulo-2/texto-del-codigo-de-ur-nammu>. (10-03-2011)

En el Código de Hammurabi, también se puede encontrar normas que, si bien no nombran como tal al divorcio, hacen mención a sus caracteres esenciales. Artículo 129 del Código de Hammurabi: *Si una casada es sorprendida yaciendo con otro hombre, se los atará y se los arrojará al agua. Si el marido deja vivir a la esposa, el rey dejará vivir a su servidor.*²⁵ Este es, el primer precepto que tipifica al adulterio en la sociedad babilónica, el cual tiene mucha similitud con el anterior cuerpo jurídico analizado. El Artículo 131 del Código de Hammurabi dice que: *Si a una mujer, el marido la ha echado y si ella no había sido sorprendida en adulterio, jurará ante dios, y volverá a su casa.*²⁶ En este caso, ya se puede encontrar la palabra adulterio y se mantiene la misma tendencia, en la cual, la mujer es la que lo comete; pero, si es que no había sido sorprendida manteniendo relaciones sexuales con otro hombre que no fuera su esposo, tenía la posibilidad de regresar a la casa jurando en nombre de Dios.; por lo que se puede deducir, que la decisión de echar a la mujer de la casa, o de aceptarla de nuevo, no era al arbitrio del esposo, si no que debió existir procedimientos para estos casos.

(Corpus Iuris Civilis Digesto, Roma, año 533 d. C. Aprox.)

En el Digesto de Justiniano, se encuentra un título dedicado a la Ley Julia para la represión de los adúlteros. *Esta ley fue promulgada por el Divino Augusto.* Digesto 48.5.1 ²⁷ El contenido de esta ley fue un gran avance para el Antiguo Derecho Romano, con respecto al matrimonio, al divorcio y al adulterio. Se establecieron nuevos delitos como el *lenocinio*, que se entendía como el intermediario para que una pareja mantenga relaciones sexuales, *de esta forma se fijó pena contra el marido, que hubiere recibido alguna cosa por el*

²⁵ . http://distritos.telepolis.com/1395/lib/e-books/Codigo_de_Hammurabi.pdf(10-03-2011)

²⁶ http://distritos.telepolis.com/1395/lib/e-books/Codigo_de_Hammurabi.pdf. (10-03-2011)

²⁷ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/602/21.pdf>(10-03-2011)

*adulterio de su mujer; y también contra el que retuviere a la sorprendida en adulterio;*²⁸ pues caía dentro del delito de lenocinio. Digesto 48.5.2.2.,

La regulación que se hizo en este cuerpo jurídico, fue muy amplia, a tal forma que se incorporaron normas como la siguiente: *También al marido se le permite matar al adúltero de su mujer; pero no a cualquiera que sea, como al padre; porque en esta ley se dispone que le sea lícito al marido matar en su propia casa, no también en la del suegro, al que fue sorprendido en adulterio con su mujer, que fuere alcahuete...*²⁹ Digesto 48. 5. 24.1, 2.

Esta norma, ayuda a comprender de una mejor forma la manera en que se desarrollaba esta institución; en la cual, se aprecia la postura dominante de la época, en la que la mujer fue más vulnerable que el hombre, en lo referente a sus derechos. La Ley Julia, también se encargó de regular temas como, la acusación que el marido realizaba a la mujer adúltera, la cual tenía que ser fundamentada, y bajo ciertos requisitos. Por ejemplo: *En la acusación de adulterio no se ha de conceder ninguna dilación, a no ser para que sean exhibidas las personas...*³⁰ Digesto 48.5.41.

Por lo tanto, podemos colegir que los procesos de adulterio en la Roma Antigua, no fueron desconocidos; al contrario, fueron desarrollados en la Ley Julia, la misma que no solo reguló este tipo de conductas, sino también otros tipos de delitos sexuales.

(Iglesia Católica)

El adulterio, tiene origen místico, un trasfondo contrario a la divinidad. En la antigüedad, se designaba el misticismo para las ceremonias religiosas, tiene una estrecha relación con el sacramento religioso. Es lógico pensar que así

²⁸ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/602/21.pdf>(10-03-2011)

²⁹ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/602/21.pdf>. (10-03-2011)

³⁰ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/602/21.pdf>. (10-03-2011)

sea, puesto que el matrimonio, que es el estadio opuesto del adulterio dentro de la religión, es considerado como un sacramento para alcanzar una conexión espiritual con Dios, a esto se denomina la ascética, y se encuentra dentro de una esfera moral muy alta. Dios condenó el adulterio en el momento que entregó a Moisés los mandamientos, uno de los cuales decía: *No codiciarás la casa de tu prójimo; ni desearás su mujer; ni esclavo...* (Éxodo 20. 17), entonces esta práctica no era aceptada. Sin embargo, si Dios estableció un precepto de este tipo, fue a causa de que se venía cometiendo desde tiempos antiguos y era necesario que exista una prohibición expresa, la cual fue ampliada por Jesús en sus enseñanzas, y fue él mismo, quien dijo que se debían honrar los mandamientos. *Habéis oído que se dijo a vuestros mayores: No cometerás adulterio: yo os digo más: Cualquiera que mirare a una mujer con mal deseo hacia ella, ya adulteró en su corazón.* (Mateo 5:27, 28). La posición de la Iglesia Católica, en cuanto al adulterio es contraria totalmente, basada en estos versículos de la Biblia que lo prohíben, en especial el siguiente: *Cualquiera que repudia a su mujer, y se casa con otra, comete adulterio; y comételo también el que se casa con la repudiada por su marido.* (Lucas 16.18.). A pesar de que el texto solo se refiere al adulterio cometido por la mujer, la Iglesia ha declarado que tanto el hombre como la mujer, están expuestos a cometerlo y que no hay ninguna diferencia según el sexo. Sin embargo, según el Derecho Canónico existe una excepción en lo que respecta a la disolución del matrimonio eclesiástico, el cual se lo puede hacer siempre y cuando no haya sido consumado, caso contrario, no se lo puede disolver bajo ningún parámetro.

Es importante analizar algunos versículos de la Biblia, con respecto a la separación por el adulterio. El primero, dice: *Se ha dicho: Cualquiera que despidiere a su mujer, déle libelo de repudio; pero yo os digo, que cualquiera que despidiere a su mujer, si no es por causa de adulterio, la expone a ser adúltera; y el que se casare con la repudiada, es así mismo adúltero.* (Mateo 5.31, 32). Es decir, que se acepta el repudio o divorcio siempre y cuando sea a causa del adulterio, y si no se cumpliere este requisito, y aún así se repudia a la mujer, ella está expuesta a cometer adulterio si mantuviese otra relación.

Podemos colegir que, el cometer adulterio era inaceptable dentro de la sociedad, pero a la vez, era la única forma aceptada de dar por terminado el matrimonio. En el siguiente versículo, Jesús dijo que: *Cualquiera que repudia a su mujer, y se casa con otra, comete adulterio; y comételo también el que se casa con la repudiada por su marido.* (Lucas 16. 18). Aquí se encuentra la regla general, en la cual se establece que el adulterio es cometido por cualquiera de los cónyuges que se ha separado, pero se debe tomar en cuenta que en el versículo anterior se establece una excepción, la de la separación solo a causa del adulterio.

1.4.1.- Caracterización de la evolución del proceso de divorcio por la causal del adulterio.

En el Ecuador, el proceso de divorcio y en particular por la causal del adulterio, ha sufrido significativos cambios a lo largo de la historia, producido por las diferentes concepciones que se tiene en torno a esta institución tan controversial. A raíz del pensamiento racionalista que marcó la Revolución Francesa, los dogmas eclesiásticos y los dogmas jurídicos, con respecto al divorcio se fueron separando; a pesar de que la Iglesia Católica, tenía una gran influencia sobre el matrimonio como una institución sacramental indisoluble; en los cuerpos jurídicos de los diferentes países, se fueron incorporando normas que lo permitían bajo ciertas circunstancias. El caso ecuatoriano no fue la excepción, se tomó la decisión de incorporar en 1860, el primer Código Civil, en el cual el matrimonio, aún se encontraba regulado bajo preceptos religiosos, y por lo tanto, el divorcio estaba permitido siempre y cuando se encuentre acorde con el Derecho Canónico. Posteriormente, se promulgó la Ley de Matrimonio Civil en 1902, en esta Ley se dejaron atrás los cánones religiosos, para dar paso a un cuerpo legal más técnico; se pueden encontrar regulaciones acerca de la forma en la cual se tienen que llevar a cabo los matrimonios, como por ejemplo, el de aquellas personas que no tienen capacidad legal para contraer matrimonio, tales como: los impúberes, impotentes, dementes, etc. También existen normas que tratan sobre la nulidad del matrimonio, a causa de: la

incapacidad para contraerlo; la falta de consentimiento al momento de celebrarlo, el error en cuanto a la identidad, el no haberse celebrado ante la autoridad correspondiente y la impotencia anterior al matrimonio.

Con respecto a la terminación del matrimonio, la Ley de 1902, sobre el matrimonio civil, reconoce las mismas causas que recoge el Código Civil en vigencia; con la diferencia, que se estableció la prohibición para que el cónyuge culpable contraiga matrimonio por un lapso de diez años. La innovación dentro de esta Ley, consistió en la incorporación del divorcio vincular por adulterio, el artículo 21 establece que: *Es causa de divorcio que disuelve el vínculo matrimonial, el adulterio de la mujer.*³¹ Se logró dejar atrás la doctrina en la cual, solo se permitía la separación personal de mero hecho, y se da paso a la disolución del vínculo matrimonial, pero este quedó restringido solo para la causal del adulterio cometido por la mujer. Muy diferente fue el adulterio cometido por el varón, el cual sólo *producía el divorcio de mera separación de vida marital.*³² Dentro de la cultura jurídica ecuatoriana de esa época, aún se puede observar la diferenciación que se hizo por los actos cometidos por la mujer y por el varón, es así que dentro de las normas, el hombre tenía la posibilidad de optar por la opción del divorcio desvincular, por el adulterio cometido por la mujer, y ella sólo por la separación de vida marital. Posteriormente la Ley hace mención al matrimonio eclesiástico, el mismo que se debía llevar a cabo, siempre y cuando se haya celebrado con anterioridad el matrimonio civil.

El artículo 26 de la Ley de Matrimonio Civil, hace alusión al tema del matrimonio religioso. *El matrimonio civil precederá al que los contrayentes puedan celebrar después, con arreglo á los preceptos de la religión que profesen. Mas, la autoridad civil accederá á que ambos matrimonios se contraigan inmediatamente, el uno después del otro, si así lo pidieren los contrayentes. En este caso, el lugar de la celebración del matrimonio podrá ser el salón municipal o la casa de cualquiera de los contrayentes. Los ministros de*

³¹ Ley de Matrimonio Civil, R.O. N° 317. 04 Oct. 1902.

³² Ley de Matrimonio Civil, R.O. N° 317. 04 Oct. 1902.

*cualquiera religión, que procedieren á la bendición nupcial sin que se les haya hecho constar la ceremonia civil, por el certificado expedido en forma por el respectivo funcionario, incurrirán en la pena de quinientos sucres de multa y tres meses de prisión, en la primera vez; y mil sucres de multa y seis meses de prisión, en caso de reincidencia. Esta pena se impondrá previo juicio verbal sumario, en la forma prescrita para las contravenciones.*³³ Como anteriormente mencioné, el aspecto religioso dentro de esta Ley quedó en un segundo plano, la Iglesia Católica ya no tenía jurisdicción dentro de este campo, sin embargo, la religión Católica predominaba en la sociedad ecuatoriana, por lo que aún se mantuvo normas como esta, que hacían referencia al matrimonio eclesiástico. En cuanto a los procedimientos de divorcio dentro de esta ley, se estableció que: *Las causas matrimoniales tendrán siempre tres instancias, cuando se trate de validez, nulidad o divorcio. Además, al tratarse de su validez, intervendrán, necesariamente, como partes en el juicio, el ministerio fiscal y un defensor de matrimonio, fuera de los contrayentes o de quien los represente, según los casos puntualizados en esta ley. El Defensor de matrimonios será nombrado anualmente por el respectivo Consejo.*³⁴

*Por la ley de 1904 se agregaron dos nuevas causales: el concubinato público y escandaloso del marido y la autoría o complicidad en crimen contra la vida del cónyuge.*³⁵ Para el 30 de septiembre de 1910, se incorporó una importante reforma, la cual consistía en agregar el divorcio por mutuo consentimiento; esto acentuó la concepción del matrimonio como un contrato, en el cual era necesaria la voluntad de las dos partes para la vigencia del mismo.

El decreto N° 1112 de 1935 introdujo una serie de importantísimas reformas encaminadas a facilitar el divorcio. Se abolió el llamado divorcio desvincular, se

³³ Ley de Matrimonio Civil, R.O. N° 317. 04 Oct. 1902.

³⁴ Ley de Matrimonio Civil, R.O. N° 317. 04 Oct. 1902.

³⁵ Parraguez, L. (1999). Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia, Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja. Pág. 264.

*incorporó la causal de separación con ruptura de relaciones conyugales por más de tres años y se creó el divorcio tácito que fue suprimido en 1940.*³⁶

El 28 de abril de 1948 se promulgó una nueva Ley de Matrimonio Civil, en la cual se suprimió todo dogma religioso, el matrimonio se encontraba regulado solo por preceptos jurídicos, no se incorporaron mayores cambios, ya que se mantenían los principios de la ley de 1902, la Ley constaba de regulaciones como, la incapacidad para contraer matrimonio, la nulidad de matrimonio, las formalidades para contraerlo y de la forma de terminación del matrimonio.

Las causas para la terminación del matrimonio, son textualmente las mismas, que las que actualmente recoge el Código Civil Ecuatoriano, entre ellas el divorcio desvincular, el cual deja en capacidad para que los cónyuges contraigan un nuevo matrimonio. Las causales de divorcio, son básicamente las mismas. En lo que respecta al adulterio; este puede ser cometido por cualquiera de los cónyuges y la sentencia, tiene como resultado el divorcio desvincular. Se sumaron nuevas causales, como las del disipador que ponía en riesgo la fortuna de la familia, el cónyuge que sufre de una enfermedad incurable tales como la sífilis, tuberculosis o lepra.

También se encontraban disposiciones, como la forma de liquidar la sociedad conyugal, sobre el divorcio de los menores de edad, sobre el divorcio por mutuo consentimiento, la tenencia y manutención de los hijos y sobre la autoridad ante quien se debía interponer las demandas, que era ante el juez del domicilio del demandado, mediante la vía verbal sumaria.

En el mes de noviembre de 1958 se restableció el viejo divorcio desvincular presentándolo bajo la cuestionada figura de la separación conyugal judicialmente autorizada, que constó en los artículos 223 al 233 del Código Civil hasta que fue suprimida por la Ley N° 43 de 1989. Esta misma ley, que

³⁶ Parraguez, L. (1999). Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia, Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja. Pág. 264.

*introdujo importantes reformas al régimen de la familia, modificó las causales de divorcio de injurias graves y de separación de hecho.*³⁷

El último cambio significativo que se realizó en lo que respecta al adulterio, fue la despenalización del mismo, mediante la promulgación del Código de Procedimiento Penal, el 10 de junio de 1983, el último artículo de esta codificación suprimió los dos siguientes artículos del Código Penal.

Artículo 503.- Serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años:

- 1.- La mujer que cometiere adulterio;*
- 2.- El correo de la mujer adúltera;*
- 3.- EL marido cuando tuviere manceba dentro o fuera de la casa conyugal; y,*
- 4.- La manceba del marido*

*Artículo 504.- No podrá el marido proponer acción de adulterio contra su mujer si ha consentido en el trato ilícito de esta con el adúltero; o si, voluntaria y arbitrariamente, ha separado de su lado a su mujer, o la ha abandonado.*³⁸

Como se puede evidenciar, la legislación civil ecuatoriana ha sufrido varios cambios durante su evolución; sin embargo, estos no siempre respondieron a la realidad social del Ecuador, y en algunos casos incurrieron en falacias. Por ejemplo: En el primer Código Civil del Ecuador, se estableció que: *El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente.* (Código Civil 1861), y hasta 1902 en el Ecuador solamente existió aquella modalidad mal llamada de divorcio, que permite la separación de cuerpos dejando subsistente el matrimonio y que

³⁷ Parraguez, L. (1999). Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia, Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja. Pág. 264.

³⁸ Código Penal R.O. N° 147. 22 ene. 1971.

*estaba bajo la jurisdicción de la autoridad eclesiástica.*³⁹ Desde 1861 hasta 1902, las leyes se encontraban en armonía, ya que el matrimonio era un vínculo para toda la vida y no existía ninguna forma de darlo por terminado; el divorcio al que se refiere el autor no es si no, una forma de separación de hecho que no causa efectos jurídicos. Sin embargo, en la Ley de Matrimonio Civil en 1902, se incorporó el divorcio vincular, pero se continuó manteniendo el mismo concepto del matrimonio indisoluble, lo cual incurrió en una seria contradicción de la ley vigente en ese momento. No fue sino hasta 1989, que se reformó el concepto de matrimonio y se suprimió la indisolubilidad del mismo. Entonces, si el matrimonio civil era indisoluble, cómo se pudo incorporar una ley en la cual se estableció el divorcio vincular. Este es un caso de error de argumentación, en el cual el legislador, incorpora una disposición que permite la terminación de un acto jurídico, el mismo que previamente fue objeto de una definición sintética. Esta *falacia involuntaria* -por parte del legislador- se *denomina paralogismo.*⁴⁰ El problema surge, cuando el legislador incorpora dentro de la legislación ecuatoriana el divorcio vincular, puesto que primero era necesario realizar una reforma a la definición de matrimonio. Constituye un paralogismo semántico, ya que el matrimonio indisoluble y para toda la vía, fue una definición verdadera y correcta como institución jurídica, sin embargo, se estableció en una ley posterior la definición que incorpora al divorcio en el Ecuador: *Es causa de divorcio que disuelve el vínculo matrimonial, el adulterio de la mujer.*⁴¹ En el momento que, por medio de un mismo razonamiento, se llega a diferentes significados, como el caso de las dos definiciones, matrimonio y divorcio, se encuentra frente a un paralogismo semántico de desplazamiento, por la contradicción que existe en el momento de aplicar los conceptos. Hay que aclarar, que los dos conceptos son independientes, y para llegar a ellos fue necesario realizar una definición, la misma que es correcta y lógica, pero al aplicarlas dentro de un mismo ordenamiento jurídico, surge una contradicción. Durante 41 años, el divorcio

³⁹ Parraguez, L. (1999). Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia, Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja. Pág. 263.

⁴⁰ Klug, U. (1990). Lógica Jurídica, Bogotá: Temis S. A. Pág. 205.

⁴¹ Ley de Matrimonio Civil, R.O. N° 317. 04 Oct. 1902.

vincular se practicó en el Ecuador, a pesar de que el concepto de matrimonio se mantenía como indisoluble. ¿Se estaba cometiendo un acto contrario a la Ley?, En un principio sí, sin embargo, la intención del legislador no fue que se cometan actos contrarios a la Ley, sino de introducir una institución jurídica para terminar el matrimonio; pero hay que tomar en cuenta, que fue un descuido dejar la institución mal definida, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO DE FAMILIA.

2.1.- El Derecho de Familia.

El Derecho de Familia, se encarga de regular todas las relaciones que se producen dentro del entorno familiar. Pertenece al campo del Derecho Privado y, dentro de este, al Derecho Civil. En la actualidad, algunos juristas han considerado, dada la importancia y las características del Derecho de Familia, que es una rama totalmente autónoma; sin embargo, en el Ecuador, tal consideración no va acorde a la realidad, si bien es cierto que el Derecho de Familia, tiene sus propios principios y jurisprudencia, carece de una codificación específica; ya que sus regulaciones se encuentran dentro del Libro Primero del Código Civil, acerca de las personas. Por lo que dicha autonomía, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no aplica.

Ya con los glosadores, se inició el Derecho de Familia, como una forma de regular a la misma; entre sus aspectos más importantes constan: la patria potestad, el matrimonio y el parentesco. En la actualidad, el Derecho de Familia, no solo se refiere a estas instituciones, puesto que el mismo, también regula temas como: la unión de hecho y las tutelas y curadurías.

Una definición más actual de Derecho de Familia, la da Guillermo Borda y dice que: *“El derecho de familia es el conjunto de normas que regulan las relaciones familiares, principalmente entre esposos y entre padres e hijos, aunque también tienen en cuenta otras relaciones de parentesco. Forma parte del derecho privado y, más precisamente del civil. Tiene sin embargo, caracteres propios que le comunican una fisonomía peculiarísima.”*⁴² Considero que esta es una definición bastante acertada, ya que hace alusión a todos los aspectos que regula el Derecho de Familia. Aunque es necesario aclarar, que

⁴² Borda, G. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Perrot. Pág.31.

actualmente, regula instituciones como: la unión de hecho y las tutelas y curadurías.

Otra definición, es la que presentan Bossert y Zannoni: "*El derecho de familia está integrado por el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares. Como estas relaciones conciernen a situaciones generales de las personas en sociedad, integran el derecho civil.*"⁴³ Esta definición es muy general al decir que son las normas que regulan las relaciones jurídicas familiares, y fundamentan que pertenecen al Derecho Civil, afirmando que son situaciones generales de las personas dentro de la sociedad, ya que al igual que en el Ecuador, en Argentina el Derecho de Familia se encuentra incorporado al Código Civil y no se lo trata como a una rama autónoma del Derecho.

Una acepción media del Derecho de Familia:

El Derecho de Familia, es el conjunto de preceptos legales que regulan las relaciones jurídicas familiares, estas son: el matrimonio y las relaciones que se derivan del mismo como el divorcio, la sociedad conyugal y el patrimonio; las segundas nupcias, las tutelas y curadurías, las relaciones de parentesco entre padres e hijos y otras personas, la unión de hecho y sus efectos. Es una sub rama del Derecho Civil, puesto que no en todos los ordenamientos jurídicos se ha elaborado un Código de la Familia.

2.2.- El matrimonio.

Para lograr definir el matrimonio como una institución, no solo jurídica, sino también religiosa y social; empezaré por analizar la etimología de la palabra, así como varias definiciones que presenta Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico.

⁴³ Bossert A., Zannoni E. (2008). Buenos Aires. *Manual de Derecho de Familia*. Pág.10.

(Varias definiciones de matrimonio).

“La etimología de esta voz es genuinamente latina, de matrimonium (vocablo casi idéntico al nuestro), derivado, a su vez, de matri (por matris), genitivo de mater, madre; y de manus (V.), cargo u oficio de madre.”⁴⁴ Se utiliza este término, ya que es lógico pensar que dentro de una familia, es la madre quien establece con certeza el parentesco; además era ella, quien en la antigüedad tenía la responsabilidad de cuidar de los hijos y del hogar. Por este motivo, se ha tomado las voces latinas, que hacen referencia a la madre y no al padre.

Según Planiol: *“El matrimonio es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad.”⁴⁵* Esta definición presenta al matrimonio como un acto jurídico celebrado entre dos personas, que para ser perfeccionado necesariamente debe ser realizado ante una autoridad competente, y no solo con la voluntad de los que lo celebraron. Sin embargo, esta definición presenta como único fin del matrimonio, la unión de hombre y mujer; lo cual no necesariamente es cierto, puesto que la fidelidad que se deben los cónyuges, también debe ser tomada en cuenta, ya que los otros fines del matrimonio no guardan ninguna relación con este último.

“La Academia Española contiene dos conceptos de matrimonio que corresponden, aún cuando no lo declare explícitamente, a las variedades del canónico y del civil. Con respecto al regido por los cánones expresa que se trata de un “sacramento propio de legos, por el cual hombre y mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la Iglesia.”⁴⁶ Dentro del Derecho Canónico, se establece que el matrimonio de un hombre y una mujer tiene el carácter de indisoluble, es un sacramento en el cual, los contrayentes tienen que manifestar expresamente su voluntad. Pero el Derecho Canónico,

⁴⁴ Cabanellas G. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires: Heliasta. Pág. 339

⁴⁵ Cabanellas G. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires: Heliasta. Pág. 339.

⁴⁶ Cabanellas G. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires: Heliasta. Pág. 339.

no está totalmente aislado del ámbito civil, en el Canon 1059 dice que: “*El matrimonio de los católicos, aunque sea católico uno solo de los contrayentes, se rige no sólo por el derecho divino sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio.*”⁴⁷ Por lo tanto, la Iglesia Católica no desconoce la jurisdicción de los diferentes Estados, con respecto a la regulación del matrimonio en el ámbito civil, al contrario, reconoce los efectos jurídicos que causa el mismo.

En cuanto al concepto civil, Cabanellas dice que el matrimonio es, la “*unión perpetua de un hombre y una mujer, con arreglo a derecho.*”⁴⁸ En esta definición, no se hace mención al matrimonio como una cuestión contractual, y es necesario tomar en cuenta, que la mayoría de ordenamientos jurídicos de occidente, acogen en sus respectivos cuerpos legales al matrimonio civil como un contrato; ya que para que tenga lugar, es necesaria la voluntad de los contrayentes y ser sancionado por ley.

Finalmente, Cabanellas concluye con una definición, con la cual intenta evitar las críticas, y dice que: “*el matrimonio es una sociedad compuesta por sólo dos personas, que han de ser de sexo diferente, que por lo general tiende a la propagación más o menos inconsciente de la especie, además de fortalecerse por la ayuda mutua, asentada en el propósito inicial de compartir la misma suerte a través del vínculo que los une, con ciertas comunidades patrimoniales, y sólo disoluble en los casos y según los modos estrictamente determinados en la ley.*”⁴⁹ Aquí, se hace mención al aspecto económico, figura de trascendental importancia dentro de esta sociedad denominada matrimonio.

(Matrimonio dentro de la legislación ecuatoriana).

⁴⁷ *Código de Derecho Canónico. 1983.*

⁴⁸ Cabanellas G. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires: Heliasta. Pág. 339.

⁴⁹ Cabanellas G. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires: Heliasta. Pág. 340.

La Constitución del Ecuador, en el artículo 76 inciso segundo define, al matrimonio como *“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.”*⁵⁰ En esta definición, se establece el fundamento del matrimonio, mas no los requisitos y los fines del mismo, también establece la igualdad de derechos y obligaciones entre los contrayentes. Para encontrar la regulación del matrimonio, se debe remitir a lo que determina el Código Civil. En el artículo 81, del cuerpo jurídico nombrado, se encuentra la definición de matrimonio. *“Un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.”*⁵¹ Se debe aclarar, que esta definición data de hace más de un siglo, del primer Código Civil del Ecuador; que si bien es cierto, no se mantiene su texto original, puesto que se eliminaron las palabras actual e indisolublemente y para toda la vida, aún mantiene los mismos fines para el matrimonio, eliminando lo pertinente a la indisolubilidad del mismo.

Es lógico pensar, que se debía realizar una reforma al mencionado concepto, ya que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, contempla entre las causas para terminar el matrimonio, al divorcio; sin embargo, para la época actual, es una definición totalmente caduca, que no satisface las necesidades de una sociedad, porque los fines del mismo han cambiando. Primero, en la antigüedad era obvio que uno de los fines del matrimonio era el de vivir juntos, por la poca movilidad de los seres humanos; pero en la actualidad, dada las condiciones económicas del Ecuador y de otros países con poco desarrollo económico, se fue prescindiendo de este fin, y hoy en día, se pueden encontrar matrimonios en los cuales, los cónyuges se encuentren separados por largo tiempo, sin que esto signifique, que es su voluntad dar por terminado el vinculo matrimonial. Segundo, otro de los fines del matrimonio, según el Código Civil, es la procreación; pero hasta qué punto una pareja casada está en la obligación de procrear, qué pasa si uno de los cónyuges, o los dos, no están en capacidad de tener hijos, producto de la infertilidad ¿Por el hecho de no

⁵⁰ Constitución del Ecuador. R.O. N° 449 20-oct-2008.

⁵¹ Código Civil R.O. N° 46: 24-jun-2005.

estar en la posibilidad de procrear, el matrimonio no se puede considerar como tal? Pues bien, la definición que realiza la Constitución del Ecuador, se aplica en estos casos, la cual establece simplemente la unión entre hombre y mujer; pero es necesario aclarar, que no necesariamente se tienen que cumplir los fines que el Código Civil plantea, para que el matrimonio se considere perfeccionado, puesto que solo es necesario que exista el consentimiento de un hombre y una mujer para contraer nupcias.

Por citar algunos ejemplos: Una vez celebrado el matrimonio, los cónyuges no entran en labor de procrear, sino que queda al arbitrio de los mismos, para que cuando ellos decidan tengan hijos. Dadas las condiciones sociales y económicas del país, las familias se han visto en la necesidad de separarse, con la finalidad de encontrar los medios necesarios para subsistir, lo cual ha provocado que los cónyuges se separen; sin embargo, a pesar de esta separación, sigue vigente el vínculo matrimonial.

El auxilio mutuo, puede referirse a varios aspectos, el auxilio económico y el auxilio en las circunstancias que se pueden presentar a nivel personal. La predisposición para atender a estos dos aspectos, dependerá de las circunstancias en las que se presenten, y de un aspecto más subjetivo de cada uno de los cónyuges.

Por lo tanto, el matrimonio desde un punto de vista contemporáneo, debe ser considerado, a más de los fines nombrados, como una institución en la cual los cónyuges se deben fidelidad, una obligación necesaria e importante para que exista armonía dentro del núcleo familiar.

(Matrimonio como un acto jurídico).

El matrimonio se presenta como un acto jurídico, puesto que es un acto que dos personas, voluntaria y lícitamente lo han celebrado. El mismo, produce efectos jurídicos entre los contrayentes. Después de celebrado el acto jurídico,

este ya no se encuentra bajo un régimen contractual, puesto que la ley, expresamente, determina, dentro de la legislación ecuatoriana, los fines, derechos y obligaciones de los cónyuges. Es entonces, un acto jurídico en el que es necesaria la voluntad de los contrayentes, los mismos que se someterán a las disposiciones determinadas por la ley. La concepción contractualista tradicional *“considera que el matrimonio, como acto jurídico, responde a la libre voluntad de hombre y mujer, pero a la vez, la libre voluntad trasciende a la relación jurídica matrimonial, considerando también que esta relación jurídica está gobernada o debería estarlo en la mayor medida de lo posible, por la autonomía de la voluntad que, entonces, les permite a los cónyuges, si fracasan en su unión, rescindirla o disolverla, del mismo modo que pueden las partes de un contrato rescindirlo o revocarlo de acuerdo con las normas generales.”*⁵²

(Requisitos de existencia del matrimonio).

Para determinar si un matrimonio es válido, y produce los efectos jurídicos que determina la ley, es necesario partir del concepto que establece el Código Civil.

Artículo 81.- 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.

53

La existencia del matrimonio, está sometida a la celebración de un contrato solemne, tiene que llevarse a cabo frente a la autoridad competente, y bajo ciertas formalidades como: la comparecencia de las partes, aunque también pueden hacerlo por apoderado mediante poder especial, constancia de carecer de impedimentos dirimentes, consentimiento de los contrayentes, presencia de dos testigos y suscribir el acta de matrimonio. Como autoridad competente, se debe entender al funcionario público, al cual la ley encomienda la celebración

⁵² Bossert A., Zannoni E. (2008). Buenos Aires. *Manual de Derecho de Familia*. Pág.79

⁵³ *Código Civil*. R.O. N° 46: 24-jun-2005.

de estos actos, en el caso ecuatoriano, el Jefe del Registro Civil. De esta manera, cumpliendo con todos los requisitos que la ley exige, nace el matrimonio y desde el momento de la suscripción del acta, se producen los efectos jurídicos correspondientes. En lo pertinente a la solemnidad del acto, se le atribuye tal calidad, por la especial ceremonia que debe llevarse a cabo, frente a la autoridad competente, y por la comparecencia de los testigos.

El segundo punto, necesario para la existencia del matrimonio, es que los contrayentes deberán ser de diferente sexo, como lo establece el Código Civil. La definición de matrimonio en el Ecuador, se mantiene en su forma original; es decir que se debe celebrar entre un hombre y una mujer; sin embargo, la realidad de la sociedad es muy diferente, la unión entre dos personas del mismo sexo es un hecho, el cual no puede ser desconocido por el Derecho; por este motivo varios países alrededor del mundo, han incorporado en sus legislaciones este tipo de matrimonio; el pionero fue Holanda, seguido por Bélgica y España. El caso del Ecuador, es aunque no muy alejado a la realidad de estos países, una situación especial, en la cual no se permite este tipo de matrimonio. La Constitución contempla la unión de hecho entre personas del mismo sexo, la cual produce efectos similares a los del matrimonio; esta se convierte, en la herramienta jurídica para proteger los derechos, y asegurar las obligaciones de las personas que decidan optar por esta institución. Se debe decir, que es un gran avance dentro del campo del Derecho de Familia, porque la legislación ecuatoriana, está previendo este tipo de situaciones dentro de la sociedad. Por lo tanto, bajo los parámetros de la legislación ecuatoriana, si es que el matrimonio, no es celebrado entre un hombre y una mujer, este simplemente no existe.

Posteriormente, la definición se refiere a los fines del matrimonio, los cuales serán analizados por separado, con la finalidad de determinar, hasta qué punto, son verdaderos fines dentro del matrimonio.

El fin “*vivir juntos*”, según el Código Civil, trata sobre la cohabitación de los cónyuges. Es lógico pensar, que este sea el primero, ya que el instinto del ser humano es encontrar una pareja con la cual pueda compartir la vida, y la herramienta jurídica para legalizar tal unión, es el matrimonio. Este fin va más allá de la simple cohabitación, ya que debe darse de un modo permanente y estable; puesto que si se llegasen a romper estos dos parámetros, se habrá ido en contra del primer fin del matrimonio, y se encontraría en un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial, lo cual está previsto en el Código Civil, como una causal de divorcio. Pero esta, no es la idea que se tiene del matrimonio, sino la de una pareja que desea unirse con la finalidad de permanecer juntos, amparados por la ley.

El fin “*procrear*”, se presenta como el más importante de los fines del matrimonio, es el medio con el cual se asegura la continuidad de la vida. También es importante, puesto que satisface una necesidad física de los seres humanos. Pero es necesario aclarar, que este fin va de la mano con la educación de la prole, así se lo establece en el Código de Derecho Canónico. Sin embargo, existirán casos en los cuales, no se podrá cumplir con este fin; por ejemplo, en matrimonios donde los cónyuges sean impotentes, entiendo a la impotencia en su sentido más amplio, como “*la incapacidad de engendrar o concebir.*”⁵⁴ Pero el hecho de que un cónyuge sea impotente, no se traduce en la terminación del matrimonio, el Código Civil solo se refiere a la impotencia como a un impedimento dirimente, que causa la nulidad del mismo; mas no, como una causal para dar por terminado el vínculo matrimonial. Por lo tanto, la procreación en el matrimonio, se traduce en un fin que tiene como objetivo, la educación de los hijos y que constituye un destino natural; pero la falta de este fin, no acarrea la terminación del matrimonio.

El fin “*auxiliarse mutuamente*”, pasa no sólo por un contexto patrimonial, que consiste en la ayuda económica entre los cónyuges, sino a todo campo de la

⁵⁴ Diccionario de la R.A.E.

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=IMPOTENTE (28-03-2011)

vida, en donde se necesite la ayuda del cónyuge. El artículo 138 del Código Civil, se encarga de explicar este fin y establece que: *“Los cónyuges deben suministrarse mutuamente lo necesario y contribuir, según sus facultades, al mantenimiento del hogar común. Cualquiera de los cónyuges estará siempre obligado a suministrar al otro, el auxilio que necesite para sus acciones o defensas judiciales.”*⁵⁵ De este punto, parten las obligaciones y derechos que la ley establece para los cónyuges entre sí. Si al matrimonio se lo mira desde un concepto de sociedad, se evidenciaría que tiene objetivos económicos, en el cual es necesario, la cooperación de los involucrados, para la subsistencia de los mismos.

2.3.- Disolución del matrimonio.

El matrimonio como un acto jurídico al igual que otros, puede ser disuelto. De tal forma, que el vínculo matrimonial quede extinto, y produzca ciertos efectos jurídicos, tanto a nivel personal como patrimonial. A nivel personal, efectos como el cambio del estado de civil, la custodia de los hijos menores de edad, etcétera; y a nivel patrimonial, la división de la sociedad conyugal.

La disolución del matrimonio, significa: *“la extinción de la relación jurídica matrimonial y por ende de su contenido.”*⁵⁶ Por lo general, es motivado por causas posteriores a la celebración del matrimonio, si bien es cierto que al momento de celebrarse, la intención de los contrayentes es la de hacerlo para toda la vida, por diferentes razones de insatisfacción de intereses personales, infidelidades, muerte de uno de los cónyuges, etcétera; el matrimonio no se desarrolla como debería hacerlo, y sus fines se ven truncados; previendo esto, la ley provee la herramienta jurídica, para que los cónyuges tengan la capacidad legal de disolver el vínculo matrimonial, y contraer posteriores nupcias.

⁵⁵ Código Civil. R.O. N° 46: 24-jun-2005.

⁵⁶ Bossert A., Zannoni E. (2008). Buenos Aires. *Manual de Derecho de Familia*. Pág. 319.

Expresamente, la ley determina las casusas para que se dé por terminado el vínculo matrimonial. El Código Civil se encarga de ordenarlos:

“Artículo 105.- El matrimonio termina:

- 1.- Por la muerte de uno de los cónyuges;*
- 2.- Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad de matrimonio;*
- 3.- Por sentencia ejecutoriada que conceda la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y,*
- 4.- Por divorcio.”* ⁵⁷

Ahora bien, la ley determina ciertas formalidades para cada causa de disolución del matrimonio; procesos específicos en los cuales, se debe declarar la nulidad de un matrimonio por algún tipo de impedimento; o el fin del vínculo matrimonial por posesión de los bienes del cónyuge desaparecido, o por sentencia de divorcio que declare terminado el vínculo matrimonial. Inclusive, con la muerte de uno de los cónyuges, es necesario seguir un procedimiento, dependiendo si existe o no testamento.

Como se puede ver, el Código Civil del Ecuador, contempla varias formas para terminar con el vínculo matrimonial, entre ellas se encuentra el divorcio. Sin embargo, para el objetivo que se desea alcanzar con este trabajo, solo será necesario analizar, la terminación del matrimonio, llevada a cabo mediante el proceso de divorcio, que como ya se revisó, es necesario que sea declarado mediante un juez competente.

⁵⁷ *Código Civil*. R.O. N° 46: 24-jun-2005.

2.3.1.- El divorcio.

La palabra divorcio, viene del “latín *divortium*, del verbo *divertere*, separarse, irse cada uno por su lado; y por antonomasia, referido a los cónyuges cuando así le ponen fin a la convivencia y al nexo de consortes.”⁵⁸ Existe una controversia con respecto a la palabra divorcio, puesto que se puede entender de dos formas distintas, en el ámbito legal. Se designa así, “a la simple separación de cuerpos (*divortium ad thorum et mensam*) que no disuelve el vínculo ni autoriza por tanto a contraer nuevas nupcias; o bien al divorcio absoluto, con disolución del vínculo, posibilidad de contraer nuevo matrimonio y de engendrar hijos legítimos.”⁵⁹ Por tanto, la doctrina se ha encargado de realizar una clasificación de los tipos de divorcios que pueden existir.

El divorcio dentro de un ordenamiento jurídico, se presenta como la herramienta jurídica, para dar por terminado el matrimonio celebrado con todos los requisitos que la ley manda. Es la causa de terminación del matrimonio, que se basa exclusivamente, en la problemática que se puede suscitar entre la pareja. Debe ser solicitada ante la autoridad competente, por las causas que expresamente señala la ley, y de aquí, se deriva la clasificación del divorcio.

Según el vínculo matrimonial.- Divorcio vincular y divorcio desvincular.

1.- El divorcio desvincular.- Este tipo de divorcio, no afecta al vínculo matrimonial, se lo entiende como la separación conyugal judicialmente autorizada, en la cual, los cónyuges no están en la capacidad de contraer nuevas nupcias. Esta clasificación, a pesar de que estuvo dentro de la legislación ecuatoriana, actualmente, ya no se encuentra recogida en el Código Civil.

⁵⁸ Cabanellas G. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires: Heliasta. Pág. 291.

⁵⁹ Borda, G. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Perrot. Pág. 223.

2.- El divorcio vincular.- Este tipo de divorcio, afecta al vínculo matrimonial, de tal manera que lo disuelve, y deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevas nupcias. La legislación recoge este tipo de divorcio en el Ecuador, por lo tanto será materia de análisis en el siguiente capítulo.

Según la voluntad de los cónyuges.- Consensual y contencioso.

1.- El divorcio consensual.- En este tipo de divorcio, lo fundamental es el mutuo acuerdo de los cónyuges para dar por terminado el matrimonio. *Es un “divorcio sin causa determinada por la ley y aprobada ante los jueces.”*⁶⁰ A pesar que, en el núcleo del matrimonio opere alguna causal de divorcio establecida por la ley, no es necesario invocarla dentro de la demanda, puesto que dentro del proceso de divorcio por mutuo, esta no será calificada por el juez; sin embargo, si se puede dar el caso de algún tipo de traba, de otra índole, de la litis dentro de este proceso, como por ejemplo: la custodia de los hijos menores de edad. Contractualmente, el matrimonio es un contrato susceptible de terminarlo, y como su nombre lo indica, este divorcio parte del consentimiento de las partes, para dar por terminado el contrato de matrimonio.

El artículo 107 del Código Civil, recoge el concepto de divorcio por mutuo consentimiento, dice lo siguiente: *“Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse... los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el Juez de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges.”*⁶¹

2.- El divorcio contencioso.- La característica principal de este tipo de divorcio, es la traba de la litis, esto es producido por el desacuerdo de los cónyuges para dar por terminado el vínculo matrimonial; y es necesario, invocar dentro de la demanda, una de las causales que la ley expresamente las ordena y las denomina “causales de divorcio”. La base de este tipo de divorcio, es la

⁶⁰ Parraguez, L. (1999). Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia, Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja. Pág. 270.

⁶¹ Código Civil R.O. N° 46: 24-jun-2005.

voluntad divergente de los cónyuges de dar por terminado el matrimonio, y es necesario que la autoridad judicial, mediante la armonización de los hechos a la norma, el análisis de las pruebas y la valoración de las mismas, declare el divorcio mediante sentencia ejecutoriada o lo niegue.

2.3.2.- El divorcio vincular.

En el capítulo anterior, se analizó la evolución del divorcio dentro del Ecuador. El gran avance que se logró, con el pasar del tiempo en esta materia, hizo que el legislador se concentre en resolver a fondo, la problemática sobre la terminación del matrimonio; ya que la separación conyugal judicialmente autorizada, no era una herramienta eficaz al momento de resolver los problemas conyugales. Se habla de una separación de cuerpos, que debía ser autorizada por un juez, lo cual carece de sentido, puesto que los efectos legales siguen vigentes, como la aptitud para heredar, o para utilizar el apellido del cónyuge. La utilización de este tipo de divorcio, era con la finalidad de que, en algún momento, pueda haber una reconciliación entre los cónyuges, y se restituya la relación marital, evitando tener que recurrir al divorcio vincular.

Entonces, el divorcio vincular se presenta como la herramienta necesaria, para poner fin a los problemas que se puedan suscitar en un matrimonio, y terminar con una relación que ha perdido sus fines primordiales, y en vez de ser un núcleo de apoyo, se convierte en un estado de situaciones irregulares que no convienen a los intereses, tanto de los cónyuges como al de los hijos. Como ya se mencionó, este tipo de divorcio, afecta directamente al vínculo matrimonial, lo disuelve y deja en aptitud para que los ex cónyuges contraigan un nuevo matrimonio, con los respectivos requisitos que la ley manda, para cada caso. En el momento que se emite sentencia declarando el divorcio, se producen varios efectos para los ex cónyuges, como ya nombré; el primero, es la aptitud nupcial para contraer nuevo matrimonio; en segundo lugar, se encuentra el aspecto patrimonial, puesto que desde ese momento, se divide la sociedad conyugal, y los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges, posterior al

divorcio, pertenecen a cada uno; en tercer lugar la imposibilidad de utilizar el apellido del esposo, en el caso de la mujer.

Si existiese la posibilidad de una reconciliación, la solución se encuentra en volver a contraer un nuevo matrimonio entre la misma pareja, situación que no es censurada por la legislación civil; y esto justifica el que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, solo se recoja esta modalidad de divorcio, y se haya dejado a un lado, la separación conyugal judicialmente autorizada, que se presentaba como un parche, más que como una solución.

La base legal del divorcio vincular, se encuentra recogida en el Código Civil. El legislador, ha optado por no distinguirlo sobre si es desvincular o vincular, simplemente lo define de la siguiente manera: Artículo 106.- *El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges, en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorió la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo por rebeldía del cónyuge demandado. Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectúa con el último cónyuge.*⁶² El primer punto de este artículo, se encarga de aclarar, a qué tipo de divorcio se está refiriendo el legislador “el divorcio vincular”, ya que habla de el nuevo estado civil de los cónyuges y su aptitud legal para contraer nuevas nupcias; el segundo punto, menciona una prohibición en un caso específico, para volver a contraer matrimonio; y, el tercer punto, establece una excepción al caso anterior. También hace mención, a un segundo matrimonio contraído por las mismas personas.

De esta forma, el Código aclara qué tipo de divorcio se encuentra vigente en el Ecuador, y cuáles son los efectos que este causa.

⁶² Código Civil R.O. N° 46: 24-jun-2005.

El divorcio vincular en el Ecuador, puede ser: de mutuo acuerdo o contencioso, ya que el “vinculo” se refiere a los efectos legales que va a tener el divorcio; y el aspecto de “mutuo acuerdo o contencioso”, se refiere al desarrollo del proceso.

2.3.3.- El divorcio contencioso.

La naturaleza jurídica del divorcio contencioso, se fundamenta en la falta de acuerdo, o voluntad divergente de los cónyuges, para dar por terminado el matrimonio. En el divorcio contencioso, el proceso se desarrolla con la existencia de una controversia entre los dos cónyuges; de esta manera, el cónyuge que haya optado por terminar con los esposales, debe recurrir a una de las causales que la ley determina expresamente, para solicitarlo. Por lo tanto, podemos deducir que no es una decisión al arbitrio de uno de los cónyuges, sino que es necesario, que dentro del matrimonio se produzca una de las causales de divorcio, que la ley previamente ha determinado. Dentro del proceso de divorcio, al hablar de una causal, es necesario que el actor del juicio, demuestre, por así decirlo, la culpabilidad del demandado, encausado el proceso dentro de alguna de las siguientes causales:

El artículo 110 del Código Civil, ordena las 11 causales de divorcio.

- 1.- *El adulterio de uno de los cónyuges;*
- 2.- *Sevicia;*
- 3.- *Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial;*
- 4.- *Amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro;*
- 5.- *Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice;*
- 6.- *El hecho de que dé a luz la mujer durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la*

paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este Código:

- 7.- *Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o a uno o más de los hijos;*
- 8.- *El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole;*
- 9.- *El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general toxicómano;*
- 10.- *La condenada ejecutoriada a reclusión mayor; y,*
- 11.- *El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge por más de un año ininterrumpidamente....*⁶³

Estas causales de divorcio, atienden a las faltas que pueden cometer los cónyuges, en relación directa al concepto y a los fines del matrimonio. Las causales de divorcio, se fundan en la mala conducta de cualquiera de los cónyuges, ya que para que se cometan, es necesaria la actuación errónea que atente contra los fines del matrimonio. La causal numero 8, es la única a la cual, no se le puede atribuir esta característica, puesto que en la mayoría de casos de enfermedad grave e incurable, no depende de la actuación de la persona, sino de circunstancias fisiológicas ajenas a la voluntad de la persona.

La limitación para demandar el divorcio por una causal, se convierte en el factor determinante que diferencia el divorcio contencioso, del de mutuo consentimiento; tomando en cuenta, que la autoridad judicial se encuentra presente en los dos casos; pero la diferencia radica en el desarrollo del proceso. Otra diferencia, entre estos dos tipos de divorcio, es el tiempo para presentar la acción de divorcio; mientras que en el contencioso se tiene que atender al plazo establecido en el artículo 124 del Código Civil, para evitar la prescripción de la acción; en el divorcio consensual, la demanda puede ser presentada en cualquier momento, pues no nacerá como consecuencia de una

⁶³ Código Civil R.O. N° 46: 24-jun-2005.

causal, sino por el acuerdo de los cónyuges. El divorcio contencioso, se presenta como un proceso largo y complejo, el costo económico es mayor al divorcio consensual, o de mutuo acuerdo.

Los efectos jurídicos que produce este tipo de divorcio, son los mismos que los que produce el divorcio consensual, ya que como mencioné, la característica esencial de este tipo de divorcio, se fundamenta en la manera de desenvolvimiento del proceso, siendo este litigioso e intentando demostrar la culpabilidad de uno de los cónyuges. Por lo tanto, el efecto principal que busca este proceso es, la de disolver el vínculo matrimonial, por medio de la autoridad judicial, y determinando qué cónyuge faltó a los fines del matrimonio.

2.4.- El adulterio.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el concepto de “adulterio”, no ha sido definido sintéticamente por parte del legislador; por lo tanto, es necesario remitirse a lo que usualmente se entiende por la palabra adulterio, como se determina en la parte pertinente a la interpretación judicial de la ley, dentro del Código Civil

La forma natural y obvia de entender este término, es como: la relación sexual que se mantiene entre uno de los cónyuges y una tercera persona, que no sea su cónyuge y que sea del sexo opuesto. Sin embargo, esta definición no responde a los intereses actuales de una sociedad, que ha descubierto una variedad de “nuevas formas de adulterio”, en lo referente al género de la persona y a las prácticas sexuales.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, define al adulterio como: “*el ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge.*”⁶⁴ Por la palabra ayuntamiento, se debe entender a la realización del coito, es decir la ejecución del acto sexual, en su forma más

⁶⁴ Diccionario R.A.E. 22 edición.

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=adulterio

estricta; para ser más explícito, es necesario que exista la penetración del órgano sexual masculino, al órgano sexual femenino. Por lo tanto, según esta definición cualquier otro tipo de práctica sexual, no concuerda dentro de la tradicional definición de adulterio.

Guillermo Cabanellas presenta una definición un poco más específica y dice: *“Acceso carnal que un casado tiene con una mujer que no sea legítima, o una casada con hombre que no sea su marido...”*⁶⁵ En un principio, esta definición sugiere los mismos caracteres, que la presentada en el Diccionario de la R.A.E., pero expone con más claridad, los dos casos con respecto al género, susceptibles a ser tratados como un acto de adulterio; es decir, hombre mujer y mujer hombre. No contempla la posibilidad de que se cometa adulterio, entre personas del mismo sexo, lo cual sucede dentro de una sociedad.

Otra definición de adulterio dice: *En términos generales se entiende por adulterio la unión sexual de un hombre o una mujer casados con quien no es su cónyuge. Se trata, por ello de una unión sexual ilegítima, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad recíproco que se deben los esposos.*⁶⁶ Esta definición, va más allá de determinar al adulterio como una relación sexual; sino que involucra la violación del deber de fidelidad, como fundamental dentro del matrimonio. Deja en libertad para interpretar, con qué persona se puede cometer adulterio; es decir, que se lo puede hacer, tanto con una persona del mismo, como de diferente sexo.

*El adulterio consiste en el comercio carnal tenido por uno de los cónyuges con un tercero.*⁶⁷ De esta definición, se partirá para establecer un nuevo concepto de adulterio. Como se puede evidenciar, esta definición no se limita a la relación sexual entendida tradicionalmente; sino que, al hablar de “comercio

⁶⁵ Cabanellas G. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires: Heliasta. Pág. 183.

⁶⁶ Bossert A., Zannoni E. (2008). Buenos Aires. *Manual de Derecho de Familia*. Pág. 335.

⁶⁷ Borda, G. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Perrot. Pág. 224

carnal”, se está dando paso para aprobar, como adulterio, a otro tipo de relaciones sexuales.

El adulterio debe ser definido desde un punto equitativo, con respecto a la institución social y jurídica que afecta directamente, “el matrimonio”. Es necesario analizar todos sus elementos y las diferentes formas en que se lo puede cometer. Considero que, bajo las circunstancias en las que se desarrolla la sociedad, se deben analizar profundamente los conceptos que atañen a esta, atendiendo a las realidades sociales; y por medio del Derecho, formalizar las conductas que habitualmente se realizan y que hasta ahora, han quedado estáticas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, dando problemas a los llamados a impartir justicia, al momento de realizarla.

Por lo tanto, el primer punto a analizar, es sobre las diversas relaciones sexuales.

¿Qué tipo de relaciones sexuales pueden ser consideradas como adulterio?

En un principio, es aceptada solo la relación sexual en sentido estricto, como comúnmente se entiende a esta. Pero, qué ocurre con el resto de prácticas sexuales que se cometen dentro de una sociedad, y que a los ojos del Derecho, no tienen ninguna relevancia jurídica. En el Código Civil, solo se ordena como la primera de las causales al adulterio, sin emitir ninguna definición o criterio adicional, que conceptúe a la misma palabra, y es por eso que habrá de remitirse a la común definición de adulterio realizada por la doctrina. Sin embargo, no se ha tomado en cuenta algunos aspectos del adulterio en este sentido, y es necesario acotar que, al momento de ejecutar cualquier tipo de práctica sexual, sea esta una relación sexual: vaginal, anal u oral; se estaría quebrantando el deber de fidelidad que se deben los cónyuges. Por lo tanto, la palabra adulterio, no solamente debe referirse al ayuntamiento carnal, sino a todo tipo de práctica sexual cometida por uno de los cónyuges, ya que con cualquiera de estas prácticas, se estaría atentando al fin de

fidelidad entre los esposos. El Derecho mal ha hecho al desconocer por completo a todo acto de infidelidad, sin coito, cuando claramente se evidencia una falta gravísima al fin del matrimonio, acarreando dificultad al momento de demostrar la falta de uno de los cónyuges.

El segundo punto a analizar, son las tendencias sexuales y su relación con el adulterio.

La definición contenida en el Diccionario de la R.A.E., y la presentada por Cabanellas, hacen mención al carácter heterosexual del adulterio; sin embargo en la tercera acepción de Bossert y Zannoni, se omite tal característica, y se habla solo de la unión sexual con quien no es su cónyuge, sin emitir criterio sobre el carácter heterosexual, lo que indica que se puede aprobar el adulterio entre personas del mismo sexo. La definición realizada por el autor Guillermo Borda, va aún más allá, y solo hace referencia a una “tercera persona”, con la que se debe cometer el adulterio, sin importar el sexo de la misma. Con lo cual podemos llegar a la conclusión anterior.

Por lo tanto, es necesario realizar el siguiente análisis. Si uno de los cónyuges tiene una relación sexual extraconyugal, ¿debe importar que sea necesariamente con una persona de diferente sexo?, para de esta forma, determinar que hay un quebrantamiento al fin de fidelidad que se deben los esposos; o se puede concluir que, el alcance del concepto de “fidelidad”, se refiere una relación extraconyugal con un persona del mismo sexo, y así seguir faltando al mismo fin. En los dos casos, se falta al fin del matrimonio, a tal punto que, se pueden considerar los dos casos como adulterio. El Derecho debe atender a este fenómeno, con la finalidad de determinar si estos casos se enmarcan dentro de la causal de adulterio, no solo tomando en cuenta la definición que comúnmente se entiende por adulterio, sino desde un punto de vista más amplio y contemporáneo, acorde a las necesidades de una sociedad con constantes variables. En el Ecuador, aún no se ha presentado una demanda de divorcio por adulterio entre personas del mismo sexo; si se

presentare, el juez que conozca la causa, debería negar la misma, porque dentro del proceso, no se complementarían los hechos a la norma. Por ejemplo, una mujer demanda a su esposo el divorcio por la causal de adulterio, ya que él fue sorprendido manteniendo relaciones sexuales, con otro hombre. En la parte considerativa de la sentencia, la motivación de la misma sería la siguiente: Que la causal de adulterio no ha quedado demostrada puesto que, según el artículo 18, numeral 2 del Código Civil, sobre las reglas de interpretación de la ley se establece que “*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras...*”, y el Diccionario de la R.A.E., define al adulterio como: “*el ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge.*”⁶⁸ Bajo este concepto, el demandado no ha cometido adulterio, puesto que no fue sorprendido manteniendo relaciones sexuales con una mujer, sino con un hombre. Se negaría la demanda por la causal de adulterio.

El tercer punto a analizar, es sobre la continuidad del adulterio.

En ninguna de las acepciones que se ha dado, se establece si debe ser un solo acto o si deben ser varios. Si se mantiene una sola relación sexual extramarital, dentro de los requisitos observados, ya se cometió adulterio. Si se mantiene varias relaciones sexuales, se estará cometiendo, varias veces adulterio. No es de mayor trascendencia jurídica, dentro del Derecho Civil, las veces que se cometa, puesto que una vez mantenida la primera relación extraconyugal, ya encaja dentro de la causal de adulterio. Sin embargo, dentro del Derecho Probatorio, si hay relevancia sobre las veces que se haya cometido, puesto que de esta forma, será más factible comprobar el adulterio dentro de un proceso de divorcio por esta causal.

El cuarto punto a analizar, es sobre el consentimiento del acto.

⁶⁸ Diccionario R.A.E. 22 edición.

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=adulterio

Para que una relación sexual extraconyugal sea considerada como adulterio, es necesario que exista la libre voluntad del cónyuge culpable, al momento de cometerlo. Si no existiere tal voluntad, no es adulterio, sino un delito penado, como es la violación. Bajo otra perspectiva, también es necesario que el cónyuge afectado, no consienta en la relación sexual que se va a suscitar entre su cónyuge y una tercera persona, ya que en este caso, no se estaría frente a un caso de adulterio, puesto que el consentimiento del cónyuge elimina una de las particularidades esenciales del adulterio, y por lo tanto no se configura. Por ejemplo, el caso de una trabajadora sexual casada en el que, el esposo consiente, que su cónyuge realice dicho trabajo. Es lógico pensar, que en este caso, la esposa va a tener prácticas sexuales constantemente, pero no se considera como una afectación a la vida matrimonial, puesto que el esposo consiente en la realización de las prácticas sexuales y no las interpreta como infidelidades. Diferente fuera este caso, si la trabajadora sexual, mantiene una relación extramarital por placer, y no con el fin de lucro que caracteriza a la profesión; en este ejemplo, el esposo se siente afectado y con temor de perder el aprecio de su cónyuge, y la estabilidad de la vida matrimonial; por lo tanto si existe adulterio.

CAPÍTULO III

EL PROCESO Y LA PRUEBA DEL DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO.

3.1.- El Proceso verbal sumario como proceso natural del divorcio contencioso.

El divorcio, debe ser declarado mediante sentencia por parte de la autoridad judicial competente. Debe cumplir con requisitos tanto de fondo, como de forma; previamente determinados por la ley. No es un acto de voluntad de las partes; por lo tanto, es lógico pensar que se debe desarrollar como un proceso judicial. El Código Civil en su artículo 118, se encarga de determinar, que proceso es el adecuado para encausar el divorcio contencioso, y dice: *Toda demanda de divorcio de un cónyuge contra el otro se tramitará en juicio verbal sumario.*⁶⁹

El proceso verbal sumario, surgió con la necesidad de resolver asuntos sobre liquidaciones, interés, daños y perjuicios, etc. Este proceso es más rápido que un juicio ordinario; es un juicio declarativo, donde se discute una sola pretensión, y los plazos se acortan con la finalidad de ser eficaz, acertado y atendiendo al principio de celeridad del proceso.

El artículo 828 del Código de Procedimiento Civil, establece que: *Están sujetas al trámite que esta Sección establece las demandas que, por disposición de la ley o por convenio de las partes; deban sustanciarse verbal y sumariamente...*⁷⁰ Las demandas de divorcio, por la causal de adulterio, deben ser tramitadas verbal y sumariamente. Esto es, con la finalidad de que no sea un proceso complicado y largo, puesto que dentro de este proceso, no solo se discute sobre la terminación del vínculo matrimonial, sino también, sobre temas como el cuidado de los hijos y la sociedad conyugal. Mal haría el legislador, en

⁶⁹ Código Civil R.O. N° 46: 24-jun-2005.

⁷⁰ Código de Procedimiento Civil R. O. N° 58: 12-jul-2005.

determinar un proceso ordinario para tramitar esta causa, en el que se complique la disolución del vínculo matrimonial y afectando aún más, la relación entre los cónyuges y sus hijos.

El proceso verbal sumario, se desarrolla bajo los mismos principios que el resto de procesos, con pocas, pero sustanciales variaciones que lo hacen más eficiente.

El Código de Procedimiento Civil, establece que una vez que la demanda ha sido presentada, el juez calificará si se está dándole el trámite correcto, y posteriormente, se hará llegar una copia de la misma al demandado. Practicada la citación con la demanda, el juez debe establecer una fecha, para que se lleve a cabo la audiencia de conciliación; la ley establece que el término máximo es hasta 8 días después, de la fecha en que se convocó. La audiencia no puede ser diferida, salvo pacto en contrario de las partes. En este proceso, la contestación a la demanda, se la realiza en la misma audiencia. No se admite la reconvencción, ni la reforma de la demanda. Dentro de la misma audiencia de conciliación, en caso de no llegar a ningún acuerdo, el juez está en la obligación de abrir el período de prueba, por un término máximo de seis días; concluido el mismo, el juez emitirá sentencia durante los cinco días posteriores.

Para que este proceso, se desarrolle de una forma rápida y sin interrupciones, el legislador introdujo la siguiente norma jurídica, artículo 844 del Código De Procedimiento Civil: *Ningún incidente que se suscitare en este juicio, sea cual fuere su naturaleza, podrá suspender el trámite. Todo incidente será resuelto al tiempo de dictar sentencia.*⁷¹

Los términos establecidos para este proceso, son menores a los establecidos en los procesos ejecutivos y ordinarios. Además, se debe tomar en cuenta, la disposición legal anterior, la cual ayuda a que no se detenga el proceso, por circunstancias ajenas al mismo, o por la intervención maliciosa de las partes.

⁷¹ Código de Procedimiento Civil R. O. N° 58: 12-jul-2005.

A pesar de que el legislador se esforzó por lograr, que este sea un proceso rápido que solucione controversias; dentro del sistema judicial ecuatoriano, no se logra este fin. La cantidad de procesos acumulados, la falta de personal y la falta de preparación de los funcionarios judiciales; hace que no se cumplan los términos determinados por la ley; y por lo tanto, el efecto, es lentitud del proceso dentro del sistema.

3.2.- Elementos de la causal de adulterio.

Para lograr determinar los elementos, que dan lugar a la causal del adulterio, es necesario definir el concepto del mismo. En el capítulo anterior, se evidenció cómo el adulterio, ya no debe ser considerado como se lo viene haciendo, y que es necesario tomar en cuenta, nuevos elementos que surgen dentro de esta institución, atendiendo las necesidades de la sociedad contemporánea.

El término adulterio, se refiere a tipos de actos de infidelidad, como las relaciones o prácticas sexuales, que uno de los cónyuges, mantiene con una tercera persona de igual o diferente sexo; por una o varias ocasiones, y sin el consentimiento del cónyuge afectado.

Por lo tanto, para que se considere adulterio, se necesita que se cumplan todas y cada una de las siguientes características.

- 1.- Acto de infidelidad.
- 2.- Cometido por uno de los cónyuges.
- 3.- Con una tercera persona que no sea su cónyuge.
- 4.- Falta de asentimiento del otro cónyuge.

En caso de que uno de estos cuatro requisitos, no se encuentre dentro de un caso particular, no se configurara la causal de adulterio; por ejemplo: si uno de los cónyuges frecuenta a otra persona, pero dentro de esa relación, no se

suscitan actos de infidelidad, y solo se presenta como mera amistad; no se configura la causal.

También es necesario, que exista un matrimonio legal. Que haya cumplido con todos los requisitos de fondo y de forma para su validez, ya que si no existiere matrimonio válido, mal se podría decir que existe adulterio. En este caso, las personas que tuvieron la intención de contraer matrimonio, pero por falta de requisitos no se considera como tal, no están en la obligación legal de guardarse fidelidad, ya que el matrimonio es inexistente. No hay ningún acto jurídico, que produzca efectos jurídicos, como derechos u obligaciones.

Si es que un caso en particular, cumple con todos estos requisitos, el cónyuge agraviado está en capacidad legal para interponer una acción verbal sumaria, contra su cónyuge y solicitar el divorcio por la causal de adulterio a un juez de lo civil.

3.3.- La prueba en el proceso de divorcio por la causal de adulterio.

El Código Civil establece, que dentro de un juicio de divorcio contencioso, es necesario que se *abra la causa a prueba, no obstante el allanamiento de la parte demandada.*⁷²

El adulterio en el proceso verbal sumario, es necesario que sea comprobado. Al ser un hecho jurídico, es susceptible de ser probado con todas los medios que la ley manda. La legislación ecuatoriana, en cuanto a pruebas admisibles dentro de un proceso judicial, dice que: *Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así*

⁷² Código Civil R.O. N° 46: 24-jun-2005.

*como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica.*⁷³

Por lo tanto, podemos utilizar cualquiera de estos medios probatorios, con la finalidad de comprobar las presunciones, que se están ventilando en un proceso judicial determinado. En el caso que nos ocupa, es el cónyuge actor, quien debe probar los hechos, que propone afirmativamente dentro del proceso por divorcio, como lo manda el artículo 113 del Código De Procedimiento Civil.

Si bien es cierto, la comprobación de un acto de adulterio de uno de los cónyuges entraña gran dificultad; no se puede decir que es imposible probarlo. Los medios de prueba con los que se cuenta, deben ser utilizados de forma pertinente y oportuna, para determinar la responsabilidad del cónyuge demandado.

Es necesario encontrar la fórmula adecuada, para que la práctica de la prueba en el proceso de divorcio por adulterio, no sea difícil de conseguirla. Se puede llegar a esta fórmula, combinando pruebas concurrentes, que demuestren irrefutablemente el cometimiento del hecho; inclusive, con nuevos métodos de valoración de la prueba, atendiendo el nuevo concepto de adulterio que se ha propuesto.

En la jurisprudencia encontrada sobre este tema, repetitivamente se dice que, por la intimidad en la cual se perpetra el acto, se hace difícil la comprobación del mismo; que para hacerlo, el juez debe tomar en cuenta los hechos concretos que lleven a la conclusión incuestionable de que se ha cometido adulterio. Las partes deben aportar al proceso pruebas: concluyentes, inobjetables, precisas y concordantes; que lleven al juzgador a formar una certeza sobre la existencia del acto.

⁷³ Código de Procedimiento Civil R. O. N° 58: 12-jul-2005.

La cuestión se resume, a cuáles medios probatorios reúnen los requisitos antes mencionados. Pues bien, no se trata de analizar por separado a cada uno de estos, sino que la combinación de los mismos, en relación a las circunstancias de los hechos, brindan a la parte afectada la oportunidad de probar el adulterio. Por ejemplo, la utilización de una sentencia de impugnación de paternidad, junto a la partida de nacimiento del menor, producto de la relación adúltera, y testimonios de personas que afirmen que, la parte demandada mantenía relaciones sexuales extraconyugales; se convierte en una fórmula segura para demostrar el adulterio.

La confesión judicial simple que realiza la parte demandada, es una prueba irrefutable de aceptación de cometimiento de adulterio. Obviamente en este caso, no se necesitará el apoyo de otros medios probatorios, puesto que la persona a la cual se le está demandando por adulterio lo ha aceptado.

No obstante lo mencionado, no hay duda que la comprobación del acto sexual como tal, constituye prueba irrefutable de adulterio, pero como ya se mencionó, la dificultad que esto acarrea, por su naturaleza, es mucho mayor.

Los siguientes subcapítulos, estarán inclinados hacia un análisis de la prueba con relación a la comprobación del adulterio.

3.3.1.- Principios de la prueba.

La prueba dentro de un proceso judicial, juega un rol importante para el esclarecimiento de los hechos. Se presenta, como la herramienta que la ley otorga a las partes litigantes, para que demuestren la realidad de los hechos que se encuentra en controversia. *“La prueba es el sistema de que disponen las personas para demostrar la existencia, la verdad y las características de los hechos y actos jurídicos que deben tomar en cuenta los jueces y los tribunales, para resolver una controversia sometida a su conocimiento. Según la célebre frase de Ihering: la prueba es la razón de ser de los derechos, porque ellos*

*nacen a la vida procesal, solamente cuando son demostrados.*⁷⁴ La prueba debe ser presentada ante la autoridad judicial competente, para que se realice la apreciación de la misma, y se determine que relación existe con los hechos; con la finalidad, de llegar a un resultado, (sentencia). Con la prueba, los derechos se vuelven aplicables.

*“La prueba, según Domat, es todo aquello que persuade al espíritu de la existencia de una verdad. Más precisamente, es el elemento de convicción, gracias al cual se establece la justa existencia de algo.”*⁷⁵ Sin embargo, esta definición no resulta del todo acertada, puesto que habrá casos en los que la prueba no conduzca a la verdad, se habla de una verdad absoluta, la misma que es inexistente; sería más bien, una verdad sobre el punto de vista de una persona con relación a un hecho.

La legislación civil, brinda los medios de prueba necesarios para demostrar el punto de vista de cada parte procesal. Al mismo tiempo, encamina las pruebas bajo ciertos principios, que después de la valoración realizada por el juez, hacen de las mismas, convicciones con suficiente valor legal, para emitir resoluciones sobre las controversias que se presentan. *Se exponen como reglas técnicas, principios generales o informativos del derecho probatorio, de obligatorio cumplimiento por el juez y por las partes, por ser normas de orden público, se precisan los siguientes:*⁷⁶

(Principio de unidad de la prueba).

Este principio, se refiere al conjunto de pruebas que legalmente han sido incorporadas dentro del proceso, de tal forma que formen una unidad. Es así, como el juez las debe analizar, de acuerdo a las reglas de la sana crítica o como determine la ley, según el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil,

⁷⁴ Coello, E. (1997). *Sistema Procesal Civil*. Loja: Pilar Camposano. Pag.257.

⁷⁵ Coello, E. (1997). *Sistema Procesal Civil*. Loja: Pilar Camposano. Pag.257.

⁷⁶ Cañón, P. (2009). *Práctica de la Prueba Judicial*. Bogotá: Ecoe Ediciones. Pág. 75

“La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.”⁷⁷

Las pruebas no deben ser analizadas por separado, sino en conjunto; intentando cotejar las similitudes y contradicciones de cada una, ya sean estas pruebas materiales, testimoniales o documentales. De tal forma, se asegura una mejor apreciación de todas las situaciones que dieron cabida, a que se suscite el conflicto, y por ende impartir justicia eficaz y eficientemente. Por ejemplo, en el caso del divorcio por adulterio, se deben analizar todas las pruebas que hayan presentado las partes. Si la parte actora, presenta un testimonio de un vecino, el cual afirma que en varias ocasiones, la parte demandada recibió visitas en su domicilio de una tercera persona, ajena al matrimonio; no puede ser analizada aisladamente de otro testimonio contradictorio, que presente la parte demandada sobre la misma situación; en este caso, el juez por medio de las preguntas que realiza a los testigos, debe encontrar que testimonio se acerca más a los hechos, mediante la confrontación de los dos testimonios y si hubiere, del resto de pruebas, analizándolas en su totalidad y en conjunto.

(Principio de necesidad).

Este principio, hace referencia a los hechos que necesitan ser probados dentro del juicio, con la finalidad de que el juez tenga un conocimiento formal de todos los acontecimientos, que dieron lugar a la controversia; dicho en otras palabras, es necesario que las pruebas sean pertinentes, que se refieran a los hechos controvertidos. *La pertinencia de la prueba, es decir, que los medios empleados se concreten exclusivamente al asunto que se litiga y a los hechos sometidos a juicio o que tengan relación directa con la controversia, es de lógica elemental y buen juicio.*⁷⁸

⁷⁷ Código de Procedimiento Civil R. O. N° 58: 12-jul-2005.

⁷⁸ Coello, E. (1997). *Sistema Procesal Civil*. Loja: Pilar Camposano. Pag.267.

En el Código de Procedimiento Civil, el artículo 116 recoge dicho principio: *Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio.*⁷⁹. De esta forma, el legislador se encargó de excluir a todo tipo de prueba, que practicada dentro del juicio, sea ajena a los asuntos que se están litigando, y abre paso, para que la prueba pertinente sea sometida a criterio del juez.

En el caso del divorcio por adulterio, lo pertinente a probar es la causal en sí misma; se debe comprobar el adulterio y no los hechos que impulsaron al cónyuge culpable a cometerlo, o bajo qué condiciones; simplemente, si el adulterio tuvo o no lugar. Como es un proceso verbal sumario, se requiere una sola pretensión en controversia, el adulterio. De esta forma se intenta conseguir que sea un proceso rápido y sin dilataciones.

(Principio de legalidad).

El proceso civil, se encuentra regido bajo ciertas formalidades, por lo tanto, la prueba corre con la misma suerte. Las pruebas, no pueden ser inducidas en el proceso al simple arbitrio de las partes, sino que se vuelve un requisito indispensable, el que sean legalmente practicadas; esto es, debidamente solicitada ante el juez del proceso, y con las formalidades que la ley prescribe para cada tipo de prueba. Por citar un ejemplo, la certificación que emite el Registro Civil, sobre el acta de inscripción de nacimiento, debe tener la autorización del Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación. En este caso, tal documento se convierte en un instrumento público; a falta de la autorización, es un documento que no reúne los requisitos para ser una prueba, y por lo tanto sin ningún valor jurídico dentro del proceso. *El artículo 117 del Código Adjetivo Civil, dice que: Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio.*⁸⁰

⁷⁹ Código de Procedimiento Civil R. O. N° 58: 12-jul-2005

⁸⁰ Código de Procedimiento Civil R. O. N° 58: 12-jul-2005

De la misma forma, este principio guarda estrecha relación con el principio del debido proceso, ya que es necesario que las pruebas recaudadas, y que van a ser introducidas en el proceso, no vulneren ningún tipo de derechos constitucionales, tanto de las partes procesales, como de terceras personas. El marco constitucional, hace especial hincapié al respeto del principio de legalidad, ya que en caso de no cumplimiento de este principio, se estaría violando derechos constitucionales.

(Principio de contradicción).

Principio natural de un proceso contencioso, no cabe este principio en un proceso por mutuo consentimiento, en el cual no existe contraposición de voluntades. Este principio, responde al derecho de las partes, para poder controvertir las pruebas que la otra parte ha presentando en su contra. Guarda una estrecha relación con el principio de publicidad, ya que de esta forma, la contraparte, mediante la notificación con la providencia de la práctica de la prueba, se encuentra en la capacidad para poder intervenir en la solicitud, presentación y práctica de la misma. La finalidad del principio, radica en el derecho que tiene la contraparte, para tener suficiente conocimiento sobre la prueba y poder establecer su estrategia de defensa, para contraponerse a la misma, disputarla, controlarla e impugnarla en caso que lo amerite. También, atiende al llamado derecho a la defensa.

(Principio de inmediación).

La inmediación de la prueba determina la relación que debe existir entre el juez y la prueba; que sea el juez quien de manera personal y directa, sin intermediario alguno y como director del proceso, practique o recaude los medios de prueba.⁸¹

⁸¹ Cañón, P. (2009). *Práctica de la Prueba Judicial*. Bogotá: Ecoe. Ediciones. Pág. 80.

Este principio, busca que sea el juez quien tenga una relación directa con el conocimiento y práctica de las pruebas; puesto que por medio de estas, se forma la convicción sobre la certeza de los hechos, y puede emitir la decisión o fallo, sobre la controversia en cuestión.

*“Para que la voz de las pruebas lleguen sin alterar el ánimo del juez, se requiere que ellas se presenten, en cuanto sea posible, de manera inmediata ante dicho juez, a fin de que este pueda examinarlas, en forma inmediata y no a través de la penumbra de las imprecisiones de otras personas o de las equivocadas expresiones de otras”.*⁸² De esta forma, se busca mayor eficiencia y eficacia al momento de impartir justicia.

Sin embargo, en el proceso civil ecuatoriano, no se puede hablar de una verdadera inmediación de la prueba. El juez civil, no tiene ninguna relación directa ni con las partes, ni con las pruebas que se presentan. Al ser un sistema estrictamente escrito, las pruebas que solicitan las partes, para que sean practicadas, no tienen ningún vínculo directo con el juez, sino con el secretario de la respectiva judicatura, o aún un vínculo más lejano, con el amanuense de la misma. El juez, solo tendrá conocimiento de las pruebas practicadas, en casos específicos, en los cuales el juez si puede tener una participación en la práctica de la misma; pero por la sobrecarga procesal, no será en todos los procesos. Será al momento de dictar la sentencia, cuando el juez tenga una relación directa con las pruebas practicadas en el juicio, porque necesariamente se remitirá a todas ellas, para poder emitir sentencia. Lo que se traduce en una mala actuación judicial, ya que el juez, no tiene la suficiente información sobre el actuar de las partes, o de la forma de practicar las pruebas, como para dictar sentencia.

(Principio de apreciación razonada).

⁸² Cañón, P. (2009). *Práctica de la Prueba Judicial*. Bogotá: Ecoe Ediciones. Pág. 80.

Principio que tiene relación directa con el juez, pues atiende a la valoración que él debe hacer, a las pruebas presentadas por las partes en el proceso. Pero esta apreciación razonada, no se refiere al libre albedrío del juez, ya que si fuere así, la justicia estaría a merced de arbitrariedades; es necesario que este atienda a lo determinado en la ley. Si la ley, se refiere a un método específico de valoración de las pruebas, el juez tendrá que aplicar ese método y deberá enmarcarse dentro de los parámetros permitidos, lo que es conocido como prueba tasada. Si la ley, no determina ningún tipo de valoración de la prueba, el juez deberá aplicar las reglas de la sana crítica. En este punto se aplica la apreciación razonada, el juez debe aplicar parámetros lógicos para que razonadamente, se interpreten las pruebas y se esclarezcan los hechos. Las leyes de la sana crítica, no se refieren al sentido de justicia que la autoridad judicial pueda tener, o a la buena fe del mismo, sino a operaciones lógicas realizadas mediante deducciones, argumentaciones, conjunciones y disyunciones de las pruebas; que encaminan la decisión del juez hacia un resultado motivado y argumentado técnicamente.

El principio de apreciación razonada, tiene un vínculo con cada uno de los anteriores principios. Con el principio de inmediación por la relación directa de práctica y recaudación de pruebas, para una mejor apreciación de las mismas. Con el de contradicción, ya que para evaluar los argumentos, es necesario que el juez considere las pruebas presentadas por las dos partes, y el contraste entre las mismas. Con el principio de legalidad, puesto que es necesario que el juez verifique si las pruebas cumplen con requisitos para ser consideradas legales, caso contrario no pueden formar parte de la unidad de prueba, dentro del proceso. Con el principio de necesidad, porque no cabe incorporar pruebas sobre hechos que no necesitan ser probados, o que se presumen; sino que deben importar al caso específico. Con el principio de unidad de la prueba, tiene aún un vínculo más estrecho, si se entiende que todas las pruebas del proceso forman un conjunto, el juez está obligado a analizarlas una por una, y a su vez contraponerlas para determinar el resultado al que se puede llegar con el acervo de pruebas.

En el proceso de divorcio por adulterio, este es el principio fundamental para poder demostrar la causal; ya que no sólo es necesario, que la parte actora del juicio produzca y presente las pruebas del hecho del adulterio, sino que, el juez realizando análisis lógicos, haga la correcta interpretación de las mismas. Por eso, es necesario que los métodos de valoración de la prueba del adulterio, sean tratados con especial meticulosidad, por la dificultad e importancia que caracteriza a esta institución.

Por ejemplo, en la sentencia que será de posterior análisis, se evidenciará como el juez realiza una especial valoración de la prueba, y utiliza tanto los testimonios, como la prueba documental, para formar su convicción y emitir sentencia.

Dentro del Código Adjetivo Civil, también se encuentra recogido el espíritu de este principio. Artículo 115.- *La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas.*⁸³

3.3.2. Métodos de valoración de la prueba.

*El tratadista, Paul Paredes indica que: La apreciación o valoración es acto del juez consistente en medir la eficacia probatoria de cada medio de prueba, o de su conjunto, según el precio o valor que le asigna la ley o le otorgue el juez, en relación al grado de convicción que permita generar certeza en el juez de la ocurrencia del hecho a probar.*⁸⁴ Se evidencia en esta cita, la especial función que tiene el juez dentro de la administración de justicia, con la ayuda de varios métodos de valoración de la prueba, que deberá poner en práctica al momento

⁸³ Código de Procedimiento Civil R. O. N° 58: 12-jul-2005.

⁸⁴ <http://www.derechoycambiosocial.com/revista013/la%20prueba.htm> (10/04/11)

de calificar la aptitud y el valor de las mismas, para la correcta impartición de justicia.

David Echeandía, ofrece un concepto con mayor relación a la operación subjetiva de la autoridad judicial. *Por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido.*⁸⁵

En materia judicial, la prueba es el exponente necesario, para que el proceso se desarrolle de forma correcta y se pueda llegar a la solución de conflictos. Es imposible que esto se desarrolle correctamente, si el juez no se encuentra asistido de la prueba, ya que mediante la valoración de la misma, este podrá administrar justicia de la forma más acertada. De la misma manera, los métodos de valoración de la prueba dentro de un sistema jurídico, deben responder a las necesidades que presenta el proceso al momento de analizar las pruebas; para que de la forma más apropiada, se llegue a descubrir la verdad sobre los hechos que dieron lugar al conflicto, y así otorgar derechos e imponer obligaciones. *La valoración parte de la existencia de hechos o circunstancias que han sido objeto de prueba en el proceso y determinan la convicción del juez, tal como este lo expresa en la motivación de su sentencia.*

86

Ahora bien, surge una interrogante sobre: ¿En qué momento el juez debe apreciar, o valorar la prueba? En un principio, se pensaría que conforme las pruebas se van incorporando al proceso estas deben ser valoradas, pero si se realiza de esta forma, la apreciación que hace el juez, se va en contra del principio de unidad de la prueba; ya que dentro de un proceso, las pruebas no se van a practicar o recaudar al mismo tiempo, y se torna imposible atender a dicho principio. Además, se corre el riesgo de eliminar una prueba, que al momento de incorporarla parezca impertinente o sin sentido, pero con el

⁸⁵ <http://www.derechoycambiosocial.com/revista013/la%20prueba.htm> (10/04/11)

⁸⁶ Universidad de los Andes, (2001). *Revista de la Facultad de Derecho* N° 56. Caracas: UCAB Pág. 364.

transcurso del proceso sea de vital importancia para el esclarecimiento de los hechos.

El juez debe realizar la valoración de la prueba en el momento de dar la sentencia, cuando tenga todos los instrumentos o materiales necesarios para realizar las operaciones intelectuales, formar su criterio y finalmente emitir una resolución procurando una justicia expedita.

(Dos Formas de valoración de la prueba).

Dentro de la legislación ecuatoriana, el artículo 115 del Código Adjetivo Civil, distingue dos formas de valoración de la prueba.

1.- La de libre apreciación, con arreglo a las reglas de la sana crítica.

2.- La de prueba tasada o legal.

La diferencia entre estos dos métodos de valoración, radica en el criterio personal del juez sobre el conflicto.

(La sana crítica).

En la libre apreciación de la prueba, el juez utiliza las reglas de la sana crítica, junto a la experiencia judicial que ha recaudado durante su carrera, para determinar el valor que se le debe dar a las pruebas presentadas por las partes, dentro del conflicto que se intenta solucionar y para el esclarecimiento de la verdad. Existe mayor libertad, para que el juez no se remita exclusivamente a lo que manda la ley, sobre la valoración que hace a cada una de las pruebas, sino que se procura un mayor acercamiento del juez, al conflicto y a los hechos que lo produjeron.

Por sana crítica, se debe entender según Couture, *la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual; es lógica, porque las reglas de la sana crítica consisten, en su sentido formal, en una operación lógica; y es experiencia, porque las máximas de experiencia contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba.*⁸⁷

Roland Arazi, establece que: “*Como la ciencia que expone las leyes, modos y formas del razonamiento, es la lógica, sana crítica es el sistema que concede al juez la facultad de apreciar libremente la prueba pero respetando las reglas de la lógica y las máximas de experiencia.*”⁸⁸ Como ya mencioné, la sana crítica no se refiere al libre pensamiento del juez sobre lo que es justo o no, se refiere a ciertos procesos lógicos y proposiciones verdaderas, que tienen su base en determinados axiomas; estos son:

Principio de identidad.- Este principio de la sana crítica, trata sobre el ser, lo que realmente “es”. Se fundamenta, en que un ente es igual a sí mismo; por tanto, tiene que responder a la esencia de ese “ente”. Lo que lo caracteriza y diferencia del resto de entidades. *Máynez, lo explica desde el punto de vista jurídico, diciendo que todo objeto del conocimiento es idéntico a sí mismo, es decir: todas las formas de conducta jurídicamente regulada son idénticas a sí mismas y, diferentes a todas las demás.*⁸⁹ Por ejemplo, el matrimonio se entiende como matrimonio, y se diferencia de la unión de hecho, pues la naturaleza de cada una de estas dos instituciones jurídicas es diferente, con peculiares características que atañen a cada una. El matrimonio entonces, tiene su identidad en su esencia, caracterizada por la definición que realiza el legislador dentro del Código Civil. Este principio se encuentra relacionado estrechamente, con el de *razón suficiente*, mismo que trata sobre inteligibilidad del ser; es decir que el ser tiene su esencia en algo y no puede ser contradicho.

⁸⁷ Universidad de los Andes, (2001). *Revista de la Facultad de Derecho* N° 56. Caracas: UCAB Pág. 364.

⁸⁸ Arazi, R. (1998) *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca. Pág. 145.

⁸⁹ http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/oropeza_t_a/capitulo3.pdf. (10-04-11)

El problema de este principio, recae cuando una entidad no puede ser entendida, o cuando se la entiende de forma equivocada.

Principio del tercero excluido.- Este principio, se fundamenta en que entre dos proposiciones que son contradictorias, no puede haber una proposición tercera o media. La tercera proposición excluida, se refiere a que no puede existir. *El principio jurídico de tercero excluido formúlese así: Cuando dos normas de derechos se contradicen, no pueden ambas carecer de validez. Por tanto, una de ellas tiene que ser válida. En otros términos: sin una de los dos carece de validez, la otra será necesariamente válida.*⁹⁰ En este principio, se habla sobre la necesaria validez de uno y de la carencia de validez del otro, ya que son contradictorios.

Principio de contradicción.- El principio de contradicción, se fundamenta igualmente en el ser. Algo que es, no puede no ser al mismo tiempo; por ejemplo, dentro del campo jurídico, una persona no puede ser de estado civil casada y no serlo a la misma vez, o está casada, divorciada o viuda. Se basa en la certeza que se tiene sobre un resultado, el mismo que se obtiene por haber singularizado tal o cual cosa. Un argumento, no puede ser a la vez verdadero y falso. Si una de las partes, dentro de un juicio ha afirmado que no cometió adulterio, a la vez está afirmando que fue fiel; por tanto es ilógico pensar, según este principio, que él se considere adultero. Para comprender mejor y comprobar la importancia de este principio, voy a proceder a formar una oración, que vaya en contra del mismo principio. “Es de día y de noche al mismo tiempo”, se evidencia la incongruencia en la que se incurrió. Es imposible que esto suceda, sin embargo, se puede deducir que una de las dos afirmaciones es verdadera, ya que no puede haber otro estado, “o es de día, o es de noche”.

⁹⁰ http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/oropeza_ta/capitulo3.pdf (10-04-11)

Cada uno de estos principios, y la relación existente entre los tres, son normas a las que el juez se tiene que apegar al momento de analizar las pruebas. Debe someter las pruebas presentadas por las partes, a las operaciones lógicas que contienen cada uno de los axiomas mencionados, ya que la lógica proposicional, mediante sus fórmulas, induce al juez a esclarecer los hechos que suscitaron el conflicto por medio de la deducción.

La experiencia del juez, juega un rol importante dentro de la sana crítica, y por lo tanto, dentro de los principios que lo regulan. Por eso, el juez debe ser una persona elegida cuidadosamente, y debe tener una preparación judicial de muy buen nivel, ya que es el llamado a impartir justicia.

Las denominadas máximas de experiencia, *Son el conjunto de conocimiento que el juez ha obtenido culturalmente con el uso, la práctica o sólo con el vivir. Esos conocimientos son utilizados para apreciar la prueba... forman parte del caudal cultural del juez y no es necesario alegarlas ni probarlas.*⁹¹ El juez, se encuentra en la posibilidad de recurrir a su conocimiento sobre vivencias, de poner en práctica su habilidad como juzgador, y su pericia para resolver conflictos. Por ejemplo, en el caso que está siendo tratado; si el actor de un proceso de divorcio, ha probado que estuvo en el extranjero durante cinco años, y que la parte demandada se quedó sola en la casa, aplicando las máximas de experiencia, el juez puede concluir que existe mayor probabilidad de que se produzca adulterio. Es una cuestión de carácter subjetivo del juez, un juez que tenga mayor experiencia dentro del ámbito familiar, será más probo para solucionar este conflicto. Es necesario aclarar que esta experiencia, no se refiere al conocimiento fortuito, que el juez pueda tener dentro del caso que está resolviendo, sobre los hechos puntuales, sino a la experiencia que tiene con anterioridad a los mismos. Si hubiese tenido esos conocimientos fortuitos, el juez debe excusarse de conocer la causa y en todo caso, servir como testigo dentro del juicio en otra judicatura.

⁹¹ Arazi, R. (1998) *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca. Pág. 71.

(Declaración de testigo).

La declaración de un testigo, sirve como importante ejemplo dentro del marco de la sana crítica.

Es impensable tacharla como prueba tasada, porque si se lo hiciera, el legislador estaría limitando y complicando de manera nefasta la labor del juez, y en ese caso sería preferible buscar un método automatizado de evaluar la prueba conforme a lo dispuesto en la ley, y no necesitaríamos de jueces. Es por eso, que se embiste de este poder al juez, para que aprecie la declaración de un testigo, y determine el valor probatorio de la misma dentro del proceso.

(La prueba tasada o legal).

Este tipo de prueba, es más estricta en cuanto a la forma de decidir del juez, pues es el legislador, quien previamente determina mediante norma positiva, la valoración que el juez está obligado a dar a ciertos tipos de pruebas. En este caso, no importa si el juzgador llegó o no, a formar su convicción con la prueba que han presentado, él está obligado a darle el valor probatorio que la ley determina y fallar conforme a lo probado tácitamente.

Esta forma de valoración de la prueba, es muy antigua y con el transcurso del tiempo se ha ido intentando eliminar de los ordenamientos jurídicos. La problemática que se le atribuye a esta forma de valoración, es que el legislador no puede incorporar dentro del ordenamiento jurídico, todos los casos concretos referentes a la forma de valorar la prueba. Sería imposible por la diversidad de conflictos que se pueden presentar dentro de una sociedad, y más aún dentro de sociedades tan desarrolladas como las actuales.

Algunos casos de prueba legal o tasada, dentro de la legislación ecuatoriana:

(Confesión judicial.)

La confesión judicial dentro del proceso civil en el Ecuador, es una prueba tasada, ya que en el Código Adjetivo Civil, el legislador estableció previamente, que para que la misma tenga un alto valor probatorio, debe contener la contestación pura y llana del hecho o hechos preguntados, caso contrario el juez deberá apreciar la confesión con arreglo a los principios de la sana crítica. Tales disposiciones, se encuentran en el Código de Procedimiento Civil: Artículo 123: *Para que la confesión constituya prueba es necesario que sea rendida ante el juez competente, que se haga de una manera explícita y que contenga la contestación pura y llana del hecho o hechos preguntados.*⁹² Se evidencia, como el legislador impone el valor que se le debe dar a la confesión, en caso de que se cumpla el requisito que previamente se determinó; obviamente en la confesión judicial, si se aceptan todos los hechos, el juez aunque no existiere norma que lo mande, dará un mayor valor probatorio a tal confesión, pero ese no es el caso, ya que si existe tal norma.

Artículo 124: *Si la confesión no tuviere alguna de las calidades enunciadas en el artículo anterior, será apreciada por el juez en el grado de veracidad que este le conceda, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.*⁹³ Aquí la situación se invierte, y el legislador le otorga al juez una herramienta más para determinar el valor de la confesión.

(Instrumento público y privado.)

De igual forma, el instrumento público dentro de la legislación ecuatoriana, tiene

aún más específicamente determinado el valor probatorio, que previamente el legislador le concedió.

Artículo 1717: El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las

⁹² Código de Procedimiento Civil, R.O. N°58: 12-jul-2005.

⁹³ . Código de Procedimiento Civil R. O. N° 58: 12-jul-2005.

*declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hacen plena fe sino contra los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular.*⁹⁴

El instrumento privado, corre con la misma suerte del instrumento público, dentro de la norma sustantiva civil, el legislador estableció el valor probatorio del mismo, y cito: Artículo 1719: *El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tienen valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos.*⁹⁵ En la norma adjetiva, también se hace referencia al valor de la prueba de este instrumento, *El instrumento privado en que una persona se obliga a dar, hacer, o no hacer alguna cosa, o en que confiesa haberla recibido o estar satisfecha de alguna obligación, hace tanta fe como un instrumento público en los casos siguientes...*⁹⁶ En determinados casos, el legislador obliga a la autoridad judicial a dar el valor de instrumento público al instrumento privado, de esta forma se configura la prueba tasada o legal.

En el Código Civil, dentro del libro IV, en el Título XXI, que trata sobre la prueba de las obligaciones, se pueden encontrar normas de pruebas legales o tasadas. Por citar varios ejemplos: sobre los asientos, registros y papeles domésticos, notas firmadas por los acreedores, contraescrituras, admisibilidad de testigo frente a la obligación que debió consignarse por escrito, etc.

⁹⁴ Código Civil R.O. N° 46: 24-jun-2005.

⁹⁵ Código Civil R.O. N° 46: 24-jun-2005.

⁹⁶ Código de Procedimiento Civil R. O. N° 58: 12-jul-2005.

3.3.3.- Tipos de prueba.

Dentro del campo jurídico, el término prueba, sirve para designar los medios con los cuales cuentan las partes, otorgadas por ley, para justificar las pretensiones que han realizado dentro de un proceso. La legislación ecuatoriana, determina varios tipos, o clases de pruebas para facilitar a las partes esta labor.

Primero, es necesario diferenciar los términos “fuente de prueba”, con el de “medio de prueba”. No se puede confundir estos dos términos, peor aún utilizarlos como sinónimos dentro del Derecho Probatorio. Se puede identificar a la fuente de prueba, como la materia prima para que surja la prueba como tal, o el denominado medio de prueba. Cada uno de ellos, es regulado por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Mientras que el Código Civil regula la fuente de prueba como en el caso del testigo, en razón de su capacidad legal para declarar; el Código de Procedimiento Civil, regula la declaración que él ha realizado, en razón de las formalidades necesarias para su legalidad. El testigo es la fuente y la declaración que él realiza, es el medio.

A fin de que la distinción entre medio y fuente tenga utilidad práctica, reservaremos el primer término a la actividad del juez, de las partes o de terceros, desarrollada dentro del proceso, para traer fuentes de prueba; esa actividad se realiza de la manera indicada en cada ordenamiento procesal. En cuanto a las fuentes de prueba, ellas son las personas o las cosas cuyas existencias son anteriores al proceso e independientes de él.⁹⁷

Aclarada la diferenciación entre ambos términos, corresponde determinar, cuáles son los medios de prueba que la legislación ecuatoriana otorga a las partes procesales.

⁹⁷ Arazí, R. (1998) *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca. Pág. 124

Dentro de la legislación ecuatoriana, hay varias normas que ordenan los medios de pruebas aceptados en el ordenamiento jurídico. Primeramente, en el Código Civil, el artículo 1715 reza de la siguiente forma: *Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta. Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, inspección judicial del juez y dictamen de peritos o de intérpretes.*⁹⁸ Este cuerpo jurídico, no hace una distinción sistematizada de los medios de prueba jurídicamente aceptados, simplemente se limita a ordenarlos, y en los artículos posteriores desarrolla reglas con relación a los mismos.

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, como cuerpo jurídico pertinente al tema que se está tratando, desarrolla de mejor forma cada uno de los medios de prueba presentados por el Código Civil, y de la misma manera presenta una gama, mucho más amplia de los mismos; artículo 121: *Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes.*

Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.

⁹⁸ Código Civil R.O. N° 46: 24-jun-2005.

*Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema.*⁹⁹

Con el fin de lograr una mejor comprensión, de los diferentes medios de prueba contenidos en el ordenamiento procesal ecuatoriano, realizaré una clasificación aceptada doctrinariamente.

3.3.3.1.- La prueba testimonial.

La prueba testimonial, se basa en la declaración que cualquier persona, que no sea parte procesal, pueda rendir sobre los hechos que ocasionaron el conflicto.

*Se denomina prueba de testigos a aquella que es suministrada mediante las declaraciones emitidas por personas físicas, distintas de las partes y del órgano judicial, acerca de sus percepciones o realizaciones de hechos pasados o de lo que han visto u oído sobre éstos.*¹⁰⁰

La utilización de este medio de prueba tiene como finalidad, que las personas que saben cómo se suscitaron los hechos, informen al juez detalladamente, según las preguntas que se le realizan sobre los mismos, para que él tenga una visión más amplia del proceso. Pero, el testimonio debe ser de un especial análisis al momento de calificar al testigo y el valor de la declaración; ya que la fuente de la prueba, puede tener algún tipo de interés dentro de la decisión del proceso. Por ejemplo, en un proceso de divorcio por adulterio, el actor puede presentar como testigo a uno de los padres o hermanos de él, lógicamente tienen un lazo más estrecho con el actor que con la demandada, en este caso si el testigo declara en contra de la demandada, esta declaración no será de mayor fuerza probatoria, en un punto llega a ser un testigo no probo, y se tachará al mismo por no idóneo; pero si presenta como testigos a familiares de

⁹⁹ Código de Procedimiento Civil R.O. N°58: 12-jul-2005.

¹⁰⁰ Arazi, R. (1998) *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca. Pág. 321

la demandada, y ellos declaran en contra de ella, el valor probatorio de aquella declaración será mayor.

El objeto de esta prueba, es la declaración sobre todos los hechos de los cuales el testigo tiene conocimiento. No se limita sólo a los hechos que presencié, sino también, a todos aquellos que llegó a conocer por cualquier medio, incluyendo los que fueron narrados, conocidos accidentalmente o percibidos por cualquiera de sus sentidos, atendiendo a ciertas restricciones establecidas por ley.

Para que el testimonio se configure como una prueba certera, es necesario que cumpla con ciertos requisitos que la ley procesal determina.

- La edad de un testigo es clave para la valoración del testimonio. Una persona mayor de edad, se encuentra en plena capacidad para presentar un testimonio. Una persona menor de edad, siempre y cuando supere los catorce años, se puede entender que tiene capacidad, pero el valor de ese testimonio queda a criterio del juez, según mandato legal.
- El conocimiento que un testigo pueda tener de los hechos materia del conflicto, no necesariamente tiene que ser sobre la totalidad de los mismos, debiendo narrar solamente los hechos que él presencié, o que tuvo conocimiento por alguna razón. Este conocimiento debe ser adquirido sin ningún tipo de impedimento; por ejemplo, el de una persona no vidente, o sorda. El sordomudo si puede ser testigo, siempre y cuando sea una persona que sabe leer y escribir, limitando su testimonio solamente a lo que vio.
- La probidad de un testigo está limitada por mandato legal; artículo 213.-
Por falta de probidad no son testigos idóneos:

1. *Los de mala conducta notoria o abandonados a los vicios;*
2. *Los enjuiciados penalmente por infracción que merezca pena privativa de libertad, desde que se dicte el auto de llamamiento a juicio en un proceso que tenga por objeto un delito sancionado con pena de reclusión, hasta la sentencia absolutoria, o hasta que hayan cumplido la condena;*
3. *Los condenados por falsedad, robo, perjurio, soborno, cohecho, y el que ejerce la profesión de abogado sin título, mientras se hallen cumpliendo la condena;*
4. *Los deudores fraudulentos; y,*
5. *Los que, por aparecer frecuentemente dando testimonios en otros juicios, infundan la sospecha de ser personas que se prestan para rendir declaraciones falsas.¹⁰¹*

La probidad, en todo caso está sujeta al criterio del juez, debiendo ser él quien determine hasta que punto un testimonio es verdadero o se presume falso.

- La imparcialidad dentro del proceso civil, también es un punto que el juez deberá tomar en cuenta para, valorar el testimonio de una persona. La idoneidad de un testigo, está determinada por el artículo 216 del código de Procedimiento Civil: *Por falta de imparcialidad no son testigos idóneos:*

1. *Los ascendientes por sus descendientes, ni éstos por aquéllos;*
2. *Los parientes por sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;*
3. *Los compadres entre sí, los padrinos por el ahijado o viceversa;*

¹⁰¹ Código de Procedimiento Civil R.O. N°58: 12-jul-2005.

4. *Los cónyuges o convivientes en unión de hecho entre sí;*
5. *El interesado en la causa o en otra semejante;*
6. *El dependiente por la persona de quien dependa o le alimente;*
7. *El enemigo o el amigo íntimo de cualquiera de las partes;*
8. *El abogado por el cliente, el procurador por el mandante, o viceversa;*
9. *El tutor o curador por su pupilo, o viceversa;*
- 10.- *El donante por el donatario, ni este por aquél; y,*
6. 11.- *EL socio por su coasociado o por la sociedad.*¹⁰²

El legislador, se ha preocupado por determinar la casuística en relación a los testigos, que puedan tener un interés de por medio dentro del proceso, y de esta forma, da la potestad para que el juez, de ser necesario, tache al testigo y exprese los motivos por los cuales lo ha hecho.

- La idoneidad de un testigo está determinada por todas y cada una de las limitaciones anteriormente señaladas; en caso de que un testigo se encuentre enmarcado dentro de una o varias de ellas, no es idóneo y por lo tanto el juez deberá tachar al testigo.

La eficacia de este medio de prueba, no está definida por los requisitos antes señalados, ya que ellos solo afectan a la fuente de la prueba. El medio de prueba es completamente independiente, aunque posteriormente por su fuente se vuelve ineficaz.

Como ya mencioné, el testimonio, no solo consiste en la declaración de la información que el testigo personalmente adquirió, sobre los hechos; también puede declarar sobre relatos que haya adquirido por medio de otras personas,

¹⁰² Código de Procedimiento Civil R.O. N°58: 12-jul-2005.

o de deducciones realizadas por él mismo. *El testigo puede declarar sobre hechos que no haya percibido directamente, sino que le han sido narrados por otros; la declaración puede también contener juicios lógicos o deducciones del testigo; es posible igualmente interrogarlo sobre el concepto que le merece determinada persona...*¹⁰³ En caso de que este medio de prueba sea aceptado, será el juez quien determine que valor le dará al testimonio. Si dentro de un caso, un testigo rinde una versión de los hechos que no fueron percibidos directamente, sino que le narraron, tendrá menor valor probatorio que un testimonio, sobre hechos percibidos directamente, atendiendo las leyes de la lógica.

La prueba testimonial, es considerada una prueba indirecta; ya que el juez forma su conocimiento en base a las declaraciones que una tercera persona, ajena al proceso, ha realizado sobre determinados hechos.

En el Ecuador, este medio probatorio no cumple con el principio de inmediación, ya que el juez, solo en ciertos procesos, es quien toma las declaraciones de los testigos; tarea que actualmente, es encargada al secretario o amanuense de la judicatura. Como ya se mencionó, esto se produce por la sobrecarga procesal, del cual es víctima el sistema judicial del Ecuador.

No se puede decir, que es una prueba pre constituida, la pre constitución de una prueba, considero que debe ser analizada para cada caso; habrá casos en los cuales, las partes procesales como una forma de seguro, antes de empezar el proceso judicial, se pongan en la labor de fabricar la prueba para posteriormente presentarla; por ejemplo, en una situación en la cual, el cónyuge afectado de adulterio, tenga la seguridad de que está siendo engañado y el lugar donde está sucediendo, opte por acudir a varias personas conocidas, para que con todas ellas sorprendan a los adúlteros en el cometimiento del acto. Esta sería una prueba pre constituida, por la intención

¹⁰³ Arazi, R. (1998) *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca. Pág. 321.

que el actor tiene de fabricar una prueba antes de empezar el proceso. A diferencia de una prueba no pre constituida, en la cual, accidentalmente un testigo tuvo conocimiento del acto, y una de las partes acude a él, para que rinda su declaración de los hechos.

(Valoración de la prueba testimonial).

Como ya se mencionó, en la parte pertinente a la “sana crítica”, el legislador ecuatoriano determinó en la ley, que el juez tiene que valorar la prueba testimonial, en base a las reglas de la sana crítica en relación a la declaración que el testigo haya brindado. La prueba testimonial, sirve como un medio de prueba para todo tipo de conflictos, exceptuando algunos en los cuales, la ley no lo permite. Por esta razón, el infinito número de casos que se pueden presentar, hace que no se determine como prueba tasada a la declaración de un testigo; ya que no se podría numerar toda la casuística de los conflictos, que se pueden presentar en una sociedad.

La valoración de la prueba testimonial, se encuentra en el artículo 207 del Código De Procedimiento Civil: *Los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta de la razón que éstos hayan dado de sus dichos y de las circunstancias que ellos concurran.*¹⁰⁴

El proceso verbal sumario, específicamente en el de divorcio por adulterio, se acepta este medio de prueba, ya que no existe ninguna prohibición expresa sobre la admisión de la misma; de hecho, los testimonios dentro de un proceso de este tipo son de mucha importancia, puesto que son las personas allegadas a los cónyuges, quienes generalmente pueden dar fe del modo de vida que llevan los mismos. Por lo general, es la vecindad, compañeros del trabajo, familiares, y conocidos, quienes están al tanto de las relaciones que puedan tener los cónyuges con otras personas. Será la autoridad judicial, quien

¹⁰⁴ Código de Procedimiento Civil R.O. N°58: 12-jul-2005.

determine si cada uno de los testigos que se han presentado, cumplen los requisitos para que se conforme un medio de prueba válido.

Dentro del análisis de la jurisprudencia, que será de posterior análisis, se evidenciará la valiosa importancia de este medio de prueba, dentro del proceso de divorcio por la causal de adulterio.

3.3.3.2.- La prueba documental.

El término prueba documental, abarca varios aspectos que son necesarios singularizarlos, para determinar que constituye el documento y la prueba documental.

José Chiovenda, establece que: *En sentido amplio, documento es toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento.*¹⁰⁵ Según esta definición, se refiere a todas las representaciones que el pensamiento de una persona pueda tener. Por lo tanto, se puede colegir, que se refieren a documentos textuales y no textuales. Los primeros, son estrictamente lo que se escribe en papel, como un documento manuscrito o impreso con tinta. Los segundos, hacen referencia específicamente, a aquellos documentos que no tienen un soporte escrito en papel, sino a otros que, si bien es cierto pueden tener escritura, no se encuentran escritos con tinta sobre papel, tales como las grabaciones de voz o de video.

La representación, según Carnelutti, *consiste en un hecho capaz de producir una imagen de otro hecho, por conducto de los sentidos y no de la razón.*¹⁰⁶

Este medio probatorio, abarca todo tipo de documento que sirva como comprobación de hechos o actos jurídicos, susceptibles de ser demostrados de

¹⁰⁵ Arazi, R. (1998) *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca. Pág. 199.

¹⁰⁶ Arazi, R. (1998) *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca. Pág. 199.

esta manera, ya sean instrumentos públicos o privados. Y es necesario, que cumplan con ciertos requisitos que la ley procesal determina, para que sirvan como medios de pruebas válidos dentro de un proceso.

El fin de este medio probatorio, es el de dar fe o de asegurar los actos jurídicos que se han celebrado entre las partes; de la misma manera, facilita en gran medida la tarea que tiene alguna de las partes, de probar un acto o hecho jurídico.

En la legislación ecuatoriana, dentro del proceso civil, se puede distinguir dos tipos de instrumentos. Los públicos y los privados.

Los instrumentos a los que se refieren la legislación ecuatoriana, *son sólo una especie dentro de los documentos, las leyes se ocupan preferentemente de aquéllos por ser la forma habitualmente utilizada para realizar actos jurídicos.*¹⁰⁷

Aunque como ya se revisó, también son aceptados otros medios de prueba como las grabaciones magnetofónicas, radiografías, fotografías, etc. Medios que no son comunes, o los más aparentes para realizar actos jurídicos, pero tampoco se los puede ignorar, ya que en ciertos procesos serán necesarios.

*El Instrumento es todo escrito en el cual se deja constancia de un hecho o se consigna un hecho. Puede consistir en una carta, un ladrillo con una inscripción jeroglífica, un diploma, etc. Los instrumentos suelen designarse mediante la expresión título y se habla de título para referirse a los instrumentos en que se deja constancia de ciertos hechos; por ejemplo, título de una obligación.*¹⁰⁸

(Instrumentos Públicos).

¹⁰⁷ Arazi, R. (1998) *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca. Pág. 200.

¹⁰⁸ Larrain, H. (1994) *Lecciones de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile Pág. 432

El término instrumento público, hacer referencia a todos los documentos emitidos por la autoridad pública encargada y conforme a las solemnidades legales.

El Código de Procedimiento Civil, en el artículo 164, define al instrumento público; y cito: *Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública. Se consideran también instrumentos públicos, los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.*¹⁰⁹ En el Código Civil, consta la misma definición de instrumento público.

De la misma manera, en el artículo 165 del Código De Procedimiento Civil, el legislador realiza una numeración de algunos instrumentos públicos, de manera ejemplificativa. *Hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos públicos, o sea todos los instrumentos autorizados en debida forma por las personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo, como los diplomas, decretos, mandatos, edictos, provisiones, requisitorias, exhortos u otras providencias expedidas por autoridad competente; las certificaciones, copias o testimonios de una actuación o procedimiento gubernativo o judicial, dados por el secretario respectivo, con decreto superior, y los escritos en que se exponen los actos ejecutados o los convenios celebrados ante notario, con arreglo a la ley; los asientos de los libros y otras actuaciones de los funcionarios y empleados del Estado de cualquiera otra institución del sector público; los asientos de los libros y registros parroquiales, los libros y registros de los tenientes políticos y de otras personas facultadas por las leyes.*

¹⁰⁹ Código de Procedimiento Civil R.O. N°58: 12-jul-2005.

El instrumento público agregado al juicio dentro del término de prueba, con orden judicial y notificación a la parte contraria, constituye prueba legalmente actuada, aunque las copias se las haya obtenido fuera de dicho juicio. ¹¹⁰

Como se puede ver en estos artículos, lo que caracteriza a un instrumento público, es la solemnidad a la cual es sometido, y necesariamente debe ser entregado por un funcionario del sector público; estas características, hacen que el documento esté revestido de plena autenticidad, a fin de que constituyan un medio de prueba completamente válido y que haga fe de lo actuado.

Las partes esenciales de un instrumento público, están ordenadas en el artículo 169 del Código de Procedimiento Civil; estas son: Nombres de las partes que celebran el acto o los otorgantes y del funcionario público que los confiere; la cosa, cantidad o materia fuente de la obligación; las cláusulas que determinan la naturaleza del acto; el lugar y fecha en que se celebra; y, las firmas de los otorgantes. Como otro requisito para su plena validez, se requiere que el instrumento público se encuentre integro en sus partes esenciales; es decir, sin tachones abreviaturas, borrones o similares que impidan su completo entendimiento.

Adicional a los requisitos que manda la ley adjetiva, se debe atender a lo dispuesto en leyes específicas para cada documento, para que sea calificado como instrumento público. Por ejemplo, en el artículo 29 de la Ley Notarial, se determina la forma en la cual, deberá redactarse la escritura pública. Igualmente, el inciso segundo del artículo 122, de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, establece que las copias y certificaciones que entregue el Jefe del Registro Civil, serán conferidas en manuscrito dactilografiado o electromecanizado.

¹¹⁰ Código de Procedimiento Civil R.O. N°58: 12-jul-2005.

(Valor probatorio del instrumento público).

El instrumento público, al ser sometido a las formalidades que legalmente le han sido impuestas, y al ser entregado por un funcionario público que da fe sobre un acto jurídico; es considerado prueba irrefutable y su valor probatorio es irrefutable, a menos que se compruebe la falsedad del instrumento.

Se caracteriza por ser una prueba tasada, a la cual el legislador previamente le otorgó un determinado valor probatorio dentro de un juicio. Se recoge en el artículo 1717 del Código Civil. *El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él se hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal.*¹¹¹

La plena fe del instrumento público, se encuentra condicionada por las solemnidades que prescribe la ley, las ordenanzas y reglamentos respectivos; si no cumplieren las legalidades establecidas, no constituye prueba.

En el Código de Procedimiento Civil, también se hace mención al valor del instrumento público. El artículo 165 determina, que, constituye prueba y hace fe de lo que en él se declara; complementariamente el artículo 166, determina contra quien hace fe; es decir que cuando existen terceras personas, el instrumento público es prueba en cuanto al hecho de haberse otorgado, y a la fecha del mismo; mientras que para los otorgantes y personas a las cuales se transfieren obligaciones, también hace fe sobre las declaraciones que se encuentran expuestas en el documento. En los artículos 167 y 168, se hace mención a los instrumentos públicos que se encuentran con algún obstáculo, para que puedan probar; por ejemplo, que sean pequeños, hayan sido alterados, que esté pendiente resolver alguna controversia sobre la parte que

¹¹¹ Código Civil R.O. N° 46: 24-jun-2005.

se intenta probar; o que en sus partes esenciales se encuentren con borrones, tachones, abreviaturas, etc.

(Instrumentos Privados).

Al contrario de los instrumentos públicos, los cuales son celebrados con ciertas solemnidades que prescribe la ley, y conferidos por un funcionario público autorizado; el instrumento privado se celebra sólo entre las partes interesadas sin funcionario público, y no se requiere que cumpla ninguna formalidad. Puede ser redactado bajo el criterio propio de las partes, sin necesidad del uso de una matriz.

*Son documentos firmados por las partes, sin intervención de oficial público alguno, y se caracterizan porque la redacción del documento es efectuada por particulares; no comparecen otras personas fuera de los propios interesados.*¹¹² La única disposición que se encuentra respecto a la celebración del instrumento privado, se menciona en el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil y cito: *El reconocimiento de los documentos privados debe hacerse expresando que la firma y rúbrica son del que los reconoce, sin que sea necesario que se declare ser verdadera la obligación, o cierto el contenido del documento. En caso de que hubiere firmado otro por la persona obligada, bastará que ésta confiese que el documento fue firmado con su consentimiento.*¹¹³

*En una acepción amplia, son instrumentos privados los otorgados por los particulares sin intervención de funcionario público en su calidad de tal. Ningún sello de garantía llevan en sí y, por lo general, fuera de la firma, están exentos de formalidades...*¹¹⁴ En esta definición, ya se hace mención a la única formalidad a la cual está sometido el instrumento privado, y un aspecto importante, es que se recalca la no intervención del funcionario, siempre y

¹¹² Arazí, R. (1998) *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca. Pág. 215.

¹¹³ Código de Procedimiento Civil R.O. N°58: 12-jul-2005.

¹¹⁴ Alessandri, A. Somarriva, M. (1998) *Tratado de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile. Pág. 453

cuando no se encuentre en su función, pero no se refiere, a que los funcionarios públicos no puedan celebrar este tipo de acto.

A pesar de que los instrumentos privados, no requieren ser celebrados en presencia de un Notario Público, se puede dar el caso en el que, las partes decidan que el notario protocolice algún documento, o reconozca la firma o rubrica de las partes, sin que se llegue a transformar en instrumento público. A saber, el artículo 18 de la Ley Notarial, establece que son atribuciones de los notarios, entre otras: *Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal. Autenticar las firmas puestas ante él en documentos que no sean escrituras públicas. Dar fe de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias y de otras copias producidas por procedimientos o sistemas técnico - mecánicos, de documentos que se les hubieren exhibido, conservando una de ellas con la nota respectiva en el Libro de Diligencias que llevarán al efecto.*¹¹⁵

El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 193 numera taxativamente los documentos, que son reconocidos como instrumentos privados, y cito:

Son instrumentos privados:

1.- Los vales simples y las cartas;

2.- Las partidas de entrada y las de gasto diario;

3.- Los libros administrativos y los de caja;

4.- Las cuentas extrajudiciales;

5.- Los inventarios, tasaciones, presupuestos extrajudiciales y asientos privados; y,

¹¹⁵ Ley Notarial R. O. S. 64 de 8-Nov.- 1996.

6.- Los documentos a que se refieren los Arts. 192 y 194.¹¹⁶

(Valor probatorio del instrumento privado).

Al igual que el instrumento público, el instrumento privado es considerado como una prueba tasada, por la valoración que el legislador previamente le dio al mismo, por medio de la ley. Esta forma de valoración en específico, la recoge el artículo 1719 del Código Civil, que establece: *El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos.*¹¹⁷ Al referirse a valor de escritura pública, se está hablando que este tipo de instrumento hace plena fe, y es prueba plena, en cuanto a los mismos parámetros del instrumento público. Al respecto, complementariamente, se refiere el artículo 194 del Código Adjetivo Civil: *El instrumento privado en que una persona se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o en que confiesa haberla recibido o estar satisfecha de alguna obligación, hace tanta fe como un instrumento público en los casos siguientes, siempre que la ley no prevenga la solemnidad del instrumento público:*

- 1.- *Si el que lo hizo o mandó hacer lo reconoce como suyo ante cualquier juez civil, notario público o en escritura pública;*
- 2.- *Si el autor del documento se niega a reconocerlo, sin embargo de orden judicial;*
- 3.- *Si habiendo muerto el autor, o negado ser suyo, o estando ausente de la República, dos testigos conformes y sin tacha declaran en el juicio haber visto otorgar el documento a su autor, o a otra persona por orden de éste; a*

¹¹⁶ Código de Procedimiento Civil R.O. N°58: 12-jul-2005.

¹¹⁷ Código Civil R.O. N° 46: 24-jun-2005.

no ser que el asunto sobre que verse el instrumento exija para su prueba mayor número de testigos; y,

4.- Si la parte contra quien se presenta el documento no lo redarguye de falso ni objeta su legitimidad, dentro de tres días contados desde que se le citó y notificó la presentación aunque no lo reconozca expresamente ni se pruebe por testigos. ¹¹⁸

Posteriormente, el Código nombrado emite varias disposiciones, sobre la forma de valorar ciertos instrumentos privados como: libros administrativos y cartas dirigidas a terceros.

Previamente se estableció que, por documento se puede entender toda manifestación del pensamiento humano materializado en un instrumento. Por lo tanto, a los documentos privados también pertenecen las grabaciones de voz y video, fotografías, radiografías, etc. La valoración que el juez de a estos documentos, estará sometida a la autenticidad de los mismos; es decir, que si se presenta un documento privado, y la parte contraria lo reconoce expresa o tácitamente, será considerado como auténtico y prueba conducente al momento de emitir sentencia; pero si se impugna el documento, será necesario que se demuestre la autenticidad, mediante la utilización de algún método científico y la utilización del perito correspondiente.

Doctrinariamente, se ha aceptado que dentro del valor probatorio del instrumento privado, este se vuelve indivisible; es decir que si se ha invocado un instrumento privado como prueba, no se puede valer sólo de lo que le favorezca a la parte, sino de todo el documento.

¹¹⁸ Código de Procedimiento Civil R.O. N°58: 12-jul-2005.

3.3.3.3.- Otros tipos de pruebas.

(Confesión judicial).

La confesión judicial, se basa en las declaraciones que una persona puede hacer dentro de un proceso, sobre el conocimiento de ciertos hechos. La persona que va a confesar, es la fuente de la prueba; mientras que, la confesión es el medio de prueba.

El Código Civil Italiano establece que: *Confesión es la declaración que hace una parte de la verdad de los hechos que le son desfavorables y son favorables a la otra parte.*¹¹⁹ En el mismo texto los autores, aclaran que “*La confesión no es un acto jurídico, no es una declaración de voluntad, sino una declaración de ciencia o saber.*”

El Derecho argentino, ha recogido de manera muy similar a la confesión: *La confesión considerada como prueba, consiste en una declaración formulada por quien es parte en el proceso sobre hechos personales o de su conocimiento personal, desfavorables al confesante y favorables a la otra parte.*¹²⁰

De las dos definiciones, surge la idea de que necesariamente, la declaración que hace el confesante debe ser desfavorable para él. Es lógico pensar esto, ya que este medio de prueba, no va a ser presentado a pedido de la propia parte, sino a solicitud de la contraparte; esto con la finalidad de que el confesante, declare en contra suya y sea un medio de prueba conducente y pertinente para demostrar los hechos que le son adversos. De la misma manera, para que una persona realice una confesión judicial, es necesario que:

¹¹⁹ Alessandri, A. Somarriva, M. (1998) *Tratado de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile. Pág. 497.

¹²⁰ Arazi, R. (1998) *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca. Pág. 145.

sea capaz y ser parte procesal, ya que si no fuere así, se estaría frente a un testimonio, mas no frente a una confesión judicial.

Existen varias clasificaciones doctrinarias de la confesión, y en el ordenamiento civil ecuatoriano se recogen varias, específicamente de la confesión judicial. Por citar algunas: expresa, tácita, simple, calificada, compleja, etc.

Confesión judicial simple.- Se basa en la contestación pura, simple o llana de las preguntas. Se recoge en el artículo 123 del C.P.C: *Para que la confesión constituya prueba es necesario que sea rendida ante el juez competente, que se haga de una manera explícita y que contenga la contestación pura y llana del hecho o hechos preguntados.*¹²¹

Confesión judicial calificada.- Cuando se acepta el hecho pero introduciendo aclaraciones y explicaciones o atribuyéndole una configuración jurídica distinta.¹²² Este tipo de confesión, no se puede utilizar como medio de prueba dentro del proceso de divorcio por adulterio, puesto que no se puede dar una calificación jurídica distinta al adulterio. Exceptuando el caso en el que, la parte demandada justifique que no cometió adulterio, sino que fue violada.

Confesión judicial compleja.- Es aquella en que el confesante reconoce lo alegado por el adversario en lo que atañe al hecho material, a su calificación jurídica, a los efectos de derecho que en su nacimiento produjo el hecho, pero agregando que por otro hecho extraño al nacimiento del primero, los efectos de éste se extinguieron.¹²³ En el proceso de divorcio por adulterio, se puede utilizar en el siguiente ejemplo; el cónyuge actor solicita una confesión judicial, con la finalidad que su cónyuge declare haber cometido adulterio, el cual acepta haber mantenido una relación extramarital, pero que la parte actora consentía plenamente, en la realización de la relación sexual extramarital; por

¹²¹ Código de Procedimiento Civil R.O. N°58: 12-jul-2005.

¹²² Arazí, R. (1998) *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca. Pág. 273.

¹²³ Alessandri, A. Somarriva, M. (1998) *Tratado de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile. Pág. 453.

lo cual, la figura del adulterio no se perfecciona, puesto que existe el consentimiento del cónyuge para que se mantenga esa relación.

Confesión judicial tacita. - Este tipo de confesión se da cuando la parte llamada a confesar, no asiste a rendirla, o contesta de forma obscura y evasiva las preguntas que le están realizando. *Cuando se deduce de actitudes asumidas por la parte que debía confesar.*¹²⁴.

(Valor probatorio de la confesión judicial).

En un principio, con el cumplimiento de todos los requisitos que determina el Código de Procedimiento Civil; es decir con la confesión judicial simple, la misma se constituye en prueba conducente y pertinente contra la persona que realizó la confesión. Sin embargo, pocos serán los casos en los cuales mediante este tipo de confesión se dé por terminado el proceso, o se solucione el conflicto. Al respecto se refiere el artículo 123 del Código de Procedimiento Civil, el cual determina el valor probatorio de la confesión simple como prueba conducente.

En el caso que se revisó de la confesión calificada, sobre la variación de la figura jurídica de adulterio a violación; para que se configure como una prueba conducente, será necesario de la confirmación mediante un examen médico, de que la parte demandada fue víctima de una violación; si no fuere el caso, la confesión calificada, tendría un aspecto desfavorable para la parte que está rindiendo la misma, puesto que ya hay una afirmación de haber mantenido una relación sexual.

La confesión judicial compleja, al estar supeditada a la comprobación de determinadas causas que produjeron el hecho, es necesario que se confirmen los primeros, para que realmente se extingan los efectos jurídicos del acto cometido; por ejemplo, si el cónyuge demandado por adulterio, confirma que si

¹²⁴ Arazi, R. (1998) *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca. Pág. 272

mantuvo una relación extraconyugal, pero añade que fue bajo consentimiento del cónyuge actor de la demanda, será necesario que primero se compruebe que hubo tal manifestación de voluntad; caso contrario estará probado fehacientemente que se cometió adulterio; y por lo tanto, el valor probatorio de tal confesión será considerablemente válido para conceder el divorcio por la causal de adulterio.

En la confesión judicial tácita, el juez tiene la potestad de declarar confesa a la parte que debía rendirlo, en todos los casos determinados por la ley. De la misma manera, queda a criterio del juez, darle el valor de prueba a esta confesión.

Este tipo de confesión, se puede destruir con prueba contraria. Si el juez considera que es necesario que la persona llamada a confesar comparezca, la ley ha determinado varias formas de coaccionar al requerido, tales como: utilización de la fuerza pública y multas pecuniarias; en general la ley se refiere a todas las medidas que considere necesarias.

Al respecto el Código de Procedimiento Civil, en el artículo Art. 131 establece: *Si la persona llamada a confesar no compareciere, no obstante la prevención de que trata el Art. 127 o si compareciendo, se negare a prestar la confesión, o no quisiere responder, o lo hiciere de modo equívoco u oscuro, resistiéndose a explicarse con claridad, el juez podrá declararla confesa, quedando a su libre criterio, lo mismo que al de los jueces de segunda instancia, el dar a esta confesión tácita el valor de prueba, según las circunstancias que hayan rodeado al acto.*

*No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, si la parte insiste en que se rinda la confesión, o el juez considera necesario recibirla, hará comparecer a quien deba prestarla, aplicándole, en caso necesario, multa de uno a cinco dólares de los Estados Unidos de América diarios, hasta que se presente a rendirla.*¹²⁵ La

¹²⁵Código de Procedimiento Civil, R.O. N°58: 12-jul-2005.

norma que otorga la potestad para que la autoridad judicial utilice las medidas que estime necesarias, se encuentra en el artículo 132, y cito: *Aún después de la declaración de confeso, pueden los jueces disponer que, por medio de los agentes de justicia, se haga comparecer al confesante que no hubiere concurrido al segundo señalamiento de día, si consideraren necesaria la confesión. Para el cumplimiento de esta orden, el respectivo juez dispondrá la aplicación de todas las medidas que considere apropiadas para obtener la comparecencia del confesante.*¹²⁶

El declarar confeso a una persona, es un asunto de extrema cautela, ya que esto implica, que aquella persona es culpable, por así decirlo. El término confeso, se utiliza para designar a una persona: *que ha confesado su delito o culpa.*¹²⁷ Por estas razones, el juzgador no puede tomar a la ligera tal decisión. En el caso de divorcio por la causal de adulterio, si es que se llegara a declarar confesa a la parte demandada, el juez necesariamente tendría que emitir una sentencia concediendo el divorcio; pero hasta qué punto se convierte en una prueba conducente y pertinente una confesión judicial tácita, la cual carece de motivación y fundamento para que el juez pueda tomar una decisión, en relación a la veracidad de los hechos. Es por eso, que la confesión judicial tácita, no tiene fundamento para convertirse en prueba dentro de un proceso.

También es necesario, realizar una aclaración con respecto a la constitucionalidad de la confesión judicial, dentro de un proceso de divorcio por la causal de adulterio. El solicitar una confesión judicial, a una persona que se presume cometió adulterio, no atenta contra ningún derecho de protección establecido en la Constitución vigente. En el artículo 77, se establece que: *Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.*¹²⁸ El adulterio dejó de ser una

¹²⁶ Código de Procedimiento Civil R.O. N°58: 12-jul-2005.

¹²⁷ Diccionario de la R.A.E. 22ª edición.

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=confeso (15-0511)

¹²⁸ Constitución del Ecuador. R.O. N° 449 20-oct-2008.

figura penal; por lo tanto, la confesión judicial solicitada a una persona que se supone es adúltera, es totalmente constitucional.

(Prueba pericial).

*La prueba pericial es el medio por el cual personas ajenas a las partes, que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión y que han sido previamente designadas en un proceso determinado, perciben, verifican hechos y los ponen en conocimiento del juez, y dan su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de los mismos, a fin de formar la convicción del magistrado, siempre que para ello se requieran esos conocimientos.*¹²⁹

Las extensas ramas de la ciencia, hacen que sea imposible para una sola persona, tener los conocimientos sobre todas las cosas que puedan generar un conflicto. Es por esta razón, que el juez se ve en la necesidad de asistirse de una persona experta en un determinado campo de estudio, con la finalidad de que mediante un informe técnico, se le explique las razones y circunstancias de los hechos sucedidos.

Este medio de prueba, es utilizado con la finalidad de proporcionar a la autoridad judicial un conocimiento técnico de los hechos, objetos, circunstancias, etc., que dieron lugar al conflicto. Es por eso, que debe ser ordenada por la misma autoridad judicial dentro de un mismo proceso.

Se denomina perito: a la *persona que, poseyendo determinados conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, informa, bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia.*¹³⁰ La labor que realiza el mismo, es denominada “peritaje”; posteriormente, por el predominante sistema escrito que posee el Ecuador,

¹²⁹ Arazi, R. (1998) *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca. Pág. 379.

¹³⁰ Diccionario de la R.A.E. 22ª edición.
http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=perito (15-0511)

tiene la obligación de elaborar el dictamen pericial, en el cual constará la explicación técnica del peritaje, detallando lo realizado por él.

(Valor probatorio del informe pericial).

La legislación procesal ecuatoriana, en cuanto al informe pericial, tiene una única disposición, contenida en el artículo 262, inciso 2do; la cual dice que: *No es obligación del juez atenerse, contra su convicción, al juicio de los peritos.*¹³¹ Por lo tanto, al igual que otras pruebas, esta debe ser valorada con arreglo a las reglas de la sana crítica, obligación que impuso el legislador al juez para valorar la prueba.

Existe una teoría en la cual, no se considera a la prueba pericial como tal. *Alsina afirma que la función del perito no constituye una prueba, aunque el Código así lo denomine, sino un medio para la obtención de una prueba, desde que sólo aporta elementos de juicio para su valoración. La prueba está constituida por el hecho mismo, y los peritos no hacen sino ponerlo de manifiesto.*¹³² Esta afirmación, carece de sentido; ya que, la fuente de la prueba será el objeto al cual se va a realizar el peritaje, y el medio probatorio, será el informe pericial que se presente al juez. Constituye prueba, porque el juez ha ordenado la práctica del mismo; y se convierte, en determinados casos, en un elemento esencial para el esclarecimiento de los hechos.

(La inspección judicial).

Este tipo de prueba es utilizado cuando se necesita conocer, ver, reconocer o examinar; la cosa que es materia del litigio, o algo esencial que dio lugar al mismo. *El artículo 242 del C.P.C, define este tipo de prueba: Inspección judicial es el examen o reconocimiento que el juez hace de la cosa litigiosa o controvertida, para juzgar de su estado y circunstancia.*¹³³

¹³¹ . Código de Procedimiento Civil R.O. N°58: 12-jul-2005.

¹³² Arazí, R. (1998) *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca. Pág. 381.

¹³³ Código de Procedimiento Civil R.O. N°58: 12-jul-2005.

Es una prueba directa, ya que el juez será quien personalmente se dirija a practicar la inspección; de esta forma, puede tener una percepción más completa del bien en conflicto, o en su caso de ciertos sucesos.

En el proceso de divorcio por adulterio, rara vez se utilizará este tipo de prueba, ya que la cosa litigiosa será el cometimiento de un hecho, el cual no puede ser sujeto de inspección; sin embargo, si es posible realizar una inspección judicial al lugar donde presuntamente se cometió el adulterio, o como se verá en la sentencia de posterior análisis, al hospital donde dio a luz la mujer, a la cual se le demandó por adulterio.

3.4.- Análisis de la Jurisprudencia.

La jurisprudencia, es decir, la interpretación realizada por un órgano jurisdiccional competente, constituye una fuente de derecho en el Ecuador. Se puede decir, que es la parte práctica del Derecho, donde se recoge la ley, doctrina, principios de derecho etc., de un ordenamiento jurídico. Es producto de los conflictos que se pueden presentar en una sociedad. Por tal razón, considero necesario analizar los fallos emitidos por los jueces con respecto al divorcio por adulterio.

Como ya mencioné, el divorcio por adulterio cayó en desuso por la complejidad que representa su desarrollo. Por este motivo, no existe un gran número de fallos en el Ecuador. Sin embargo, es necesario saber cuál es el pensamiento que predomina en los juzgados del Ecuador, al momento de resolver estos casos.

Los fallos serán analizados, en base a las nuevas concepciones doctrinarias que he propuesto sobre el matrimonio, el adulterio y el derecho probatorio dentro del divorcio por la causal de adulterio.

(ANEXO 1)

Gaceta Judicial. Año LXXVIII. Serie XIII. No. 2. Pág. 363.

Juicio Verbal Sumario que, por divorcio, sigue Luis Yáñez Ibarra en contra de Blanca Quispilema.

El actor y la demandada, contrajeron matrimonio el 3 de febrero de 1962 y tuvieron una hija. El actor de la demanda tuvo que ausentarse de su hogar, hacia otra ciudad por razones de trabajo, durante tiempo prolongado; él demanda a su esposa el divorcio por la causal de adulterio, ya que ella concibió un hijo e impugnó la paternidad de ese menor, obteniendo sentencia favorable. Así mismo, manifestó que tenía conocimiento que su esposa estaba nuevamente embarazada, y que él no pudo haber engendrado al niño que estaba por nacer, por la lejanía en la que se encontraba y además porque era impotente. La demandada, negó los fundamentos de hecho y de derecho del actor. Este último, presenta como prueba debidamente actuada, dentro de este juicio las siguientes: Sentencia del 10 de abril de 1974, aceptando la demanda de impugnación de paternidad, sentencia ejecutoriada. Una acta celebrada ante el Teniente Político, la cual versa sobre reclamaciones de actos ilícitos cometidos entre la demandada, y el señor Salomón Gamboa; acta celebrada entre Carmen Zamora, esposa del señor Gamboa y la demandada. El actor presenta cuatro personas que rindieron testimonios, sobre la conducta inmoral de la demandada. Así mismo, presenta certificados conferidos por dos médicos, en los cuales se establece la impotencia del actor, esto es confirmado por el perito que fue nombrado para esta causa. La demandada únicamente presenta testigos, los cuales desconocen los hechos sustanciales. El juez de primera instancia, en consideración a la prueba debidamente actuada, y en virtud de que la demandada no desvirtuó lo comprobado por el actor, acepta la demanda y declara disuelto el vínculo matrimonial, otorgando la custodia de la menor, al actor de la demanda; el hijo concebido en la relación extraconyugal que esta por nacer, bajo el cuidado de la madre y el actor deberá pasar lo necesario para el sustento, hasta que se ventile la impugnación de paternidad. Cabe recalcar, que la legislación penal de ese tiempo, tipificaba al adulterio como un delito sexual. En segunda instancia, bajo las mismas consideraciones que el juez de primera instancia, concluye que *“se han establecido presunciones graves y concordantes para aceptar la causa”* de adulterio y

confirma la sentencia recurrida. En el año de 1978, aún se mantenía la “*Tercera Instancia*”, por lo que la demandada apeló a esta. La Sala de la Corte, en la parte considerativa de la sentencia, dice que “*El divorcio por adulterio, que debe ser propuesto por el cónyuge que se creyere perjudicado, dada la intimidación en que se perpetra tal hecho, sólo puede estar sujeto a prueba conjetural, que debe apreciarle el Juez tomando en cuenta las presunciones graves, precisas y concordantes que aparezcan del proceso.*” De la práctica de las pruebas, se desprendieron hechos que reunieron estas características, puesto que la sala llegó a la misma conclusión que el juez de primera y segunda instancia; la cual consiste en que el actor de la demanda, no pudo haber engendrado el niño que está por nacer, y por lógica la demandada tuvo que haber cometido adulterio. De esta forma, en Tercera Instancia se confirmó la sentencia.

Vemos en este proceso, la fórmula adecuada para probar el divorcio por la causal de adulterio, la misma que resulta de la unión de varios medios probatorios, así como de la precisión para practicarlos; como por ejemplo la cautela de seguir un juicio de impugnación de paternidad, en vez de demandar directamente el divorcio por adulterio, en los casos de concepción extraconyugal.

El análisis que realizaron los jueces de cada una de las instancias, fueron muy similares. Ellos lograron formar su certeza, por medio de las leyes de la lógica, aunque no se mencione esto en el fallo. Por ejemplo, si se logró determinar que el actor de la demanda sufría de impotencia; ¿Cómo se explica que la esposa se encontraba en estado de gravidez? Recordemos el principio de contradicción que dice que, algo que es, no puede no ser. Aplicando a este caso, se puede determinar que, si se ha demostrado empíricamente que él es impotente, necesariamente se encuentra inmerso el concepto de que él “no podía engendrar”. El mismo principio, se puede aplicar a la situación de la ubicación geográfica, en la cual si el actor se encontraba imposibilitado de acceder a su esposa, cómo se justifica entonces que está en estado de

gravidez, de la misma manera se encuentra inmerso el concepto de que la esposa mantuvo relaciones sexuales con otro hombre.

Los testigos que presentó el actor de la demanda, ayudan a reforzar la tesis planteada, puesto que lo que hacen ellos, es apoyar el argumento de que la demandada tenía una mala conducta y que esto pudo influir al cometimiento del adulterio. Queda claro entonces, que solo con los testimonios no se puede llegar a comprobar el adulterio, a no ser que varias personas hayan encontrado a una pareja cometiéndolo, pero de no ser así, los testimonios van a servir como un punto de apoyo para reforzar la tesis planteada en el proceso.

Analizada desde otro punto de vista, la Constitución vigente del Ecuador, obliga a que todas las resoluciones tengan una correcta fundamentación. Dentro de los derechos de protección, se establece que: *Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.*¹³⁴

El Tribunal Andino de Justicia, mediante resolución, se ha pronunciado sobre la motivación que debe tener toda resolución de los poderes públicos. La misma establece que: *La motivación de los actos administrativos reflejan las razones que inclinan al funcionario a pronunciarse en uno u otro sentido tomando como antecedente las normas legales y los hechos materiales o las situaciones fácticas que precedieron a la expedición de un acto. La motivación se contrae en definitiva a explicar el por qué del acto y la razón de ser de la resolución o declaración, constituyendo por ello una formalidad sustancial cuya ausencia, insuficiencia, error falsedad puede llevar a la nulidad del acto. La plena correlación entre los argumentos esgrimidos por el administrador sobre el derecho y los hechos y la resolución adoptada frente a los efectos que el acto*

¹³⁴ Constitución del Ecuador. R.O. N° 449 20-oct-2008.

va a producir, constituirá la ecuación jurídica para hablar de una verdadera, necesaria, sustancial, inequívoca y concordante motivación. Estos principios generales se desprenden de la tradicional jurisprudencia del Tribunal, ratificada también en la interpretación prejudicial emitida con motivo del caso No. 05-AN-97, sentencia del 8 de junio de 1998. (G.O. 361 del 7 de agosto de 1998, interpretación prejudicial 04-AN-97, del 17 de agosto de 1998).¹³⁵

Dentro de la sentencia analizada, se puede evidenciar una motivación insuficiente, que no se debe confundir con falta de motivación. La justificación que la Sala utilizó para emitir sentencia, se reduce a nombrar el artículo 1756 del Código Civil, actual 1729, en el cual se establecen los requisitos de las presunciones; y el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil, actual 114, sobre a quién corresponde la carga probatoria. Sin embargo, considero que para que hubiera habido una plena tutela judicial efectiva, era necesario que la Sala tome en cuenta que se entiende por adulterio, fundamentado en la norma positiva que lo resguarda; es decir con el artículo 110 inciso 1, en concordancia con el artículo 18 numeral 2 del Código Civil; y las reglas de la sana crítica, estableciendo proposiciones que confirmen lo expuesto en la demanda y que desvirtúen las excepciones de la demandada; igualmente fundamentado en la norma que lo contempla, que es el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

La resolución emitida por el Tribunal Andino, establece que si no existe la ecuación jurídica adecuada, se puede llegar a la nulidad del acto. Dentro de la sentencia analizada, no necesariamente se debe llegar al extremo de la nulidad de la misma, por la insuficiencia de motivación; considero que es algo que se puede subsanar por medio de la aclaración o la ampliación, y no sacrificar la justicia por una mera formalidad, (mera formalidad porque en este caso se evidencia que el actor demostró todas y cada una de las afirmaciones de la demanda.)

¹³⁵ Resolución Tribuna Andino 40, R.O. 301 19 de Oct. de1999.

(ANEXO 2)

Gaceta Judicial. Año LXXIX. Serie XIII. No. 6. Pág. 1327.

Juicio Verbal Sumario que, por divorcio, sigue Carlos Tamayo contra de Blanca María Gallegos.

EL proceso empieza en primera instancia, con la comparecencia del esposo, quien demanda el divorcio por la causal de adulterio a su esposa. Justifica su pretensión afirmando que la demandada concibió un niño, el cual fue inscrito como hijo de Ricardo Telmo García y de Blanca María Gallegos. En la audiencia de conciliación, la demandada, por medio de su abogado, propuso una única excepción negando los fundamentos de hecho y derecho. Las pruebas que presentó el actor son: la partida de nacimiento del menor, la partida de matrimonio, una fotografía y un oficio del Ministerio de Relaciones Exteriores (de estos dos últimos no se hace mayor referencia en la sentencia). En la parte considerativa de la sentencia, el juez determinó que los medios probatorios presentados, no justificaron la pretensión del actor, se fundamentó de la siguiente manera *“La declaración que se ha hecho en la inscripción del nacimiento no constituye una prueba en contra de la madre, para la justificación del adulterio, toda vez que el hijo que nace durante la vida matrimonial se reputa concebido en el matrimonio y tiene por padre al marido, de acuerdo con el Art. 240 del Código Civil.”* El juez también hace alusión, que si el esposo tenía conocimiento del nacimiento de un hijo de su esposa, y el no lo reconocía debía realizar el respectivo juicio de impugnación de paternidad, pero que en el proceso no consta ningún auto que haga alusión a la impugnación. En el considerando cuarto de la sentencia, se nombran dos pruebas que son: una fotografía y un oficio del Ministerio de Relaciones Exteriores; no se hace mención a que se refiere cada una de ellas, sin embargo, el juez concluye, que *“no constituyen elementos probatorios del adulterio esto es, del acceso carnal a la mujer, de un hombre que no es el marido...”* En el considerando quinto, aparece un suceso dentro del proceso, el cual es el allanamiento a la demanda por parte de la demandada, a lo que el juez considera que no puede ser

probado el adulterio por confesión de la demandada, puesto que existe una prohibición en el artículo 248, del Código Civil, actual 241, la cual dice que *“No se admitirá el testimonio de la madre que, en el juicio sobre la paternidad del hijo, declare haberle concebido en adulterio.”* De la misma manera, considera que *“Si bien es cierto que no se trata de un juicio de impugnación de la paternidad del hijo nacido dentro del matrimonio, es también muy evidente que la acción de divorcio se la ha intentado para que se declare que ha existido adulterio, como la causa para la disolución del vínculo matrimonial...”* En base a estas dos justificaciones, y fundamentado en el actual artículo 393, numeral 4 del C.P.C, que trata sobre la ineficacia del allanamiento cuando los hechos admitidos no puedan probarse por medio de confesión; el juez no acepta dicho allanamiento de la demandada puesto que le podía acarrear responsabilidad penal. Hay que recordar que para el tiempo en el que se ventiló este proceso, el adulterio era considerado como delito penal, por lo tanto atendiendo a disposiciones constitucionales, no se podía auto incriminar el acusado. De esta forma el juez rechaza la demanda.

Considero, que pese a que el adulterio fue aceptado por la demandada, no fue correctamente demostrado por el actor, Y el juez, basado en las disposiciones legales, rechazó la demanda ya que existía una prohibición para el allanamiento. Diferente fuere el caso, en el que con el ordenamiento jurídico actual se ventile este proceso. Por ejemplo, actualmente el adulterio no es considerado como delito, entonces no existiría autoincriminación, ya que la disposición constitucional que lo contempla se refiere expresamente a casos penales, mas no a civiles. Aunque aún existe la norma civil, que dice que no se admite testimonio de la madre en el juicio de paternidad, declarando que lo concibió por adulterio, este no sería el caso, puesto que se está tratando un juicio de divorcio por adulterio, más no por impugnación de paternidad. Creo que el espíritu de esta norma civil, estaba vinculada directamente con la prohibición de auto incriminación penal, pero al ya no ser un delito, esta norma pierde su eficacia en la práctica.

El proceso en segunda instancia no tiene el mismo análisis, por parte de la respectiva sala, misma que toma en cuenta otras situaciones previas, que no

fueron sometidas a análisis por el juez inferior. Primero, el hogar como tal sufrió una separación, en el cual el actor de la demanda se encontraba en Manabí, y la demandada junto con sus hijos, en Otavalo. El actor, recibió una documentación del abogado de la demandada, en el cual se manifestaba la intención de dar por terminado el vínculo matrimonial, pero por mutuo acuerdo, a lo cual el actor se dirigió a la ciudad de Otavalo para saber que estaba sucediendo. En ese momento, se entera de que su cónyuge dio a luz a un niño, producto de una relación extraconyugal. También se toma en consideración, en la audiencia de conciliación, que *“la demandada manifestó que fue víctima de malos tratos, amenazas y violencias, hasta obligarle a que vaya con sus hijos para habitar en la casa que tienen en Otavalo”*. La Sala en la parte considerativa de la sentencia, establece que la partida de nacimiento del menor Cristian Danilo García Gallegos, es un instrumento que *“hace plena prueba acerca de las relaciones ilícitas mantenidas por parte de la demandada con su amante... y, consecuente con ello lo reconoce al decir a fs. 51 que se allana a la demanda en forma libre y voluntaria.”* Con respecto al allanamiento de la demanda, la Sala considera que *“el reconocimiento de adulterio por parte de la demandada, repugnaría a la conciencia judicial de no aceptar el divorcio, ya que la propia demandada está reconociendo haber cometido adulterio...”*

Especial consideración se merece el análisis realizado para emitir sentencia. La Sala no toma en cuenta la disposición legal de no aceptar el allanamiento, por cuanto existe una prohibición de hacerlo. Tampoco hay una motivación palpable, que justifique el por qué de esta decisión. Se puede presumir que llega a esta conclusión de la siguiente manera: La norma pertinente a la no admisión del allanamiento, se refiere solo a los procesos de impugnación de paternidad, mas no al proceso de divorcio por adulterio; por lo tanto, esta es una norma inaplicable para este caso. Puedo colegir, que el juez realizó el análisis mencionado, lamentablemente no hace mención al mismo dentro de la sentencia.

En tercera instancia, se acepta a trámite y se toma en consideración los mismos supuestos que en el tribunal inferior. En especial el considerando

cuarto, referente a la partida de nacimiento del menor, como prueba pertinente, conducente y útil; para determinar el adulterio que cometió la demandada. De la misma manera, se toma en consideración la fotografía, *“que se dice corresponde a la demandada en unión de Ricardo Telmo García, en pose de marido y mujer...”*; en la sentencia no se menciona el análisis que se realizó a este medio probatorio. Posteriormente, la Sala, debidamente cita la definición de adulterio, *“ayuntamiento carnal ilegítimo del hombre con una mujer, siendo uno de los dos o ambos casado...”* y en base a la prueba instrumental practicada determina que *“se demuestra la efectiva violación de la fe conyugal cometida corporalmente y a sabiendas...”*. En el considerando sexto, se refiere a lo actuado por la demandada, la cual no logró desvirtuar lo demostrado por el actor, y que formó la certeza de la Sala. Toma en especial consideración que la demandada se allanó a la demanda *“libre y voluntariamente...”*, y por tanto, confirmó el fallo recurrido declarando disuelto el vínculo matrimonial y entregando la custodia de los hijos menores al padre.

La sentencia emitida en tercera instancia, carece completamente de motivación, los integrantes de la Sala, considero yo, se tomaron muy a la ligera la tarea de analizar el proceso. No existe ninguna norma jurídica con la cual justifiquen la sentencia. La única labor realizada, es la definición de adulterio, y la especial consideración que realizan sobre el allanamiento de la demandada; sin tomar en cuenta el aspecto de la autoincriminación consagrado en la Constitución, derecho a la cual tenía la demandada. Se debió haber realizado un análisis sobre si era posible aplicar la norma que el juez de primera instancia utilizó para negar la demanda; es decir la correcta adecuación de la norma a los hechos.

Si se compara el fallo anterior, con este; se puede observar que existen varias similitudes de los sucesos que dieron lugar al conflicto. Primero, en los dos casos existe concepción extraconyugal, la diferencia fue el tratamiento que se le dio a tal circunstancia. En el primer caso se siguió previamente, un juicio de impugnación de paternidad, y con la sentencia favorable obtenida se probó el

adulterio en las tres instancias. En el segundo caso, no hubo la cautela de primero impugnar la paternidad, para luego demostrar el adulterio; detalle que provocó el fallo en contra del actor en primera instancia. Segundo, en el primer caso el actor convenientemente, presenta cuatro testigos que apoyen el fundamento de la demanda, cosa que no fue tomada en cuenta en el segundo caso, en la que no se presentó ningún testigo.

Las diferencias entre los dos casos, hicieron que sea más difícil probar el adulterio en el segundo proceso. La circunstancia de impotencia del actor, que fue debidamente probada, hizo que en el primer caso, mediante la utilización de los principios de la sana crítica, el juzgador se formara una certeza concluyente del cometimiento de adulterio de la demandada. En el segundo proceso, no existía tal situación; y, si se falló a favor del actor en el tribunal de alzada, fue por el allanamiento de la demandada, mas no por mérito propio del actor.

(ANEXO 3)

Gaceta Judicial. Año LXXXVI. Serie XIV. No. 10. Pág. 2293.

Juicio Verbal Sumario que, por divorcio, sigue Gonzalo Antonio Torres Regalado contra Janisse Mafalda Espinoza Ruiz.

El proceso inició con la comparecencia del esposo, demandando el divorcio por la causal de adulterio a su cónyuge. Señaló que la demandada “*le ha traicionado gravemente en forma continuada y escandalosa...*”; que estos hechos fueron de conocimiento del barrio donde habitaban. El actor consideró que estos sucesos, afectaron su honor y el de su familia (aspecto que no es tomado en cuenta en los otros procesos). Manifestó también, que procrearon tres hijos comunes. Por su parte, la demandada no asistió a la audiencia de conciliación, a lo cual fue declarada en rebeldía. En el considerando cuarto de la sentencia, se establece que el adulterio “*implica relación íntima (sexual) de un cónyuge con una persona que no es su marido o esposa*”; que por ser

perpetrado en la intimidad es difícil su comprobación, y que solo se puede llegar a hacerlo, mediante *“presunciones graves, precisas y concordantes”*. Igualmente, se desglosan las declaraciones que fueron realizadas por los testigos. La primera, realizada por Segundo Enrique Ordoñez, en la cual manifestó haber presenciado, en compañía de un amigo, el ingreso de la demandada a un hotel, con un hombre que no era su esposo; así mismo dijo que hasta las dos de la madrugada, momento en el que se retiraron del lugar, la pareja no salió del hotel. En base a una de las preguntas realizadas, el testigo concluye que, está convencido que dentro del hotel la demandada mantuvo relaciones sexuales con el acompañante, afirmando que si fueron a aquel lugar, *“no iban a jugar boli”*; aseveración que considero fue realizada, por el tipo de pensamiento predominante de una sociedad, en la cual si dos personas ingresan a un lugar de hospedaje, dentro de la misma ciudad donde habitan, se presume que van con la finalidad de mantener relaciones sexuales.

El segundo testigo afirmó, que él personalmente no ha visto cometer adulterio a la demandada, pero que por deducción de varias circunstancias, puede llegar a la conclusión de que si lo hubo. Circunstancias tales como: *“haber visto y oído que la demandada se relaciona amorosamente con otro hombre que no es su esposo, haciéndole pasar por su “primo”, y que ese señor responde al nombre y apellido de Ramón Sarmiento.”*; en base a lo observado concluye que este señor es el amante de la demandada.

El juez hace un análisis de la idoneidad del testigo, ya que él afirmó ser compadre espiritual del actor, y según el artículo 216 numeral 3 del Código Adjetivo Civil, por falta de imparcialidad no puede ser un testigo idóneo. A pesar de eso, el juez acepta el testimonio, ya que dice *“aporta, como queda dicho, datos de hechos de gran interés...”* y por esta razón toma en cuenta dicho testimonio, para emitir sentencia.

El tercer testigo, afirmó haber visto en dos ocasiones a la demandada, divirtiéndose con un hombre que no es su esposo; en la primera ocasión la persona que acompañaba a la demandada se encontraba en estado de

embriaguez; y, en la segunda ocasión, al percatarse de la presencia del testigo, la demandada procedió a esconderse en un apartado. Razones, que dice el testigo son suficientes “para sospechar su conducta en contra de su esposo”.

El cuarto testimonio, es presentado por un Capitán del Ejército, quien es superior jerárquico del actor (Sargento). Afirmó que, en el año que ha trabajado en esa plaza, conoció al actor, persona de intachable conducta; así mismo manifiesta que el actor de la demanda presentó una denuncia en la “*Oficina de Inteligencia Militar de Loja, sobre la desaparición de su esposa de la casa*”; que realizada las investigaciones, se llegó a la conclusión “*de que la señora no se encontraba perdida, sino que a lo mejor, se fue con algún pretendiente*”; a lo cual el testigo le aconsejó al actor, que sería mejor que se separe de su esposa.

En el considerando sexto de la sentencia, el juez concluye que del análisis de las pruebas (testimonios únicamente), se llegó a demostrar las “*presunciones graves, concordantes e inequívocas,*” de que la demandada convive con el señor Ramón Sarmiento; que aunque ningún testigo afirmó haber presenciado el adulterio, tres de ellos, “*afirman la convivencia de la demandada con otra persona que no es su esposo*”. En base a este resultado, el juez decide disolver el vínculo matrimonial.

Considero que el análisis realizado por el juez, no tiene ningún fundamento de peso para emitir la sentencia a favor del actor de la demandada. Si bien es cierto, que este trabajo busca una flexibilización de la carga probatoria en el proceso de divorcio por adulterio, tampoco se puede aceptar que un juez tome una decisión sin fundamento. De los testimonios que fueron presentados, el único que pudo llegar a considerarse como una presunción grave, es el primero; en el cual se manifiesta haber encontrado a la demandada con otro hombre, en un lugar en el que por lo general, se utiliza para mantener relaciones sexuales. Los otros testimonios, sirven como apoyo del primero, pero sus contenidos no pueden considerarse como presunciones graves, ya que no se afirma haber encontrado a la demandada manteniendo algún tipo de

relación sexual, lo único que se supo manifestar, es que se la encontró en lugares de diversión nocturna con un hombre, hechos que no pueden ser considerados como adulterio.

En la apelación que se resolvió en segunda instancia, en la parte considerativa de la sentencia, hace mención de lo que se debe entender por adulterio; es decir la definición según el Diccionario de la R.A.E. pero sin hacer la debida cita bibliográfica. Igualmente, hace alusión al carácter penal del adulterio, misma que considero no se debió realizar puesto que para la fecha en la cual se ventiló el proceso, el adulterio fue despenalizado; por lo tanto esa consideración no tiene fundamento legal válido. El último inciso del artículo 2 del actual Código Penal, establece que: *En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada.*¹³⁶ Principio aceptado por la doctrina, que debió haber tomado en cuenta el juzgador.

La Sala, al realizar el análisis de las declaraciones de los testigos, presentadas por el actor, toma en cuenta los mismos aspectos que el juez inferior, y determina que *“El cónyuge ofendido y actor, en el decurso probatorio ha justificado suficientemente los fundamentos de hecho y de derecho de la acción incoada...”*

La única variación que existe entre las dos sentencias, es que en esta última, en la declaración del Capitán del Ejército, se menciona que *“por más de dos ocasiones tuvo conocimiento que la demandada, mujer del Sargento, había desaparecido del hogar, abandonando a sus hijos.”*; mientras que el juez de primera instancia mencionó, que solo en una ocasión se tuvo conocimiento de la desaparición de la demandada. La Sala confirma el fallo, declarando disuelto el vínculo matrimonial y en vista de que se ha probado la mala conducta de la demandada, se le otorga la custodia de los hijos comunes al actor.

¹³⁶ Código Penal R.O. N° 147. 22 ene. 1971.

Puesto que el análisis, tanto de primera como de segunda instancia es el mismo, es lógico que el fallo se haya confirmado, ya que en segunda instancia, la Sala no profundizó sobre la sentencia y la falta de motivación dentro del fallo, hace dudar sobre la existencia de una plena tutela judicial efectiva, en la que se requiere una fundamentación o justificación, del por qué se falló a favor o en contra en cada resolución.

La Cuarta Sala de la Corte Suprema, por apelación de la demandada, tomó en cuenta las mismas pruebas que en las instancias anteriores; es decir los cuatro testimonios que constaban en el proceso. Sin embargo, el análisis que realizó la Sala no es el mismo. La prueba que presentó el actor, “analizada al tenor de las reglas de la sana crítica, no arrojan para el criterio de la Sala, mérito probatorio para quien la solicitó...” Primero, porque el criterio que predomina hasta ahora sobre el adulterio, es el ayuntamiento carnal ilegítimo, con los de más requisitos; y de los testimonios, no se puede deducir el cometimiento del adulterio, sino, sólo *“una conducta reprochable y hasta dudosa de la demandada, que aunque repetida, no lleva a la conclusión de la existencia del adulterio sino por la vía deductiva y en algunas circunstancias por la referencial”*; como ya mencioné, solo del primer testimonio se desprendió una presunción grave, pero los otros testimonios ni si quiera dejaron en duda el cometimiento del acto, ya que en ellos solo se hizo mención a la conducta de libertinaje de la demandada y no a relaciones sexuales. Segundo, se presentaron documentos relacionados a un juicio de alimentos que la demandada siguió en contra del actor; documentos que no fueron practicados en la etapa probatoria, por cual no pueden ser considerados como pruebas, aún así la Sala considera que son documentos importantes para emitir un juicio de valor sobre la relación que existe entre actor y demandado, de lo que se puede colegir que el actor tiene algún tipo de interés para mantener la custodia de los hijos, al demostrar la mala conducta de la demandada. Tercero, la Sala hizo referencia del carácter de adulterio, lo cual como ya mencioné en el análisis de la sentencia de segunda instancia, es improcedente por el mencionado principio en materia penal

De la sentencia de tercera instancia, se evidencia que existe un análisis más profundo de los testimonios, lo cual justifica el fallo en contra del actor. Se recalca la existencia de duda frente al hecho a demostrar, es decir el adulterio, puesto que de los testimonios no se puede colegir la perpetración del mismo, y era necesario, que el actor utilice otros medios probatorios apoyando el fundamento de la demanda; tales como fotografías o videos de la demandada, al momento de encontrarse con otro hombre y de los lugares que frecuentaban. Existe motivación en cuanto a la mención de las normas positivas en las que se basó la sala, de la misma forma, al analizar los testimonios, la sala se fundamenta en el mérito probatorio que merecieron los mismos, a los cuales se llegó por medio de razonamientos lógicos que evidenciaron la debilidad de las pruebas. Dicho en otras palabras, había presunciones del cometimiento de adulterio, pero las pruebas actuadas fueron ineficaces, y al criterio de la Sala no eran: *graves, precisas y concordantes*,¹³⁷ como la ley manda según el actual artículo 1729 del Código Civil

(ANEXO 4)

Gaceta Judicial. Año LXXXVI. Serie XIV. No. 11. Pág. 2463.

Juicio Verbal Sumario que, por divorcio, sigue Silvino Baltazar Flores Mieles contra María Mariana Luzuriaga Romero.

En la parte expositiva de la sentencia, se manifestó que el actor demandó el divorcio por adulterio a su cónyuge, diciendo que la demandada “*abandonó el hogar y actualmente vive públicamente, en adulterio, con el Sr. M.P.*” En la audiencia de conciliación, se contestó la demanda manifestando que, no es verdad que ella mantuvo un vínculo con el mencionado, que se quiere desestabilizar el matrimonio, que el actor conocía desde hace diez años la profesión de ella (meretriz) y la aceptaba como tal, deja en claro que anteriormente contrajo matrimonio con un señor, pero que se divorcio para casarse con el actor de la demanda. En el considerando tercero de la

¹³⁷ Código Civil, R.O. N° 46: 24-jun-2005.

sentencia, un testigo del actor, en las respuestas a las repreguntas, confirma la profesión de la demandada. En el considerando cuarto, el juez expone que la demandada ha afirmado que durante los diez años, y hasta el tiempo en que se ventiló el proceso, no ha cesado en su labor de meretriz, por cuanto ha cometido adulterio no solo con el mencionado, sino con todos los que solicitaron el servicio. En el considerando quinto, se hace mención a la forma de vida que llevaban los cónyuges, es decir que el actor aceptaba la profesión de la demandada como *“meretriz”* y, a su vez ella aceptaba al actor como *“proxeneta”*, quien se beneficiaba del trabajo y de los réditos económicos que ella conseguía. Que no se explica, la demandada, como pudo haberle demandado si hace diez años vivían aceptándose de esta forma. El juez toma en especial consideración, que la demandada admitió la profesión que practica, que mantiene relaciones sexuales con *“otro y otros hombres”*, por lo que se entiende que se ha allanado tácitamente a la demanda. En el considerando sexto, se deja a un lado los alegatos presentados por la demandada, sobre: *definiciones, conceptos de juristas, interpretaciones y jurisprudencias supremas*”, considerando que son aplicables solo para personas de otro estatus social y moral; no se menciona sobre que versan dichos alegatos. El juez también dijo que, por las razones antes expuestas, no fueron analizados *“los testimoniales de ambas partes y sus mismas confesiones”*, de esta forma declaró disuelto el vínculo matrimonial

La fundamentación que utilizó el juez, considero que no fue acertada, puesto que se preocupó por esclarecer que tipo de profesión practicaba la demandada, y no sobre lo que expuso el actor en la demanda, *“la relación extraconyugal específica, que la demandada tuvo con el señor M.P.”* Dentro de la nueva definición de adulterio propuesta en este trabajo, no debe considerarse como tal, a las constantes relaciones sexuales que mantenía la demandada, ya que el cónyuge aceptaba tales relaciones, y como uno de los requisitos para que se configure el adulterio, era necesario el no consentimiento del cónyuge perjudicado. En este caso, la desaprobación del actor era solo en el caso puntual por el cual empezó la demanda, esto es la

convivencia en adulterio de la demandada con el señor M.P., mientras que el juez resolvió, en relación a la profesión que practicaba la demandada.

Consideró también, que la demandada al momento de aceptar la verdad sobre su profesión, y la declaración de un testigo que lo corroboró, que se allanó a la demanda, y como consecuencia no se analizó el resto de medios probatorios, que en este caso eran testimonios. No existe motivación en la demanda, ya que el juez, ni siquiera cita la norma pertinente al allanamiento, solo hace alusión a la norma que contiene la causal de adulterio.

El proceso sube a segunda instancia por apelación del actor, se toma en cuenta: el contrato matrimonial y la demanda con los hechos ya mencionados. El análisis de la Sala, contiene la explicación del por qué no debe considerarse como adulterio, las relaciones sexuales que mantiene la demandada en razón de su profesión y dice: *“el actor no considera el trabajo profesional de su mujer como infidelidad, sino el hecho de que élla (sic) conviva con otro hombre, concretamente con Manuel Pérez, a quien considera como el único rival que le quita el afecto de su mujer y convive con élla (sic) al igual que antes lo hacía con él.* Al analizar las declaraciones de los testigos, se desprende que la demandada vive, donde vivía la primera mujer de M. P., no se especifica si cohabitan; de otra declaración se desprende que si “es cierto que vive en la casa de M. P. A consideración de la Sala, estas declaraciones no prueban el cometimiento de la relación sexual. También se toma en cuenta, que el actor señala el domicilio, para la respectiva citación, el mismo lugar donde habitaban, donde fue encontrada y no, la casa de M. P. Por todas estas consideraciones, revoca la sentencia.

Es acertado el análisis que realizó la Sala, en cuanto al consentimiento de las habituales relaciones sexuales que mantenía la demandada, y la no aprobación de una relación específica con el señor M.P. Las declaraciones que presentaron los testigos, no están sujetas a los requisitos sobre las

presunciones judiciales, *graves, precisas y concordantes*,¹³⁸ como lo manda la ley según el actual artículo 1729 del Código Civil; razón por cual no se podía declarar disuelto el vínculo matrimonial. Y finalmente, al señalar domicilio en la casa donde habitaban actor y demandada, se corroboró que no existía tal abandono y público adulterio, sustancial error del actor de la demanda.

Es necesario, que para que exista un fallo a favor, la prueba respecto del adulterio sea previamente actuada, fabricarlas y conducir las para conseguir un fallo favorable. Por ejemplo, conseguir testigos imparciales que den fe sobre la convivencia de la pareja, que está cometiendo adulterio; en este caso se utiliza testigos que no dan mayor fe de los hechos, sino de la profesión de la demandada.

Se interpuso recurso de tercera instancia, al resolver la Sala considera, la aceptación de la forma de vida que llevaba tanto el actor, como la demandada; modo de vida sin reproches por ninguna parte. Considera también la profesión que practica la demandada desde hace diez años (prostitución), lo cual el actor no considera como infidelidad, pero si considera el hecho *“de que élla (sic), cohabite con otro hombre que en este caso es con Manuel Perez, a quien el actor considera como un rival que le quita el afecto de su mujer.”*, esta viene a ser la cuestión a resolver, el adulterio cometido con M. P., no la profesión de la demandada. En el considerando quinto, se toma en cuenta una prueba actuada por el actor, misma que consiste en documentación emitida por el Ministerio de Salud Pública, Dirección de Salud de El Oro, en el que dice: *“La Sra. María Mariana Luzuriaga Romero se encuentra registrada en exámenes ginecológicos”* Esta documentación, no fue considerada como prueba para demostrar el adulterio, sino la profesión de la demandada. En base a todos los considerandos, la Sala determina que no se probó el adulterio con M.P, pero que si se ha probado, la profesión de la demandada, Por tal motivo, confirmó la sentencia subida desechando la demanda.

¹³⁸ Código Civil R.O. N° 46: 24-jun-2005

Considero que el actor de la demanda comete un error sustancial en el intento de probar el adulterio, ya que él tenía que concentrarse en la labor de probar la relación específica que mantenía su mujer con M.P. contrariamente, él probó la profesión de la demandada mediante la prueba testimonial y documental, aspecto que no es tomado en cuenta por la Sala, puesto que como se aclaró, el actor no considera infidelidad la profesión de la demandada, pero si considera como tal, a la relación que mantenía la misma con M.P. De esta forma, se deja sentado en el fallo, la necesaria existencia de la desaprobación de la relación extraconyugal, para que se configure el adulterio.

(ANEXO 5)

3.5.- Análisis de la Resolución N° 204-2004, juicio N° 197-2002, de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

La mencionada resolución, considero que es una herramienta adecuada, para romper con el pensamiento dominante de los jueces en los últimos años, con respecto a la valoración de la prueba en el proceso de divorcio por adulterio. Al desglosar los componentes de la resolución, se evidenciará que: la utilización de las reglas de la sana crítica, son fundamentales para resolver este tipo de conflictos; los medios de prueba actuados, tienen que ser acordes, porque deben guardar una estrecha relación entre sí y complementarse, porque deben apoyarse unos en otros para demostrar lo afirmado en la demanda.

En primera instancia, el señor Luis Otavalo demanda a su cónyuge, señora Yolita Sisalima, el divorcio por la causal de adulterio. Se manifestó, que no poseen bienes y que procrearon cuatro hijos comunes; que el actor viajó a Estados Unidos de Norteamérica hace cuatro años, sin que haya retornado a la ciudad de Cuenca, lugar donde habitaba su familia. El actor manifestó, que llegó a conocer que su esposa había dado a luz a un niño, *“fruto de relaciones extramaritales que ha sostenido con otro hombre”*, puesto que él no pudo haber mantenido relaciones sexuales con su mujer, por la lejanía en la cual se encontraba. En el considerando tercero, se numeran las pruebas que fueron

practicadas por el actor: la inspección judicial realizada al hospital donde dio a luz la demandada; y, los testimonios de tres personas, que corroboraron lo afirmado por el actor.

Existe prueba instrumental, que confirmó que la demandada acudió al hospital y que dio a luz a un niño. De los testimonios, se desprendió que es verdad que el actor viajó a otro país y que la demandada no ha visitado a su cónyuge; que en el transcurso de ese tiempo, ha nacido un niño que no puede ser hijo común de los cónyuges. Se hace especial consideración, por parte del juzgador, a la presunción legal de paternidad, contenida en el artículo 250 del código Civil, que dice: *El hijo que nace después de expirados ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido.*¹³⁹ Esta presunción legal puede ser destruida, mediante prueba en contrario, a lo cual el juez determina que “*no hay una prueba determinante que tenga el carácter de científica y por lo tanto irrefutable que afirma que el hijo nacido dentro del matrimonio no es el padre...*”, puesto que de los testimonios, solo se desprendieron conjeturas que no fueron precisas y no llevaron a la conclusión irrefutable, de que la demandada cometió adulterio. Por estas razones se declaró sin lugar la demanda.

La errónea apreciación y análisis que hizo el juez, tanto a los hechos como a la norma, causó que en la sentencia se rechace la demanda. Si se demostró, mediante la declaración de los testigos, que el actor no regresó a la ciudad donde habitaba su esposa, y la demandada no desvirtuó lo probado, como se puede mantener la presunción legal de paternidad, haciendo caso omiso a las reglas de la sana crítica. Si se encontraba en Estados Unidos, no podía engendrar un hijo con su esposa; resulta ilógico pensar lo contrario.

En segunda instancia, a más de las pruebas presentas en primera, se toma en consideración: “*un certificado conferido por la médico tratante del Hospital Vicente Corral Moscoso, en el que se afirma que la demandada ingresó a ese centro de salud, con labores de parto y abandonó dicho centro luego del*

¹³⁹ Código Civil, R.O. N° 46: 24-jun-2005.

mismo...”; la inspección judicial a la clínica, arrojó el mismo resultado. Se consideró también, las declaraciones de los testigos, que versan sobre la lejanía en la cual se encontraban los litigantes. Al igual que el juez de primera instancia, la Sala consideró, que las pruebas actuadas no llevaban a la conclusión inequívoca de que se cometió adulterio. También se consideró, el mandato legal contenido en el artículo 240 del Código Civil, sobre la presunción de paternidad dentro del matrimonio y no se llegó a desvirtuar, que el recién nacido tenía como padre al actor de la demanda. Con estos antecedentes, se confirmó la sentencia de primera instancia, existiendo un voto salvado.

Considero, que tanto en primera como en segunda instancia, los juzgadores estimaron que las declaraciones de los testigos, no son una fuente confiable sobre el no retorno del actor, a la ciudad donde se encontraba su esposa. Hubiera sido favorable para el actor, que presente el certificado de movimiento migratorio de él y de su esposa, en el cual se confirme la salida del país, el no retorno del actor y, la no salida de la demandada al país donde se encontraba el mismo; sin embargo, no se conoce las condiciones legales de la salida del actor de la demanda.

En la parte pertinente de la sentencia, referente al voto salvado, el juzgador consideró, que los testimonios fueron suficientes para demostrar la lejanía en la que se encontraban los cónyuges, por lo que era imposible mantener relaciones matrimoniales. También hace especial consideración, a una declaración de la demandada, en la cual *“reconoce haber procreado un hijo, que según dice ha sido por un supuesto abuso y por el abandono de su esposo.”*, lo cual es corroborado por *“un informe presentado por el Instituto de Criminología y Medicina Legal de la Universidad de Cuenca, informe de psicología clínica y trabajo socia...”*, el cual arrojó como resultado, que la demandada *“mantuvo una relación esporádica e informal con nueva pareja con la que procrea un hijo de un año de edad aproximadamente a la fecha del informe”*. La demandada, no llegó a comprobar el abuso del cual dijo haber sido víctima. En base a esta declaración, el miembro de la Sala salva el voto, considerando que hubo adulterio.

De la demanda, se interpuso recurso de Casación, fundamentado en el artículo 3, causal 3ra. de la Ley de Casación que dice: *Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto.*¹⁴⁰

El casacionista, imputa la violación de los antiguos artículos 119, 117, 120, 273, 277 y 278 del Código de Procedimiento Civil. En el considerando primero, la Sala dice que los artículos 273, 277 y 278 (actuales 269, 273 y 274), *“no guardan ninguna relación con la evaluación probatoria a que se refiere la causal invocada por la casacionista”*. El considerando segundo, dice que *“las disposiciones sobre la carga y pertinencia de la prueba, que traen los Arts. 117 y 120 del Código de Procedimiento Civil, (actuales 113 y 116), pese a que tienen vínculo directo con la mecánica que rige las probanzas, sin embargo no establecen ningún sistema legal de evaluación, que únicamente se encuentra en el Art. 119 (actual 115), que prescribe el sistema de la sana crítica...”*

Una vez que la Sala aclaró la invocación de normas, por parte del casacionista y estableció la norma positiva correcta, por la cual se debió fundamentar el recurso; procedió a definir el sistema de la sana crítica, con respecto a la valoración de la prueba. En el considerando tercero, hace mención a los hechos que fueron tomados en cuenta por los jueces inferiores, y en la parte esencial dice que *“Las reglas de lógica –el principio de razón suficiente-, surge inobservado por el Tribunal de Alzada, puesto que Otavalo Quizhpi “estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer”, -que ataca la presunción legal- que reconoce la aptitud de haber podido hacer concebir a la demandada un hijo común, en dicho lapso.”* Por lo mencionado, según el artículo 32 inciso 3ro. del Código Civil, queda comprobado *“la no existencia del hecho que legalmente se presume”*, por la imposición del principio de razón suficiente. Posteriormente, dice que la concepción extramatrimonial, no es la única forma de probar el adulterio, a lo cual, dice el fallo, no se obligó el actor a impugnar la paternidad del hijo concebido por su cónyuge. Del informe

¹⁴⁰Ley de Casación, Ley No. 27. R.O. 192 de 18-May-1993.

presentado como prueba, se desprendieron más datos, los cuales influyeron para crear la certeza en el juzgador, los cuales son: que la demandada seguía viviendo con la familia del esposo; que *“los menores pasaban permanentemente al cuidado de la tía paterna...”*; que la demandada mantuvo una relación esporádica e informal con nueva pareja con la que procreo un hijo. Por lo que la Sala, consideró que el juez ad quem, violó el sistema valorativo de la sana crítica.

Para emitir sentencia, declarando disuelto el vínculo matrimonial, la Sala se fundamentó en que: se comprobó el matrimonio entre los contrayentes, que la causal invocada quedó justificada en base a la inspección realizada al hospital, el anexo de la historia clínica de la demandada, el certificado de la doctora que atendió el parto y los testimonios que corroboraron la lejanía de los litigantes.

Posteriormente, se realiza el siguiente análisis, para otorgar la patria potestad de los hijos comunes. *“La realidad social originada por la migración, presenta múltiples casos en que cualesquiera de los cónyuges con frecuencia rompen la unidad familiar, y acaban con las relaciones conyugales, al fomentar la vinculación de éstos formando otras parejas, esto sucede tanto en el exterior o dentro del territorio nacional, pero sobre todo se produce el trauma psicológico de los hijos comunes, que la relativa y momentánea solvencia económica por la remisión de recursos, no logra restablecer la funcionalidad del núcleo familiar. Causa sociológica que debe ser tomada en cuenta para el juzgamiento de las conductas de los cónyuges, que se divorcian. En conclusión, no cabe encontrar una actuación de deshonestidad que incida determinantemente para acordar la situación económica y la tenencia de los hijos comunes”*. En análisis realizado, guarda relación con la realidad ecuatoriana sobre la migración, es por esta razón que la Sala no consideró que existió una mala conducta de la madre, como para retirarles la patria potestad de los hijos; pero si encontró justificado el adulterio de la misma, por lo que casó la sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial por la causa del adulterio.

En la resolución, se evidenció cuan fundamental se vuelve la correcta interpretación y aplicación de los principios de la sana crítica, los cuales son exactos por no admitir contradicciones. El principio de razón suficiente, es mencionado con gran énfasis en este caso, puesto que si los cónyuges se encontraban separados, era imposible que mantengan relaciones sexuales entre sí. Existe suficiente razón de la imposibilidad de mantener relaciones conyugales, y de que el estado de gravidez de la esposa, fue causado por haber mantenido una relación extraconyugal. La valoración que hace la Sala es la acertada, por los motivos lógicos expuestos, mientras que los juzgadores de las instancias anteriores, no enfocaron su análisis de esta forma, haciendo caso omiso a los principios lógicos.

Por su parte, existe una correcta motivación en la sentencia que garantiza una tutela judicial efectiva, ya que no solamente se explicó el análisis lógico que utilizó el juzgador, sino que se corrigieron las normas que debieron ser invocadas, referentes a la causal de adulterio y reglas de valoración y práctica de la prueba. Además, para no retirarle la patria potestad a la demandada, se atendió a lo preceptuado en normas positivas, como la Constitución, que garantiza la estabilidad del núcleo familiar, promover la corresponsabilidad materna y paterna, el interés superior del niño, promover el desarrollo integral del mismo; e inclusive, las normas del Código de la Niñez y Adolescencia con el fin de que los principios invocados sean más *“favorables a la vigencia de los derechos de la niñez y adolescencia.”*

Conclusiones.

1. Las instituciones del Derecho de Familia, han logrado una gran evolución a lo largo del tiempo, desde los primeros cuerpos jurídicos hasta los actuales.
2. El proceso de divorcio en el Ecuador, ha sufrido considerables variaciones, separándose con el transcurso del tiempo, de los dogmas religiosos y apegándose cada vez más, a un dogma liberal, que busca conseguir la paz social que viene a ser el fin del proceso.
3. El divorcio que disuelve el vínculo matrimonial, fue practicado en el Ecuador desde 1902 hasta 1989, a pesar de que el matrimonio era considerado como una institución indisoluble. Esto se produjo, por un error de argumentación, a causa de una falacia involuntaria del legislador, llamada paralogismo.
4. La decisión de despenalizar el adulterio, fue acertada por parte del legislador ecuatoriano, ya que con la tolerancia de la sociedad, se cayó en cuenta que un matrimonio no puede ser perfecto, y que van a existir deslices de los cónyuges dentro del mismo.
5. El Derecho Canónico, no desconoce la jurisdicción de los Estados para regular el matrimonio civil; al contrario lo apoya y reconoce sus efectos jurídicos.
6. A pesar de que el concepto de matrimonio, fue redefinido por el legislador, este aún no abarca todos los fines que se deben cumplir en el mismo, por lo cual la definición se encuentra incompleta, esto puede acarrear problema con respecto al principio de identidad, puesto que al no ser definido correctamente, no puede ser entendido.
7. La causal de adulterio, no se encuentra definida en el Código Civil, vacío que causa problema al momento de resolver conflictos, puesto que se

debe entender en su forma más natural, común y obvia. Esto se puede prestar para diferentes interpretaciones.

8. Dentro de la doctrina propuesta, el adulterio debe ser considerado cuando se practique cualquier tipo de relación sexual, sin importar el género de los que lo realizan.
9. Así mismo, el adulterio no requiere ser cometido por numerosas ocasiones, basta con que sea cometido por una vez, para que se considere como tal.
10. El consentimiento del cónyuge agraviado, de la relación sexual extraconyugal, tiene como resultado, que no se considere como adulterio a la misma.
11. Los medios probatorios que pone a disposición la ley, son suficientes para demostrar el adulterio, pero no son usados correcta y oportunamente.
12. La combinación de los medios probatorios, en relación a las circunstancias de los hechos, brindan a la parte afectada la oportunidad de probar el adulterio
13. La prueba dentro del proceso de divorcio por adulterio, debe concretarse a probar el hecho cometido y no a otros asuntos.
14. De las sentencias analizadas, se desprende la conclusión de que la prueba que no es practicada dentro del término probatorio, no necesariamente es excluida, puesto que puede aportar hechos de gran interés para resolver el conflicto.
15. La prueba que viola derechos de las partes o de terceras personas, no puede ser tomada en cuenta, puesto que es inconstitucional.
16. En el Ecuador, el principio de inmediación no es aplicado, puesto que por la carga judicial, esta tarea es encomendada a los secretarios y amanuenses de las respectivas judicaturas.

17. La libre apreciación de las pruebas, con arreglo a las reglas de la sana crítica, es la doctrina dominante entre los tratadistas y es la más eficiente, en el momento de valorar la prueba para emitir sentencia.
18. La sana crítica no se refiere al libre arbitrio del juzgador, sino que se encuentra regido por determinados principios, que arrojan resultados lógicos, los cuales no admiten contradicción.
19. La prueba tasada o legal en el Ecuador, es utilizada para los instrumentos públicos o privados, y para la confesión judicial simple.
20. De la jurisprudencia analizada, se concluye que todos los procesos de divorcio por la causal de adulterio, son presentados por hombres a sus esposas. No existe ningún proceso de una mujer demandando a su cónyuge, por la misma causal.
21. Si bien la comprobación del acto sexual, constituye la prueba más fehaciente del cometimiento del adulterio, no es la única.
22. La sentencia ejecutoriada de impugnación de paternidad, junto con testimonios que declaren sobre la mala conducta de la demandada, son pruebas fehacientes, de las cuales solo pueden concluir el cometimiento del adulterio.
23. Solo los testimonios que presenta el actor de una demanda de divorcio, difícilmente pueden ser considerados como pruebas irrefutables del cometimiento del adulterio, pero sirven como importante apoyo, junto con otras pruebas, para determinar el mismo.
24. De la segunda sentencia analizada, se desprende la conclusión de que la presunción de paternidad de un hijo nacido dentro del matrimonio, es susceptible de ser refutada, puesto que el hijo reconocido por la adúltera y otro hombre que no es su esposo, constituye un instrumento que hace plena prueba sobre el cometimiento del adulterio.

25. La confesión o allanamiento del demandado en un juicio de divorcio por adulterio, constituye prueba legal y no puede ser considerada inconstitucional por autoincriminación; ya que el adulterio no es penalizado y la autoincriminación solo se refiere al campo penal.
26. La aplicación de los principios que rigen la sana crítica, a hechos específicos, evidencian la verdad sobre los mismos dentro de cualquier caso y no admiten contradicción.
27. Al declarar disuelto el vínculo matrimonial, se debe decidir sobre la patria potestad de los hijos y el punto clave para tomar tal decisión, es comprobar la mala conducta del cónyuge adúltero.
28. La crisis económica ecuatoriana, provoca que las familias se separen, haciendo más vulnerables a los cónyuges a la infidelidad. Por lo cual, no cabe declarar la mala conducta del cónyuge, para decidir sobre la patria potestad de los hijos.

Recomendaciones.

1. La definición de matrimonio debe reformularse. Conteniendo como uno de los fines del mismo, la fidelidad que se deben los esposos. Aspecto, que no es considerado ni en la Constitución, ni en el Código Civil.
2. El legislador ecuatoriano, debe realizar la definición de adulterio. La misma que debe decir: "Se considera adulterio a todo tipo de relación sexual, sea esta vaginal, oral o anal; cometida entre dos personas de igual o diferente sexo, por una o varias ocasiones, sin el consentimiento del cónyuge que se creyere afectado."
3. Para que el actor de un proceso de divorcio por adulterio, pueda comprobar la consumación del mismo, es necesario que los medios probatorios sean combinados unos con otros, para apoyar así el fundamento de la demanda.

4. Los jueces deben cumplir con el principio de inmediación de la prueba, con el fin de lograr una tutela judicial efectiva; caso contrario, los fallos que emitan, son susceptibles de ser criticados por la falta de interés de los jueces.
5. Las judicaturas, deben tener jueces capaces que conozcan a fondo los principios que reglan la sana crítica; puesto que la labor más importante de un juez, es valorar las pruebas y fallar conforme a los resultados que arroje tal valoración.
6. Se debe hacer de público conocimiento, que la comprobación del acto sexual, no es la única forma de comprobar el adulterio.
7. Se debe tomar en cuenta la fórmula presentada, para demostrar el adulterio; esto es: la impugnación de paternidad, acompañada de testimonios que deben ser conducentes a comprobar el adulterio.
8. La confesión judicial en la que se acepta haber cometido adulterio, no debe ser considerada como inconstitucional, ya que la autoincriminación no aplica al campo civil.
9. En el adulterio cometido por un cónyuge, el cual ha sido abandonado por migración del otro, no se debe considerar como mala conducta el cometimiento del acto; ya que esto se produce por el estado vulnerable en el que se encuentra el cónyuge abandonado.

BIBLIOGRAFÍA

Libros.

ALESSANDRI, Arturo. SOMARRIVA, Manuel. (1998) *Tratado de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

ARAZI, Roland. (1998) *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca.

BODENHEIMER. Edgar. (1997) *Teoría del Derecho*. Bogotá: D´Vinni.

BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Perrot.

BOSSERT, Gustavo, ZANNONI Eduardo. (2008). Buenos Aires. *Manual de Derecho de Familia*.

CABANELLAS G. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta.

CAÑÓN, Pedro. (2009). *Práctica de la Prueba Judicial*. Bogotá: Ecoe Ediciones.

COELLO, Enrique. (1997). *Sistema Procesal Civil*. Loja: Pilar Camposano.

KLUG, Ulrig. (1990). *Lógica Jurídica*, Bogotá: Temis S. A.

MENA, Claudio. (2001). *Lecciones de Historia del Derecho*. Quito.

LARRAIN, Hernan. (1994) *Lecciones de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

PARRAGUEZ, Luis. (1999). *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia, Volumen I*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja.

PUCHAISELA, Olivio. (1999). *Derecho Romano I*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja.

Revista.

Universidad de los Andes, (2001). *Revista de la Facultad de Derecho N° 56*.
Caracas: UCAB

Documentos de Internet.

Diccionario de R.A.E. 22 edición. www.rae.es.

ENGELS, F, La Familia, <http://www.ucm.es/info/bas/es/marx-eng/84of/84OF2.htm>.

GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso,
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/601/6.pdf>,

LINARES, Juan, *La Valoración de la Prueba*,
<http://www.derechocambiosocial.com/revista013/la%20prueba.htm>.

Texto del Código de Ur-Nammu, <http://ocw.unican.es/humanidades/historia-del-proximo-oriente/modulo-2/texto-del-codigo-de-ur-nammu/>

Universidad de las Américas, Puebla, Principios de la Sana Crítica,
http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/oropeza_t_a/capitulo3.pdf.

Wikipedia, Código de Hammurabi,
http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hammurabi..

Cuerpos Jurídicos.

Constitución del Ecuador. R.O. N° 449 20 Oct. 2008.
Código de Derecho Canónico. 1983.

Resolución Tribunal Andino 40, R.O. 301 19 de Oct. de1999.

Ley de Matrimonio Civil, R.O. N° 317. 04 Oct. 1902

Código Penal R.O. N° 147. 22 Ene. 1971.

Código Civil R.O. N° 46: 24 Jun. 2005.

Código de Procedimiento Civil R. O. N° 58: 12 Jul. 2005.

Ley de Casación, Ley No. 27. R.O. 192 de 18 May. 1993.

Ley Notarial R. O. S. 64 de 8 Nov. 1996.

Fallos Judiciales.

Gaceta Judicial. Año LXXVIII. Serie XIII. No. 2. Págs. 363 – 369.

Gaceta Judicial. Año LXXIX. Serie XIII. No. 6. Págs. 1327 – 1332.

Gaceta Judicial. Año LXXXVI. Serie XIV. No. 10. Págs. 2293 – 2300.

Gaceta Judicial. Año LXXXVI. Serie XIV. No. 11. Págs. 2463 – 2468.

Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Págs. 5019 – 5023.

ANEXOS

ANEXO 1

GACETA JUDICIAL

GACETA JUDICIAL

de Tulcán a cuyo co-
to la causa, en vir-
apelación interpuesto
confirma en lo prin-
currida. Para resol-
tercera instancia que
sentencia interponen
de nulidad del jui-
PRIMERO.— No ha
nulidad por cuanto
los demandados han
nente con la demanda
auto de prueba y la
por tanto, las omi-
los demandados su
, no habiéndose omi-
lemedad sustancial,
el proceso. SEGUN-
on el Art. 953 del Có-
icación o acción de
ne el dueño de una
ue no está en pose-
oseedor de ella sea
úrsela. Constituyen
mentos de la referida
del que se reputa
ción de la cosa que
ar; y que, el titular
en posesión para que
lenado a restituirla.
caso, no existe dis-
a los dos primeros
propios demanda-
s actores son dueños
materia de la reivin-
ular, consta de las
inscritas acompaña-
Igualmente consta
bien, por medio de
ros que lo individua-
lecta al tercer requi-
s sostienen que se
ón de la casa y te-
consentimiento de los
os con un consenti-

miento tácito manifestado por ellos. Tal particular consta de autos de lo manifestado por los mismos demandantes en su escrito de demanda, cuando dicen que: "desde hace dos años y dos meses, en calidad de hermanos de Leonardo Enriquez Mejía y considerando su situación, para ayudarle, le permitimos que viviera en nuestra casa, sin pagarnos arrendamiento alguno". Por tanto, nos encontramos en el caso de un comodato o préstamo de uso, definido en Art. 2104 del Código Civil; y, de acuerdo con el Art. 2106, el comodante conserva sobre la cosa prestada todos los derechos que antes tenía, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario. Por lo mismo, los actores no han dejado de estar en posesión del inmueble que reclaman, pues tan sólo han entregado el bien raíz a los demandados para que vivieran en dicha casa, sin pagarles arrendamiento alguno por ser hermanos y con el fin de ayudarles, razón por la cual, los demandados han tenido tan sólo la calidad de meros tenedores del inmueble reclamado, calidad que la declaran y reconocen los propios actores; pues, el comodatario no adquiere la posesión de la cosa o bien raíz dado en préstamo, sino la mera tenencia, conservando por lo mismo la posesión el comodante, y si éste no ha perdido la posesión, la acción reivindicatoria resulta improcedente por faltar el elemento tercero antes mencionado que caracteriza la acción de dominio. CUARTO.— El juez no puede alterar los hechos fundamentales de la demanda y su decisión tiene que encuadrarse en lo que ha sido materia de la controversia; y, en el presente caso, no puede admitirse que intenten la acción reivindicatoria quienes hicieron entrega voluntaria de la casa y terreno para un fin determinado, conce-

diéndoles la mera tenencia de su propiedad, que la tienen a su nombre, tenencia que es de buena fe, y sin que pueda privárseles de la misma mientras subsista el convenio privado. Por las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, revocándose la sentencia subida en grado, se desecha la demanda por improcedente. Sin costas. Notifíquese.

Estuardo Hurtado L.— Aníbal Guzmán L.— Sócrates Navas M.

LEGISLACION CIVIL

Juicio verbal sumario que, por divorcio, sigue Luis Yáñez Ibarra en contra de Blanca Quispilema.

PRIMERA INSTANCIA

Ambato, Enero 12 de 1977. Las 8 a.m.— VISTOS: Luis Yáñez Ibarra, dice que en el año de 1962 contrajo matrimonio con Blanca Lidia Quispilema Frias y que luego de transcurrir ocho años ha nacido una niña llamada Mariana Yáñez Quispilema. Que en circunstancias de hallarse trabajando en el Ingenio "Valdez" de la ciudad de El Milagro, ausente de su mujer, ésta ha concebido un niño, que al nacer llevó el nombre de Luis Antonio, a quien lo ha impugnado la "calidad de padre" del menor, obteniendo sentencia favorable con fecha 10 de Abril de 1974. Continúa diciendo que actualmente tiene conocimiento, que su indicada cónyuge se encuentra en estado de gravidez, sin embargo de que por los exámenes que se ha hecho, no puede engendrar. Con estos antece-

dentes y fundado en la causal 1ª del Art. 109 del Código Civil demanda a su mujer Blanca Lidia Quispilema Frías, la disolución del vínculo matrimonial. Pide que se provea de curador ad-litem a la menor Mariana Yáñez, así como al niño que está por nacer. Indica que hay bienes sociales. Citada legalmente la demandada y luego de que se diera Curador ad-litem a la indicada menor, así como al que luego naciera llamado Julio César, se señaló día y hora para la audiencia, en la que la demandada contesta negando en forma simple, llana y absolutamente los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya la demanda; dice que es falso que haya habido falta de fidelidad; que, en cuanto ha sido impugnada la paternidad del menor Luis Antonio, seguramente se trata de un ardid hilvanado sin conocimiento de su madre; que la ausencia a la costa por parte de su marido, lo ha hecho de mutuo acuerdo. Alega la total improcedencia de la demanda y protesta porque se quiera acusar de adulterio a una mujer que siempre ha sido fiel a su marido, a quien le niega "todo su justo derecho" para haber deducido la acción. Pide el rechazo de la demanda. Así trabada la lita, para resolver, se considera: 1ª— En la tramitación del juicio se han observado todos los requisitos y solemnidades legales para su validez, como así se declara; 2ª— Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo, como éste lo está también obligado a probar los hechos que alega. 3ª— El demandante, con la certificación que obra a fs. 1ª, reproducida durante el término probatorio, ha acreditado el hecho del matrimonio cuyo divorcio persigue; 4ª— Igualmente, el actor ha acreditado dos siguientes he-

chos: a) que su matrimonio lo ha efectuado el 3 de febrero de 1962, habiendo nacido la menor Mariana Marlene el 23 de diciembre de 1969; b) que siempre se ausentaba a la Costa para los trabajos de zafra; c) que con fecha diez de abril de 1974 se ha dictado sentencia por parte del señor Juez 3º Provincial, aceptando la demanda de impugnación planteada por Luis Yáñez y declarando que el menor Luis Antonio Yáñez Quispilema, no es su hijo legítimo, sentencia que se halla ejecutoriada (fs. 10 y 11); d) que con fecha 27 de febrero de 1976, ante el Teniente Político de la parroquia Montalvo se ha levantado una acta entre Carmen Zamora mujer de Salomón Gamboa y Blanca Quispilema, haciéndose reclamaciones por actos ilícitos de esta última con el marido de la primera, quien ha trabajado un cerramiento en la propiedad de los hoy litigantes (fs. 38); e) de las sendas declaraciones testimoniales rendidas por Manuel Frías, Alberto Zamora, Laura Salomón Frías, Erlinda Mayorga y Carmen Zamora, se infiere una conducta inmoral bastante dudosa que ha observado la demandada, por mucho que sobre el particular ella haya tratado de demostrar lo contrario con testigos que desconocen hechos sustanciales, como el aseverar que los cónyuges contendores tienen tres hijos, indicando la testigo Victoria Chávez Zamora (fs. 43), al contestar a la 2ª repregunta "He oído que se llama Antonio, pero no sé hijo de quién sea"; 5ª— Con los certificados médicos conferidos por los doctores Lautaro Puente, Carlos Núñez Oviedo (fs. 30 y 31) al igual que los que obran a fs. 50 y 51 luego de nombrados y posesionados de peritos, quienes a fs. 58 satisfacen un cuestionario sobre los exámenes realizados en la persona del actor Yáñez, y con el certificado conferi-

do por
fs. 73 y
los dos
la impo
existe
hecha a
rroquia
lo dicho
cuya co
tuacione
dos tod
datos pi
perpetra
lo pued
ciones
se estin
les pres
acepta
mandad
mismo
dad del
lacion s
que el
lito sex
en él es
tuacion
Yáñez
dado y
su padr
te reci
su mis
madre,
tidad d
suales,
tras se
hijo tien
mentici
present
támenes
Preside
favorabl
DO JUS
PUBLIC
LEY, a
suelto e

matrimonio lo ha efectuado el 1.º de febrero de 1962, habiendo sido declarada culpable Mariana Marlene el 23 de febrero de 1969; b) que siempre se ha trabajado en la finca La Costa para los trabajos agrícolas con fecha diez de abril de 1962, por lo que se dictó sentencia por parte del Jefe de la Sala 3ª Provincial, aceptando la demanda de impugnación planteada por el actor y declarando que el matrimonio Yánez Quispilema, es válido, sentencia que se dictó el 1.º de febrero de 1976, ante el Jefe de la parroquia Montalvo, donde se dictó una acta entre el actor y la mujer de Salomón Gamboa Quispilema, haciéndose relación de los hechos ilícitos de esta última, en la primera, quien es la demandada, cerramiento en la proyección de los litigantes (fs. 38); e) las declaraciones testimoniales de Manuel Frías, Alberto Salomón Frías, Erlinda Zamora, se infiere que son moralmente bastante dudosas, por lo que la demandada, por motivos particulares ella haya de demostrar lo contrario con hechos que desconocen hechos sustantivos que los cónyuges tienen tres hijos, indicados en la sentencia de victoria Chávez Zamora, que declara a la 2ª repregunta que el actor llama Antonio, pero no se sabe"; 5ª— Con los certificados conferidos por los doctores, Carlos Núñez Ovieta, igual que los que obran en el expediente de nombrados y poseedores, quienes a fs. 58 sancionaron sobre los exámenes en la persona del actor el certificado conferido

do por el Dr. Eloy Garcés, que obra a fs. 73 y otras contestaciones dadas por los dos primeros (fs. 78), se ha probado la impotencia de Yánez; 6ª— Además existe la declaración de la Quispilema hecha ante el Teniente Político de la parroquia Montalvo (fs. 61) que corroboró lo dicho por su marido en la demanda cuya copia obra de fs. 70-72 con otras actuaciones sobre el particular; 7ª — Dados todos estos antecedentes y los más datos procesales, y como el adulterio se perpetra en ámbito de intimidad que sólo pueden llegar a revelarlo las presunciones graves, precisas y concordantes, se estima la existencia inequívoca de tales presunciones para aceptar, como se acepta el adulterio perpetrado por la demandada Quispilema Frías, quien por lo mismo ha roto el principio de estabilidad del matrimonio que, en nuestra legislación se reputa de orden público, tanto que el Código Penal lo tipifica como delito sexual y lo reprime con las penas en él establecidas; 8ª— Respecto a la situación de la menor Mariana Marlene Yánez Quispilema, se deja bajo el cuidado y protección del que aparece como su padre el actor; y, en cuanto al infante recién nacido llamado Julio César, por su misma edad queda en poder de su madre, debiendo el actor pasar la cantidad de ciento cincuenta sucres mensuales, en concepto de alimentos y mientras se resuelva la impugnación que de hijo tiene deducida el actor, pensión alimenticia que suministrará a partir del presente mes de Enero; y, 9ª— Los dictámenes de los señores Agente Fiscal y Presidente del Tribunal de Menores, son favorables. Por tanto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, aceptando la demanda, declara disuelto el vínculo matrimonial que une

a los cónyuges Yánez Ibarra-Quispilema Frías, por la causal 1ª del Art. 109 del Código Civil. En cuanto a los bienes sociales que existan, deben liquidarse en legal forma. Ejecutoriada esta providencia, subinscríbese en la Oficina de Registro Civil de este Cantón, lugar donde se halla inscrito el matrimonio, en el tomo 3º del año 1962, página 1ª y con el N° 1, para lo que se conferirán las copias necesarias. Con sólo el objeto de hacer efectivo el cobro del cinco por ciento que corresponde al Colegio de Abogados, fijo en tres mil sucres los honorarios de cada uno de los doctores Homero Garcés y Daniel Altamirano. Léase y notifíquese.

José Vicente Iglesias

SEGUNDA INSTANCIA

Ambato, Septiembre 22 de 1977; las tres p.m.— VISTOS: Luis Yánez Ibarra dice ser casado con Blanca Lidia Quispilema Frías, con quien no tuvo hijos durante ocho años y que, cuando se ausentó para trabajar en el ingenio Valdez en la ciudad de Milagro, su mujer engendró un hijo que lo impugnó y recibió sentencia favorable, no obstante sabe que nuevamente se encuentra en estado de gravidez, sin embargo, que el compareciente, por los exámenes que le han practicado, no puede engendrar; que durante el matrimonio han adquirido cuatro lotes de terreno pertenecientes a la parroquia Montalvo de este Cantón y en uno de los cuales se ha construido una casa, que además, poseen unos animales y artefactos, los que indica en la demanda; que su mujer vive en adulterio, por lo que, amparado en lo dispuesto en el Art. 109, causal 1ª del Código Civil, de-

manda a su expresada mujer, la disolución del vínculo matrimonial, lo que se declarará en sentencia. Solicita se provea de curador para la menor Mariana Yáñez Quispilema así como también para el menor que está por nacer, cuya paternidad manifiesta no la asume contándose para el efecto con los señores Presidente del H. Tribunal de Menores y Agente Fiscal. Citada la demandada y nombrado el respectivo curador ad-litem, contesta la demanda en la audiencia de conciliación, negando los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y, que es falso que haya falta de fidelidad de su parte, que es honorable, que es correcta y que el demandante ha hecho vida de hogar días antes de haber propuesto esta demanda; que la demanda de impugnación del hijo, no ha sido conocida por ella y por todo lo anotado, alega la improcedencia de la acción por vicios de fondo y forma, como la nulidad de la acción y del juicio. Trabada la litis y tramitada la causa el señor Juez ha dictado sentencia de que la demandada ha interpuesto recurso de apelación. Subida la causa en grado se ha radicado la competencia en esta Sala por haber ingresado antes que se creara la 2ª Sala de la Corte y para resolver se considera: 1) Habiéndose observado en la tramitación todas las formalidades legales pertinentes al juicio verbal sumario, el proceso es válido; 2) Con las partidas de matrimonio y nacimiento de los menores, se ha demostrado el estado civil que une al actor y la demandada, así como de la existencia de los expresados hijos; 3) Con las declaraciones de los testigos Manuel Frías, Lauro Salomón Frías y Carmen Zamora, el actor ha demostrado la conducta inmoral de

parte de la demandada, sumándose a esta prueba también la impugnación que el actor ha presentado por el nacimiento del menor Luis Antonio que ha sido aceptada la acción y ejecutoriada la sentencia, sin que esta prueba se haya desvirtuado con las testimoniales que también ha presentado la demandada, porque dicen desconocer sobre los hechos sustanciales que concierne; 4) Según el acta transaccional celebrada ante el Teniente Político de la parroquia Montalvo de este Cantón de 27 de Febrero de 1976 entre Carmen Zamora y Blanca Lidia Quispilema, por actos ilícitos de ésta con el marido de la primera Salomón Gamboa, quien ha trabajado un cerramiento en la propiedad de los litigantes; 5) Además, con los certificados médicos que han presentado y que actuaron en calidad de peritos designados por las partes (sic), se ha justificado la impotencia de parte del actor, inclusive con el informe de fs. 73 que presenta el doctor Eloy Garcés; 6) De las copias de fs. 70 a 72 vta. y más diligencias que constan de los autos se ha establecido presunciones graves y concordantes para aceptar la causal invocada en la acción planteada. Por lo expuesto, siendo favorable el dictamen del señor Ministro Fiscal y arreglada la situación económica de los menores, en la forma que expresa el Juez a quo en su consideración octava, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se confirma la sentencia recurrida. Sin costas por cuanto el litigio es entre marido y mujer. Léase en público y notifíquese.

Angel Granja.— Fausto Palacios.—
Adolfo Herdoíza.

Quito, a 27 de
VISTOS: Lu
cio a su mu
con quien co
de 1962 en
la Provincia
que durante
procrearon r
do ese tiemp
Yáñez Quis
cias en que
el ingenio V
gro y su m
liada en la E
bia concebido
vó el nombre
pilema, no
la concepción
tado de tene
por tal motiv
dre del men
da favorable
gado Tercero
con fecha 10
ne conocimie
yuge se enc
dez, sin emb
menes que
engendrar; c
han adquirido
ubicados en
uno de los c
da una casa
algunos sem
que su espos
terio, razón p
solución del
sal 1ª del A
tada la dema
designado cu
María Marles
menor que s
al momento

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 25 de Abril de 1978; las 3 p.m.

VISTOS: Luis Yáñez demanda el divorcio a su mujer Blanca Lidia Quispilema con quien contrajo matrimonio en el año de 1962 en la parroquia Montalvo de la Provincia de Tungurahua, aduciendo que durante el lapso de ocho años no procrearon ningún hijo y que transcurrido ese tiempo nació la niña Mariana Yáñez Quispilema; que en circunstancias en que se encontraba trabajando en el ingenio Valdez de la ciudad de Milagro y su mujer se encontraba domiciliada en la Parroquia Montalvo, ésta había concebido un niño que al nacer llevó el nombre de Luis Antonio Yáñez Quispilema, no obstante, que, al tiempo de la concepción, se encontraba imposibilitado de tener acceso en su cónyuge; que por tal motivo impugnó su calidad de padre del menor, habiendo sido sentenciada favorablemente la causa en el Juzgado Tercero Provincial de Tungurahua, con fecha 10 de Abril de 1974; que tiene conocimiento que actualmente su cónyuge se encuentra en estado de gravidez, sin embargo de que, por los exámenes que se han realizado, no puede engendrar; que durante el matrimonio han adquirido cuatro lotes de terreno, ubicados en la parroquia Montalvo, en uno de los cuales se encuentra construida una casa, así como también poseen algunos semovientes y varios muebles; que su esposa vive en estado de adultorio, razón por la cual demanda la disolución del vínculo conyugal por la causal 1ª del Art. 109 del Código Civil. Citada la demandada y una vez que se ha designado curador ad-litem de la menor María Marlene Yáñez Quispilema y del menor que se encontraba en gestación al momento de presentación de la de-

manda y cuyo nacimiento ha tenido lugar el 1º de septiembre de 1976, según partida de fs. 17, habiéndole puesto el nombre de Julio César Yáñez Quispilema, convocadas las partes a audiencia de conciliación la demandada se exceptiona negando los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, que es falso que haya habido falta de fidelidad de la demandada para con su marido; que el actor ha hecho vida de hogar hasta días antes de haber propuesto la demanda de divorcio; que la impugnación de la paternidad de su hijo Luis Antonio Yáñez Quispilema, seguramente se la ha hecho mediante algún ardid, sin conocimiento de su madre; y, que cuando el actor se ausentaba a la costa, lo hacía de mutuo acuerdo con su mujer. Tramitada la causa, el Juez Primero Provincial de Tungurahua pronuncia sentencia en la que, aceptando la demanda, declara disuelto el vínculo matrimonial de actor y demandada por la causal 1ª del Art. 109 del Código Civil; y con respecto a la situación de la menor Mariana Marlene Yáñez Quispilema, resuelve que quede en poder del padre y que el infante recién nacido llamado Julio César, quede en poder de su madre, debiendo el actor suministrar la pensión alimenticia de ciento cincuenta sucres mensuales y mientras se resuelve la impugnación que de hijo tiene deducida el actor. La Primera Sala de la Corte Superior de Ambato a cuyo conocimiento ha subido la causa en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada, confirma la sentencia recurrida. Para resolver el recurso de tercera instancia que de la referida sentencia interpone la demandada, se considera: 1º) Con las partidas de matrimonio y de nacimiento de los menores antes mencionados, se ha justificado el estado civil

andada, sumándose a
 ién la impugnación que
 tado por el nacimiento
 tonio que ha sido acep-
 ejecutoriada la senten-
 prueba se haya desvir-
 imoniales que también
 demandada, porque di-
 bre los hechos sustan-
 rne; 4) Según el acta
 brada ante el Teniente
 roquia Montalvo de es-
 te Febrero de 1976 en-
 ra y Blanca Lidia Quis-
 ilicitos de ésta con el
 nera Salomón Gamboa,
 lo un cerramiento en
 los litigantes; 5) Ade-
 tificados médicos que
 que actuaron en cali-
 signados por las par-
 stificado la impotencia
 , inclusive con el infor-
 presenta el doctor Eloy
 copias de fs. 70 a 72
 ncias que constan de
 stablecido presunciones
 antes para aceptar la
 n la acción planteada.
 iendo favorable el dic-
 Ministro Fiscal y arre-
 económica de los me-
 a que expresa el Juez
 eración octava, ADMI-
 TICIA EN NOMBRE
 CA Y POR AUTORI-
 , se confirma la sen-
 Sin costas por cuanto
 marido y mujer. Léa-
 otifíquese.

- Fausto Palacios.-

que une a actor y demandada y el nacimiento de los hijos del matrimonio; 2º) El divorcio por adulterio, que debe ser propuesto por el cónyuge que se creyere perjudicado, dada la intimidación en que se perpetra tal hecho, sólo puede estar sujeto a prueba conjetural, que debe apreciarla el Juez tomando en cuenta las presunciones graves, precisas y concordantes que aparezcan del proceso. Sentados estos antecedentes, en el caso se aprecian los siguientes hechos: la copia certificada de la sentencia dictada por el Juez Tercero Provincial de Tungurahua en el juicio de impugnación de la paternidad del menor Luis Antonio Yáñez Quispilema, en la que se declara que el referido menor no es hijo de Luis Yáñez Ibarra, ordenando se rectifique la partida de nacimiento, de suerte que en ella conste como Luis Antonio Quispilema, hijo de Blanca Lidia Quispilema y de padre desconocido, sentencia pronunciada el 10 de Abril de 1974 y que se encuentra ejecutoriada por el Ministerio de la Ley; el testimonio de Manuel Frías (fs. 39), que manifiesta que conoce que Salomón Gamboa mantenía relaciones sexuales con la demandada, cuando su marido se encontraba ausente, por cuanto el mismo Gamboa le ha contado en estado de embriaguez; la declaración del testigo Lauro Salomón Frías (fs. 41), quien manifiesta que por referencias ha llegado a tener conocimiento que la demandada ha tenido mala conducta y que inclusive ha tenido relaciones amorosas con un individuo llamado Marco Polo Carrera; lo manifestado por los testigos antes mencionados y por los otros testigos presentados por el actor, en el sentido de que éste se ausentaba por temporadas largas a la costa a trabajar como zafrero en el Ingenio Valdez;

la copia certificada de fs. 61, tomada del juicio de impugnación de la paternidad antes referida, en la que consta que el 19 de Abril de 1972, comparecieron ante el Teniente Político de la parroquia Montalvo el actor en este juicio Luis Yáñez Ibarra, su mujer la demandada Blanca Quispilema y Marco Carrera, habiendo reconocido ante dicha autoridad, tanto Blanca Quispilema como Marco Carrera, que habían mantenido relaciones sexuales, inclusive dando a conocer ciertos hechos que en esta resolución no hace falta mencionar, relaciones habidas cuando el marido de la demandada se encontraba ausente, indicando también que estaba embarazada de Marco Carrera. Todos estos hechos conforman presunciones graves, precisas y concordantes, que por reunir los requisitos del Art. 1756 del Código Civil tienen el valor de prueba plena, conforme al Art. 118 del Código de Procedimiento Civil. Por tanto, se encuentra justificada la causal fundamento de la demanda; y, no hace falta entrar a considerar la otra prueba aportada por el actor referente a su ineptitud para procrear (impotencia generandi); 3º) La prueba testimonial aportada por la demandada, no desvirtúa en modo alguno la del actor, que queda analizada en el considerando precedente, de la que se llega a una conclusión categórica de antecedentes y pruebas inobjectables que no permiten otra apreciación que no sea la existencia del adulterio de la demandada; 4º) En cuanto a la tenencia de los menores, hijos del matrimonio, y a la pensión alimenticia fijada, la Sala considera procedente lo resuelto en los fallos de primera y segunda instancia, al respecto. Por estas consideraciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE**

ficada de fs. 61, tomada impugnación de la paternidad, en la que consta de abril de 1972, compareciente Político de la parte el actor en este juicio, María, su mujer la demandada, Luis Quispilema y Marco Carretero reconocido ante dicha audiencia Blanca Quispilema como demandada, que habían mantenido relaciones sexuales, inclusive dando a luz hijos, hechos que en esta sentencia se falta mencionar, relacionando cuando el marido de la demandada encontraba ausente, indicando que estaba embarazada de un hijo. Todos estos hechos y circunstancias graves, precisando que por reunir los requisitos del Art. 1756 del Código Civil y de prueba plena, conforme al Art. 18 del Código de Procedimiento. Por tanto, se encuentra un causal fundamento de la demanda que hace falta entrar a discutir la prueba aportada por el demandado a su ineptitud para probar la demanda (proba generandi); 3º) La demanda aportada por la demandada desvirtúa en modo alguno que queda analizada en el precedente, de la que se concluye la inclusión categórica de antecedentes inobjetables que no merecen la apreciación que no sea la del adulterio de la demandada, sino la tenencia de los hijos del matrimonio, y a la luz de la sentencia fijada, la Sala concluye lo resuelto en los hechos y segunda instancia, al tener en estas consideraciones, ADJUDICACIÓN EN NOMBRE

DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se confirma la sentencia subida en grado. Notifíquese.

Estuardo Hurtado L.— Aníbal Guzmán L.— Sócrates Navas M.

LEGISLACION PENAL

Juicio que, por muerte de Silverio Loor Alfaro, se sigue contra Juan Cedeño Muñoz.

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Abril 18 de 1977; las 5 p.m. VISTOS: El Teniente Político de la parroquia Guayas del Cantón El Empalme tuvo conocimiento por medio de la denuncia verbal de Máximo Carrera Zambrano que en su finca denominada "Marianita", ubicada en el recinto El Congo de esa jurisdicción parroquial, el 29 de diciembre de 1975, en horas de la mañana se percibían malos olores y que al acercarse a ver de que provenían, se encontró con el cadáver de Silverio Loor Alfaro, en estado de putrefacción. Además, con fecha 26 de diciembre de 1975, Felipe Alarcón, había presentado una denuncia a la misma Autoridad, haciéndole conocer que el mentado Silverio Loor Alfaro había desaparecido de su domicilio luego de haber tenido un problema con el menor Roque Cedeño Orellana hijo de Juan Alberto Cedeño Muñoz, y que este último también había desaparecido de su casa. Por lo expuesto la mentada Autoridad inició juicio penal contra el mentado Juan Alberto Cedeño Muñoz, ya que al ser éste capturado declaró que él había disparado a Loor Alfaro, porque le estaba pegando a su hijo. El proceso se ha tramitado en sus etapas sumarial y plenaria (auto

motivado), y hallándose en estado de dictar sentencia, para hacerlo se considera: 1º) Que no hay nulidad que declarar porque no se ha omitido solemnidad alguna que lo invalide.— 2º) El evento material de la infracción está justificado: a) por las diligencias de identificación del occiso Silverio Loor Alfaro, de fs. 5 vta.; por el acta de reconocimiento exterior y autopsia e informe de los Peritos de fs. 6 y 6 vta. y 8 del proceso; b) por el reconocimiento del lugar de hallazgo de la víctima de fs. 15 y vta.; y c) por el reconocimiento del arma homicida de fs. 16 y vta.— 3º) La culpabilidad y responsabilidad del encausado Juan Alberto Cedeño Muñoz, está probada con: a) su propia declaración indagatoria de fs. 3 vta., 4, 4 vta. y 5 en que expone: que al oír gritos de auxilio de su hijo menor de edad llamado Roque Cedeño Orellana, corrió al lugar de donde provenían y que desde una pequeña distancia pudo ver que Silverio Loor Alfaro o Silverio Morán, como también se lo conocía en ese lugar, daba planazos con un machete a su indicado hijo, el que sangraba de la cara, y que como portaba una escopeta de chimenea, hizo un disparo contra el agresor de su hijo, sin darse cuenta si lo había herido o no a Loor, quien salió a carreras del lugar y se internó en unas bananeras; que él se dedicó a recoger a su hijo herido y lo condujo para que lo curaran, y se despreocupó del hechor; b) a fs. 41 del juicio aparece el acto procesal de confesión de Cedeño Muñoz, quien se ratificó en el contenido de su indagatoria; c) tres testigos presenciales del hecho delictivo han declarado en el juicio y corroboran lo manifestado por el encausado Cedeño, y así encontramos a fs. 18 la de Luis Anotnio Mendoza-González; a fs. 18 vta. la de Ramón Antonio Moreira

ANEXO 2

exigía los do-
no recuerda a
por el compra-
gía a los com-
entrada; sos-
Merino mantuvo
do su trabaja-
e tuvo un jui-
Merino le garan-
por \$ 20.000,00;
parciales a Pe-
exigía el pago to-
nota del aval
UARTO.— Por
legado a la con-
del aval fue
no pero mucho
endiendo en esta
primero de los
ncia. De años
Merino y Hurtado
ad. El primero
ntizaba obliga-
0 pero hay dos
ceptar la vera-
c lugar las re-
eron haber su-
arle Hurtado a
y, en segundo
garantizar a
vinte mil sucres
antizar un mi-
es, siendo de
antes dijo, el he-
conocía al ga-
lastimoso que
e un perito, to-
e la fecha de
nto por la des-
es es muy fac-
anza entre dos
regar a la otra
nada para que
cesidad lo re-
r que el acree-

dor señor Pacheco se haya negado a recibir abonos parciales, como lo expresa el señor Hurtado en su confesión rendida ante la Corte Suprema.— QUINTO.— La apreciación de la prueba tiene que hacerse a la luz de la sana crítica y aplicando ésta tengo el convencimiento de que el señor Merino no puso su nota en el aval cuando el texto de la letra de cambio estuvo lleno, esto es, el 28 de junio de 1975. En razón de lo expuesto: ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza la demanda ejecutiva propuesta por el señor doctor Rubén Darío Espinoza contra el señor Marco Aurelio Merino, debiendo efectuar el pago únicamente el señor Angel Hurtado Carvajal. Insértese este voto salvado en el ejecutorial y déjese copia en el cuaderno de tercera instancia. Notifíquese.

Aníbal Guzmán L.— Pedro A. Pérez.—
C. O. Carrera Nieto.

A U T O

Quito, a 19 de Julio de 1979; las 4 p.m.— VISTOS: El señor Marco Aurelio Merino en su escrito de 20 de Junio último solicita "que se aclare a cuáles "partes" se refiere el fallo; pues en el juicio existen varias y es necesario determinarlas"; con este escrito se corrió traslado a la parte actora por dos días, y lo contesta a fs. 26 el 25 de Junio. Conforme a la disposición del Art. 302 del Código de Procedimiento Civil "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura", en cuyo caso no está la sentencia de 13 de Junio de 1979, por lo que se deniega el pedido de aclaración. Pese a lo anterior, conforme al Diccionario

de la Lengua Española de la Real Academia Española al referirse a la palabra "parte" en su acepción forense, la número 16 dice: "El que litiga se muestra parte o se persona en un pleito", y al haberse utilizado en la sentencia el plural, es lógico deducir que se refiere a todos los que intervienen en el presente litigio, ya que, de haber sido la intención, concretarla al actor, a los demandados, o a uno de ellos, así se lo hubiera dicho en el fallo.— Notifíquese.

Aníbal Guzmán L.— (V. S.).— C. O.
Carrera Nieto.— Pedro A. Pérez H.

VOTO SALVADO

Quito, a 19 de Julio de 1979; las 4 p.m.— VISTOS: Habiéndome separado del criterio de mayoría y habiéndose solicitado aclaración del fallo para que se determine "a cuáles partes se refiere el fallo" es obvio que no me compete a mí hacer aclaración de ninguna clase, separándose por lo mismo del criterio de mayoría en lo relativo a la aclaración.

Aníbal Guzmán L.— C. O. Carrera Nieto.— Pedro A. Pérez A.

LEGISLACION CIVIL

Juicio verbal sumario que, por divorcio, sigue Carlos Tamayo contra Blanca María Gallegos.

PRIMERA INSTANCIA

Otavaló, Febrero 19 de 1979; las 11 y 45 a.m.— VISTOS: A fs. 7 de los autos ha comparecido el señor Carlos Augusto

Tamayo Ramírez para demandar el divorcio a su mujer señora Blanca María Gallegos afirmando que ha cometido adulterio, ya que ella ha estado en amores en Otavalo con otro hombre y ha llegado a tener un niño que se encuentra inscrito como hijo de Ricardo Telmo García y de Blanca María Gallegos, acompañando el certificado de nacimiento de este hijo. Citada la demandada y nombrado el Curador para que les represente a los hijos menores en esta causa, se convocó a las partes a la audiencia de conciliación, a cuya diligencia ha comparecido el Dr. Neptalí Oleas Zambrano con oferta de poder o ratificación de la demandada, quien ha dado contestación a la demanda, oponiendo, en síntesis, la excepción que se concreta a negar simple y absolutamente los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta. Trabada la litis y por no haber llegado las partes a ningún acuerdo que pueda dar por terminado el juicio, ha continuado la causa la sustanciación legal respectiva, con las pruebas pedidas por las partes durante la estación probatoria concedida en la misma audiencia de conciliación. Para la resolución se hacen las siguientes consideraciones: PRIMERA.— Por razón de la negativa de los fundamentos de la demanda por parte de la demandada, pesaba en el demandante la obligación de probar el hecho del adulterio perpetrado por la demandada, como la causal invocada para demandar la disolución del vínculo matrimonial y que se halla prevista en el número 1º del Art. 109 del Código Civil, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 114 del Código de Procedimiento Civil.— SEGUNDA.— Durante la estación probatoria del actor, en su escrito de fs. 23, ha solicitado que se tenga como prueba lo favorable de autos; la partida de

nacimiento del menor Cristian Danilo García Gallegos, nacido en Otavalo el 14 de Noviembre de 1977, así como la partida de matrimonio del actor con la demandada, instrumentos acompañados a la demanda; que se agregue al proceso la fotografía que corre a fs. 21 y el Oficio del Ministerio de Relaciones Exteriores que corre a fs. 22.— TERCERA.— De las pruebas antes anotadas, que pueden vincularse a la causal invocada por el actor en la demanda, no aparece establecido ningún hecho positivo, concreto y cierto que pueda orientar y conducir a la conclusión inequívoca de que Ricardo Telmo García ha tenido acceso carnal a la demandada Blanca María Gallegos, mujer del demandante, de cuya unión sexual haya nacido el menor Cristian Danilo García Gallegos, cuyo nacimiento se ha inscrito en Registro de Nacimientos del Cantón Otavalo, correspondiente al año de 1977, Tomo Cuarto Directas, Folios 212, acta N° 1.124, que aparece como hijo de Ricardo Telmo García y de Blanca María Gallegos. Pues la declaración que se ha hecho en la inscripción del nacimiento no constituye una prueba en contra de la madre, para la justificación del adulterio, toda vez que el hijo que nace durante la vida matrimonial se reputa concebido en el matrimonio y tiene por padre al marido, de acuerdo con el Art. 240 del Código Civil. El marido ha podido no reconocerle a dicho menor como suyo, probando que durante todo el tiempo en que, según el Art. 62 del expresado Código, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer. No existe en autos ninguna prueba que acepte tal impugnación tanto más evidente que el mismo actor en la demanda afirma: "siempre cumplí con mis obligaciones para con el hogar".—

CUAI
fs. 21
rio
Asun
tituye
terio
jer, ó
como
dema
QUIN
tarse,
dema
consi
51, p
el he
mand
proba
acuer
cero
dice:
la ma
ternid
cebid
que n
nació
dentro
eviden
ha im
ha exi
la dis
Y par
ficacia
tensio
ro 4º
merad
"Del
las Re
to Civ
que es
el adu
dios p
confes
acarne
nal. J
puesta

Cristian Danilo en Otavalo el 14 así como la par actor con la de acompañados a la que al proceso la fs. 21 y el Oficio ciones Exteriores TRCERA.— De las que pueden vin ocada por el ac aparece estableci tivo, concreto y ar y conducir a de que Ricardo do acceso carnal María Gallegos, de cuya unión menor Cristian cuyo nacimiento ro de Nacimien correspondiente Cuarto Directas, 24, que aparece Telmo García y os. Pues la de io en la inscrip constituye una madre, para la o, toda vez que te la vida ma ebido en el má e al marido, de del Código Civil. reconocerle a di obando que du te, según el Art. pudiera presu ivo en absoluta ner acceso a la s ninguna prue ación tanto más actor en la de re cumplí con m el hogar".—

CUARTA.— Ni la fotografía agregada a fs. 21, ni el Oficio de fs. 23 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Sección Asuntos Consulares y Extranjería, constituyen elementos probatorios del adulterio esto es, del acceso carnal a la mujer, de un hombre que no es el marido, como en el caso el actor le atribuye a la demandada, como causa del divorcio.—
QUINTA.— Finalmente, no puede aceptarse, por ineficaz, el allanamiento a la demanda por parte de la demandada, consignado en los escritos de fs. 50 y 51, por basarse la acción de divorcio en el hecho del adulterio imputado a la demandada, ya que esta causal no puede probarse por medio de confesión, de acuerdo con lo previsto en el inciso tercero del Art. 248 del Código Civil, que dice: "no se admitirá el testimonio de la madre que, en el juicio sobre la paternidad del hijo, declare haberle concebido en adulterio".— Si bien es cierto que no se trata de un juicio de impugnación de la paternidad del hijo nacido dentro del matrimonio, es también muy evidente que la acción de divorcio se la ha intentado para que se declare que ha existido adulterio, como la causa para la disolución del vínculo matrimonial. Y para el caso, se ha establecido la ineficacia legal del allanamiento a las pretensiones de la demandada, en el número 4º del segundo de los artículos innumerados que contiene la Sección 12º.— "Del allanamiento a la demanda", de las Reformas al Código de Procedimiento Civil de 30 de Noviembre de 1978, ya que es indiscutible la afirmación de que el adulterio puede probarse por otros medios probatorios, pero no mediante la confesión, que a la confesante le pudiera acarrear responsabilidad de carácter penal. Por todas las consideraciones expuestas, se llega a la conclusión de que

el actor no ha justificado el adulterio que le imputa a la demandada, y consiguientemente, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha la demanda. Sin costas.

Segundo León Vinuesa.

SEGUNDA INSTANCIA

Ibarra, 25 de Abril de 1979; las 11 y 30 a.m.— VISTOS: Carlos Augusto Tamaya Ramírez, fundado en la causal 1º del Art. 109 del Código Civil, en juicio verbal sumario, demanda a su mujer Blanca María Gallegos, la disolución del vínculo matrimonial. Como antecedentes manifiesta: que en su calidad de profesor, se trasladó con el cargo en la educación primaria en la Provincia de Manabí en el año de 1965 y su cónyuge estuvo con él en dicha Provincia hasta el año de 1968 en que aduciendo que había que educar mejor a los hijos, se trasladó a la ciudad de Otavalo, lugar en donde viven los familiares. Que a partir del viaje de su cónyuge a Otavalo, las relaciones maritales sufrieron deterioro; pero siempre cumplió con sus obligaciones para con el hogar. Que fueron varias las ocasiones en que le pidió que regresara a Manabí a vivir con él, pero no lo hizo. Por sus ocupaciones en la Provincia de Manabí muy pocas ocasiones visitó a su mujer y a sus hijos; mas hace pocos días recibió una documentación de un Abogado de Quito, en la que le decía que por instrucciones de la mujer tenía a bien proponer la tramitación del juicio de divorcio por mutuo consentimiento. Que alarmó para él esta noticia y fue hasta Otavalo para constatar lo sucedido y se encontró con la desa-

gradable sorpresa de que su mujer había estado en amores con otro hombre, y lo que es más había tenido un niño, que en la actualidad tiene seis meses de edad; niño que se encuentra inscrito como hijo de Ricardo Telmo García y de Blanca María Gallagos. En la audiencia de conciliación, la demandada por medio de su procurador, cuya personería se halla legitimada, manifiesta: que fue víctima de malos tratos, amenazas y violencias, hasta obligarle a que vaya con sus hijos para habitar en la casa que tienen en la ciudad de Otavalo, fuera de esto, su cónyuge se negó a todo apoyo económico manifestándole que no le daría un solo centavo porque él tenía otras obligaciones que cumplir, y aún diciéndole que para sostener a sus hijos que busque quien le mantenga. Se traba así la litis, y una vez concluida la sustanciación de la causa, el Juez Primero de lo Civil de Otavalo, en sentencia desecha la demanda. Sin costas. Es de este fallo que el actor interpone recurso de apelación. Para resolver se considera:

a) Se halla justificado el matrimonio contraído entre Carlos Augusto Tamayo Ramírez y Blanca María Gallagos; hecho que ha tenido lugar en la ciudad de Cayambe, el 25 de Abril de 1963, según lo acredita la respectiva partida que obra a fojas uno del cuaderno de primera instancia; b) A fs. 6 consta la partida de nacimiento del menor Cristian Danilo García Gallagos, nacido el 14 de Noviembre de 1977, hijo de Ricardo Telmo García, y de Blanca María Gallagos. Este instrumento hace plena prueba acerca de las relaciones ilícitas mantenidas por parte de la demandada con su amante Ricardo Telmo García; y, consecuente con ello lo reconoce al decir a fs. 51 que se allana a la demanda en forma libre y voluntaria. Esta declaración de

reconocimiento de adulterio de parte de la demandada, repugnaría a la conciencia judicial de no aceptar el divorcio, ya que la propia demandada está reconociendo haber cometido adulterio que aún cuando separada de su marido no era motivo para que traicione aquel vínculo conyugal que en todo tiempo estaba sujeta a respaldar la moral y el bien del hogar. Como consecuencia de lo anterior y con visto de esta prueba instrumental que para concepto de la Sala constituye prueba plena, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, revocando el fallo venido en grado se declara disuelto el vínculo matrimonial contraído entre Carlos Augusto Tamayo Ramírez y Blanca María Gallagos, el 25 de Abril de 1963, en el cantón Cayambe, perteneciente a la provincia de Pichincha. Para el efecto, notifíquese al Jefe del Registro Civil del cantón Cayambe, para que inscriba el divorcio, mediante comisión librada al señor Juez de lo Civil de dicho Cantón. En lo relacionado con los menores, hijos de ese matrimonio, una vez que el divorcio se acepta por la causal de adulterio se dispone que todos ellos, o sea Blanca Isabel, Patricio Augusto, Sócrates Vinicio y Esthela María Tamayo Gallagos, pasen al poder de su padre, quien suministrará en favor de sus hijos lo necesario para su congrua subsistencia. Sin costas. Notifíquese.

Fabián Cabezas B.— Carlos Villacís G.—
Ómedo Coronel V.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 25 de Julio de 1979; las 11 y 30 a.m.— VISTOS: Carlos Augusto Ta-

o de parte de
a la concien-
r el divorcio,
da está reco-
adulterio que
su marido no
aición aque-
do tiempo es-
a moral y el
nsecuencia de
de esta prueba
omcepto de la
na, ADMINIS-
MBRE DE LA
PORIDAD DE
llo venido en
el vínculo ma-
Carlos Augusto
María Galle-
go, en el cantón
a la provincia
cto, notifique-
vil del cantón
ba el divorcio,
al señor Juez
r. En lo rela-
hijos de ese
el divorcio se
ulterio se dis-
a Blanca Isa-
rates Vinicio y
Gallegos, pasen
en suministrará
necesario para
in costas. No-

los Villacís G.-

ANCIA

1979; las 11 y
os Augusto Ta-

XIII — Nº 6

mayo Ramírez, comparece ante el Juez Tercero Provincial de Imbabura y demanda a su mujer Blanca María Gallegos, para que se declare disuelto el vínculo matrimonial que los une, amparado en la causal primera del Art. 109 del Código Civil, esto es el adulterio de uno de los cónyuges; además expresa que durante el matrimonio han procreado cuatro hijos: Blanca Isabel de 15 años, Patricio Augusto de 13 años, Sócrates Vinicio de 11 años, y Esthela María Tamayo Gallegos de 8 años, a quienes deberá proveérseles de curador, y que también han adquirido una casa en la ciudad de Otavalo con préstamo del IESS y un terreno en la parroquia González Suárez del cantón Otavalo. Citada en persona la demandada, comparece a fs. 10 de los autos, señalando domicilio para notificaciones posteriores, solicitando que se nombre curador para sus hijos y reservándose el derecho de contestar la demanda. Nombrado y posesionado el curador para los menores, se lleva a efecto la audiencia de conciliación, cuya acta consta a fs. 18 y vta., en la cual la demandada se excepciona negando simple y aboslutamente los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta y afirmando que el actor para fundar su escrito inicial ha hecho una relación falsa de la situación sobre la vida del hogar. Trabada de esta forma la litis y tramitada la causa, el Juez a-quo en sentencia de 19 de febrero de 1979, desecha la demanda; sin costas. De este fallo interpone recurso de apelación el actor y la Corte Superior de Ibarra el 25 de Abril de 1979, revoca el fallo venido en grado, se declara disuelto el vínculo matrimonial contraído entre Carlos Augusto Tamayo Ramírez y Blanca María Gallegos, el 25 de Abril de 1963, en el cantón Cayambe, perteneciente a la Provin-

cia de Pichincha; se manda a notificar al Jefe del Registro Civil de Cayambe y con relación a los menores, hijos de ese matrimonio, una vez que el divorcio se acepta por la causal de adulterio, se dispone que todos ellos, pasen al poder de su padre, quien suministrará en favor de sus hijos lo necesario para su cóngrua subsistencia; sin costas. De esta sentencia interpone recurso de tercera instancia la demandada y radicada la competencia en esta Cuarta Sala por el sorteo de Ley, para resolver se considera: PRIMERO.— Que la causa se la ha tramitado en forma verbal y sumaria, sin omisión de solemnidad sustancial alguna y por lo mismo el proceso es válido.— SEGUNDO.— Con el certificado de la partida de inscripción del matrimonio habido entre el actor y la demandada que obra a fs. 1 de los autos, se ha justificado la existencia del contrato matrimonial que los une.— TERCERO.— La negativa a los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta alegada por la demandada en la audiencia de conciliación, obliga al actor probar los puntos en que se funda su demanda, esto es la existencia del adulterio por parte de su cónyuge.— CUARTO.— Que para justificar el actor, la base de su acción, ha presentado a fs. 6 la certificación de la inscripción del nacimiento del menor Cristian Danilo García Gallegos, nacido el 14 de noviembre de 1977, en la Parroquia de San Luis de Otavalo, provincia de Imbabura, hijo de Ricardo Telmo García y de Blanca María Gallegos. Por otra parte, a fs. 21, aparece una fotografía que se dice corresponde a la demandada en unión de Ricardo Telmo García, en pose de marido y mujer; ambos documentos han sido reproducidos oportunamente en la etapa de prueba.— QUIN-

TO.— Que adulterio conforme la definición del Diccionario de la Lengua Española es el “ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados”. La prueba presentada por el actor y particularmente la copia de la inscripción de nacimiento del menor Cristian Danilo García Gallago demuestra la efectiva “violación de la fe conyugal cometida corporalmente y a sabiendas”, por tanto la causal que fundamenta esta acción se encuentra justificada debidamente.— SEXTO.— Que la demandada, en cambio, en la etapa probatoria de la parte principal del proceso, no aporta prueba de ninguna clase, no comparece a ella, y en la etapa que se justifica la situación de los hijos habidos en matrimonio, a fs. 50 la demandada pide que en lo principal se acoja la acción intentada y reclama

sólo mantener en su poder a sus hijos; al respecto el Juez, en providencia de febrero 7 de 1979, manda que la demandada manifieste con claridad y precisión si es que se allana expresamente a la demanda, y así lo hace en escrito de fs. 51 expresándolo “libre y voluntariamente que se allana a la demanda”,— SEPTIMO.— Que acogiendo el criterio de la Corte Superior de Ibarra la Sala dispone que los menores queden en poder del padre quien deberá cuidar de su educación y sustento diario. Por todo lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se confirma en todas sus partes el fallo recurrido. Sin costas. Notifíquese.

Sócrates Navas M.— Aníbal Guzmán L.— Milton E. Montalvo.

Juic
Gloria
Buend

Qui
a.m.—
de Ca
de ca
juicio
día M
millón
cres,
tantes
su ve
ción.
su at
el eje
excep
de lo
rechó
ción
título
que r
jecut
no s

ANEXO 3

auto de nulidad subido en grado y se dispone que el Tribunal de Alzada se pronuncie sobre lo principal del asunto. Notifíquese.

Ramiro Larrea Santos.— Jorge Fantoni Camba.— Aquiles Valencia Aguirre.

LEGISLACION CIVIL

Juicio verbal sumario que, por divorcio, sigue Gonzalo Antonio Torres Regalado contra Janisse Mafalda Espinoza Ruiz.

PRIMERA INSTANCIA

Loja, junio veintiocho de mil novecientos ochenta y cuatro; las nueve horas treinta minutos.— VISTOS: El señor Gonzalo Antonio Torres Regalado, por intermedio de su Abogado doctor Juan Cueva Serrano, comparece demandando en trámite de juicio verbal sumario respectivo, el divorcio de su esposa señora Janisse Mafalda Espinoza Ruiz, por la causal primera del Art. 109 del Código Civil, referente al "adulterio de uno de los cónyuges"; señalando, pues, que su esposa le ha traicionado gravemente en forma continuada y escandalosa, al extremo, —agrega el compareciente—, "que sus actuaciones se han convertido en la 'comidilla del barrio', con grave detrimento para su honor y el de su familia"; como también señalando que durante el matrimonio tienen procreados los siguientes hijos comunes José Gonzalo, Darío Antonio y Julia Esperanza Torres Espinoza, aún menores de edad. Al efecto acompaña la partida de su matrimonio y las de nacimiento de sus hijos. Aceptada a trámite la demanda y organizada la curaduría ad-litem, en la persona del señor Ramiro Arévalo Malo para que represente

en el juicio a los menores, como citados tanto la demandada como el Curador, se convocó a las partes a la audiencia de conciliación prevista por la ley, a la que no concurrió la demandada, por lo que concedido el término de prueba para las justificaciones del caso, es llegado (sic) el momento de resolver el asunto planteado, por encontrarse la causa en ese estado considerándose al efecto: PRIMERRO.— No se ha faltado a solemnidad sustancial alguna que ocasione la nulidad del procedimiento o pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez de todo lo actuado. SEGUNDO.— El estado civil de casados entre el actor y la demandada lo acredita la partida de matrimonio de fs. 1, por lo que se establece que los señores Gonzalo Antonio Torres Regalado y Janisse Mafalda Espinoza Ruiz, se unieron en matrimonio civil en el Cantón Sozoranga de la provincia de Loja, el 28 de septiembre de 1974. Y con las partidas de nacimiento de Julia Esperanza, Darío Antonio y Gonzalo José Torres Espinoza, nacidos el 15 de junio de 1982, 8 de enero de 1978 y 20 de noviembre de 1976, constantes a fs. 2, 3 y 4 de los autos, en su orden, se acredita igualmente no sólo la menor de edad de estas tres personas, sino también la calidad de hijos comunes de aquellos consortes. TERCERO.— La inasistencia de la demandada a la audiencia de conciliación en donde debió darse contestación a la demanda, es de considerarse conforme al Art. 104 del Código de Procedimiento Civil como negativa simple de los fundamentos de la demanda, por lo que de acuerdo al Art. 114, ibidem, corresponde al actor la prueba de las afirmaciones contenidas en su escrito inicial, con tanta mayor razón de la gravedad que entraña la causal de divorcio invocada, gravedad que exige

al Juzgador la debida reflexión en el asunto sometido a su consideración y decisión, con el fin de no conmover, dada su importancia, los simientos de la sociedad hogareña. CUARTO.— El adulterio, si bien implica relación íntima (sexual) de un cónyuge con una persona que no es su marido o esposa, que se perpetra, indudablemente, en el ámbito de tal intimidad, al que sólo pueden llegar a revelarlo las presunciones graves, precisas y concordantes, en los términos de los Arts. 32 y 1756 del Código primeramente invocado, o como lo exige la doctrina, con pruebas concluyentes e inobjetable, tanto más cuanto que, dada la forma como se comete el adulterio, no permite que los testigos declaren haber presenciado actos íntimos que lo originaron, lo que tampoco excluye la necesidad de que los medios probatorios, como queda dicho, tienen que ser precisos y concordantes, de manera que el Juzgador tenga la certeza inequívoca sobre la existencia del adulterio. Por lo que, con estos antecedentes, se pasa a demostrar la prueba testimonial acerca del caso denunciado: QUINTO.— El testigo Segundo Enrique Ordóñez Celi en su declaración de fs. 15 vta., al responder al interrogatorio especial de fs. 13 y vta. formulado por el actor, en lo esencial, manifiesta: Que una noche del 20 o 21 de abril de 1983 y en compañía de su amigo Jackson Celi Castillo, se encontraban en la esquina de la calle en donde se ubica el hotel "México" a eso de las diez de la noche, hora en la que la esposa del actor que "iba tomado del brazo" de un señor para él desconocido, ingresando a dicho hotel, lo que les preocupó a ellos en vista de que la señora es esposa de su amigo el actor, y no se movieron de la esquina hasta conocer la hora de salida de esa pareja, permaneciendo

allí en esa esquina hasta las dos y media más o menos de la madrugada en que se retiraron, sin observar la salida de la pareja. Y concretamente, al formularse la siguiente pregunta: "8ª El testigo, por todo cuanto conoce y le consta, está absolutamente convencido de que mi mujer tuvo relaciones sexuales con su acompañante, puesto que se supone que para eso se encerraron en el hotel, tomando alojamiento en él". Contesta: "Que efectivamente el declarante está convencido del hecho que se menciona, puesto que los mentados, esposa del preguntante y su acompañante, "no iban a jugar boli". El Testigo Carlos Guido Córdova Bustamante en su declaración de fs. 16 y 17, al responder al interrogatorio también especial de fs. 14 del actor, aporta hecho de gran interés en el asunto materia del juicio —aunque si bien el testigo no idóneo por falta de imparcialidad para declarar, puesto que en las generales de ley manifiesta ser compadre espiritual del demandante—, sin embargo, aporta, como queda dicho, datos de hechos de gran interés que, en síntesis, son como siguen: "Que el deponente personalmente no ha visto el adulterio, pero por haber visto algunos hechos, puede deducir que es verdad que la esposa del preguntante vive en adulterio, engañándole a su esposo" (respuesta segunda). Esos hechos los relata el deponente en número de cinco, tanto dice por vecino de aquellos consortes como por haber visto y oído que la demandada se relaciona amorosamente con otro hombre que no es su esposo, habiéndole pasar por su "primo", y que ese señor responde al nombre y apellido de Ramón Sarmiento. Así, al contestar a otra pregunta, la quinta, expresa: "Que según lo que deja declarado y conoce el deponente, puede deducir que el amante de la mencionada Janisse Mafal-

da Espinoza Ruiz, es el sujeto que decía llamarse Ramón Sarmiento". El testigo Marvin Alejandro Toledo Guerrero en su declaración de fs. 17 vta., y 18, al responder al interrogatorio especial de fs. 13 vta. y 14 del actor, en lo fundamental, declara: Que al actor como a la demandada los conoce por haber vivido en casa de sus padres. Luego, formulada la tercera pregunta, en sentido de que si "es verdad que el testigo encontró a mi esposa, hace muy poco tiempo divirtiéndose en una discoteca de esta ciudad, en horas de la noche, con una amiga de ella". Contesta: "Que es verdad lo preguntado, y que incluso el amigo con quien se divertía la señora Janisse Mafalda Espinoza, se encontraba embriagado". Sexta pregunta: "Es verdad que poco tiempo después de lo dicho antes, el testigo encontró a mi esposa, con el mismo sujeto, divirtiéndose por la noche, en El Valle". Contesta: "Que este hecho sucedió días antes de que la encontró en la discoteca mencionada anteriormente. Que esto sucedió en El Fogón, en donde, incluso, ella al ver al deponente, se escondió en un reservado, junto con el mismo sujeto con quien estaba en la discoteca mencionada". Y, décima pregunta: "El testigo está convencido, por todo cuanto sabe y le consta, que mi mujer, aprovecha de mi trabajo y de mis ocupaciones, para mantener relaciones sexuales con el individuo con el que anda". Contesta: "Que por todo lo que ha visto y sabe, el declarante sospecha que existen relaciones sexuales entre la señora Janisse Espinoza Ruiz y el hombre con quien la ha visto en la forma declarada, pues una mujer casada que en tales condiciones esté con otro hombre, que no sea su esposo, en una discoteca o en un apartado, es razón suficiente para sospechar de su conducta en contra de su esposo". Y, finalmente el Capitán del Ejér-

cito Lenín Wellington Almache Ordóñez, superior jerárquico en donde presta sus servicios el actor como miembro de tropa (Sargento), en su declaración de fs. 18 y vta., al responder al interrogatorio de fs. 14 vta., presentado por el actor, referente a una denuncia presentada por el actor a la Oficina de Inteligencia de la Zona Militar de Loja, sobre la desaparición de su esposa de casa, mientras el interrogante dice se encontraba trabajando en su oficina, el deponente asegura que es verdad lo de la denuncia, y que "se hicieron las averiguaciones del caso, a nivel particular, y que entonces se llegó a saber el hecho que se pregunta". Que pudo "constatar la ausencia de la señora, no así la de sus tres niños". Que "verificó indicios" que le "llevaron a la conclusión de que la señora no se encontraba perdida, sino que a lo mejor, se fue con algún pretendiente". Que posteriormente el que declara se trasladó a Quito en comisión de servicio, conociendo a su regreso que "se había suscitado otra novedad igual, llegando a saber que la señora había abandonado el hogar con un señor cuyo nombre no recuerdo, en forma franca, por lo que otra vez conversó con el señor Sargento Torres, manifestándole que es imposible que él continúe con su señora esposa y que más bien debía hacerse cargo de los tres niños y separarse". Que, "además, tiene a bien manifestar que el deponente se encuentra en esta plaza por el lapso de un año y medio más o menos, por lo que ha tenido la oportunidad de tratar personalmente al Sargento Torres, por lo que conoce que es una persona de mucha responsabilidad y un cumplidor de sus obligaciones militares, de intachable conducta y con un alán permanente de superación". SEXTO.— Del análisis conjunto de la antedicha prueba, aparece demostrado sobre la ba-

se de presunciones graves, concordantes e inequívocas, el hecho de que la demandada señora Janisse Mafalda Espinoza Ruiz convive con el señor Ramón Sarmiento que no es su esposo, así ninguno de los declarantes haya afirmado el hecho material del adulterio, si todos los testigos, excepto el último, afirman la convivencia de la demandada con otra persona que no es su esposo, y esa otra persona, a mayor abundamiento, queda identificada por su nombre y apellidos ya indicados. Por todo lo que la demanda debe ser aceptada por la causal invocada; y, SEPTIMO.— Establecida la mala conducta de la demandada, los menores e hijos comunes de ella con el actor, deben quedar, provisionalmente, al cuidado de su padre. Consiguientemente, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se acepta la demanda de divorcio propuesta por el señor Gonzalo Antonio Torres Regalado contra su esposa señora Janisse Mafalda Espinoza Ruiz, por la causal de adulterio previsto en el N° 1 del Art. 109 del Código Civil, y por lo tanto se declara disuelto el vínculo matrimonial que les une, en virtud del contrato celebrado el 28 de septiembre de 1974, en el Cantón Sozoranga de la provincia de Loja, constante en el Registro de Matrimonios del año de 1974, Tomo 1º, pág. 39, acta 39, disponiéndose que este divorcio se subinscriba, como corresponde en la Jefatura Cantonal del Registro Civil del aludido Cantón; una vez que alcance ejecutoria, como disponiéndose que los menores de edad Julia Esperanza, Darío Antonio y Gonzalo José Torres Espinoza queden, provisionalmente, al cuidado personal, moral y económico de su padre. Hágase saber.

Juan León Figueroa.

SEGUNDA INSTANCIA

Loja, a treinta y uno de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro; las diez horas.— VISTOS: La demandada Janisse Mafalda Espinoza Ruiz, interpone recurso de apelación de la sentencia dictada por el señor Juez Cuarto de lo Civil de Loja, en el juicio de divorcio seguido por su cónyuge Gonzalo Antonio Torres. Siendo del caso resolver por el mérito de los autos y una vez radicada la competencia en esta Segunda Sala de la Corte Superior, merced al sorteo de causas del día ocho del mes en curso, para sentenciar, se hacen las siguientes consideraciones: PRIMERO.— El marido ofendido Gonzalo Antonio Torres Regalado, por intermedio de su abogado, dice que en el año de 1974 contrajo matrimonio en Sozoranga con Janisse Mafalda Espinoza Ruiz, con quien ha procreado tres hijos, todos menores de edad a la fecha de la demanda. Que su esposa ha incurrido en adulterio continuado y escandaloso, destruyendo los fundamentos de la sociedad conyugal, por lo que demanda en juicio verbal sumario de divorcio, invocando la causal prevista en el N° 1º del Art. 109 del Código Civil. Tramitado el juicio dentro de las normas legales pertinentes y sin que se advierta omisión de requisito sustancial alguno, termina el trámite y el Inferior dicta su pronunciamiento, aceptando la demanda y, consecuentemente, declarando disuelto el vínculo matrimonial, en la forma expresada en la resolución impugnada de fs. 23, 24 y 25 del primer cuaderno. SEGUNDO.— Con la copia del acta de la partida de matrimonio se ha probado el estado civil de casados, contrato celebrado en Sozoranga el 28 de septiembre de 1974, contrayentes: Gonzalo Antonio Torres Regalado con Janisse Mafalda Espinoza Ruiz. Con las corres-

pondientes partidas de nacimiento se acredita la existencia de los hijos comunes: Julia Esperanza, nacida en julio de 1982; Darío Antonio, nacido en enero de 1978; y, Gonzalo José Torres Espinoza, nacido en noviembre de 1976; todos menores de edad. TERCERO.— El Código Civil en el Art. 109, N° 1º, determina como causa de divorcio el adulterio de uno de los cónyuges, entendiéndose por adulterio el acceso carnal que un casado tiene con mujer que no sea la legítima, o una casada con hombre que no sea su marido; constituyendo, en consecuencia, una violación de la fe conyugal, castigándolo como delito su infracción nuestra legislación penal, hasta cuando fue suprimida en el artículo final del Código de Procedimiento Penal vigente desde junio de 1983. Ahora bien, como el adulterio, por su propia naturaleza, se perpetra en un ambiente de absoluta reserva e intimidad, sólo se puede probar presunciones graves, precisas y concordantes. En la especie, materia de este análisis y apreciando todo lo que consta recogido en el proceso, nos encontramos que citada legalmente la cónyuge demandada, como consta del acta citatoria de fs. 6 vta., no comparece a juicio ni siquiera a excepcionarse en la diligencia de audiencia de conciliación, lo que determina sea declarada en rebeldía. El cónyuge ofendido y actor, en el decurso probatorio ha justificado suficientemente los fundamentos de hecho y de derecho de la acción incoada, con las declaraciones de los testigos Segundo Ordóñez Celi, Jackson Celi Castillo, Marvin Toledo Guerrero, Guido Córdova Bustamante, Rodrigo Luzuriaga Herrera y Kléper Celi, quienes al rendir sus testimonios que no han sido objetados ni tachados, están contestes en sostener que por repetidas ocasiones han encontrado a la demandada Janisse Mafalda Espinoza Ruiz, esposa

del accionante Gonzalo Antonio Torres Regalado, en diferentes sitios de la ciudad y fuera de ella, tanto en horas del día como en la noche, en públicos y escandalosos coloquios amorosos, con un hombre que naturalmente no es su marido a quien lo reconocen y lo identifican como Ramón Sarmiento, con este mismo sujeto la vieron entrar en horas de la noche en el Hotel México de esta ciudad, en donde sostienen los testigos pernoctaron, puesto que los deponentes por ser una mujer conocida y por la amistad que los vincula con el esposo de ésta estuvieron pendientes de su salida y no la vieron salir del referido hotel, hasta la madrugada; así mismo fue vista la demandada libando licor en salones públicos, discotecas, inclusive los declarantes encontraron a Janisse con su amante en un salón de Catamayo libando cerveza y cuando los declarantes ingresaron a dicho salón, en forma coincidental, la mujer trató de esconderse, pero los testigos la identificaron perfectamente bien. A lo expuesto se suma la declaración del Capitán Lenín Almache, Jefe jerárquico del Sargento Torres Regalado, quien después de testificar sobre la corrección y excelente comportamiento de su subalterno en el cumplimiento de sus funciones militares específicas, manifiesta que por más de dos ocasiones tuvo conocimiento que la demandada, mujer del Sargento, había desaparecido del hogar, abandonando a sus hijos. Si bien de la prueba analizada no aparece en verdad que se hubiese sorprendido a Janisse Mafalda Espinoza Ruiz en acto carnal con un hombre que no es su marido; pero esta prueba por excelencia, no puede ser la única forma de probar el adulterio. De tal manera que, la Sala por los razonamientos expuestos y los coincidentes manifestados por el A-quo en su resolución; y, por ha-

berse establecido y probado la mala conducta de la demandada, los hijos comunes habidos dentro del matrimonio, no podrán quedar bajo su cuidado y protección, de conformidad con lo establecido en el N° 4° del Art. 107 del Código Civil. Por todo lo anotado, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se confirma en todas sus partes la sentencia recurrida. Póngase en conocimiento de las partes.

Daniel Alvarez C.— Agustín Aguirre R.— Manuel José Aguirre (Conjuez).

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 30 de septiembre de 1985; las 08h30.— VISTOS: Gonzalo Antonio Torres Regalado, comparece por intermedio de su mandatario Abogado Doctor Juan Cueva Serrano ante el Juez Cuarto de lo Civil de Loja y demanda en juicio verbal sumario a su cónyuge Janisse Mafalda Espinoza Ruiz, la disolución del vínculo matrimonial, por divorcio, basándose en la primera causal del Art. 109 del Código Civil, esto es, por adulterio. Tramitado el proceso se dicta sentencia aceptando la demanda de divorcio y por tanto se declara disuelto el referido vínculo matrimonial, disponiéndose además que los hijos menores habidos en el matrimonio queden provisionalmente al cuidado de su padre. La demandada apela de la sentencia y la Segunda Sala de la Corte Superior de Loja confirma en todas sus partes la sentencia recurrida. Como la demandada no se conforma con la decisión, interpone recurso de tercera instancia. Radica la competencia por legal sorteo en esta Cuarta Sala de la Corte Suprema y encontrándose el proceso para resolver, se considera: PRIMERO.— No se identi-

fica en la tramitación de la causa omisión alguna de solemnidad sustancial que lo vicie de nulidad. SEGUNDO.— Consta de autos el estado civil de casados entre el actor y la demandada, que se acredita con la partida de matrimonio de fs. 1, del cuaderno de primera instancia, otorgado por la Jefatura Cantonal de Registro Civil de Sozoranga, Provincia de Loja. Y con las partidas de nacimiento de Gonzalo José, Darío Antonio y Julia Esperanza Torres Espinoza, nacidos el 20 de noviembre de 1976, 8 de enero de 1978 y 15 de junio de 1982, documentos constantes a fs. 2 y siguientes de los autos, se establece la calidad de hijos comunes menores de edad de los mencionados cónyuges. TERCERO.— La demandada no concurre a la audiencia de conciliación. En consecuencia, la falta de contestación a la demanda, de conformidad con lo que establece el Art. 104 del Código de Procedimiento Civil, se considera como negativa simple de los fundamentos de la acción, correspondiéndole por tanto al actor, según el Art. 114 del mencionado Código Adjetivo, probar los hechos que ha propuesto afirmativamente y que ha negado el reo. En esta circunstancia, habiendo recaído en el demandante la carga de la prueba, para fundamentar la causal invocada de divorcio, pide al Juez de primer nivel la prueba testimonial de Rodrigo Luzuriaga Herrera, Kléver Celi, Segundo Enrique Ordóñez Celi, Jackson Celi Castillo, Carlos Guido Córdova Bustamante, Marvin Alejandro Toledo Guerrero y el Capitán Lenín Almache. En el proceso, solamente constan cuatro declaraciones de testigos, de cuyo contenido se desprende los siguientes hechos: Segundo Enrique Celi, en su testimonio de fs. 15 vta., expresa que vio a la señora Janisse Mafalda Espinoza Ruiz entrar al Hotel "Méjico" con una

persona pero que "no conoce el nombre del señor con quien iba tomadã del brazo". A fs. 16 y 17, aparece la declaración de Carlos Julio Córdova Bustamante, quien afirma que es compadre espiritual del demandante, y que "personalmente no ha visto el adulterio, pero por haber visto algunos hechos puede deducir que es verdad que la esposa del preguntante vive en adulterio, engañando a su esposo". A fojas 17 y 17 vta., consta la declaración de Marvin Alejandro Toledo Guerrero, quien afirma que ha visto a la demandada en una discoteca que "se encontraba como enamorados, pues bailaban y departían cordial y amorosamente con el mismo sujeto, cuyo nombre no sabe" ... "sospecha que existen relaciones sexuales entre Jenisse Espinoza y el hombre con quien la ha visto". Y por último a fs. 18 y vta., consta la declaración del Capitán del Ejército Lenín Wellington Almache, en la que se refiere a la ausencia del hogar de la señora Jenisse Espinoza Ruiz, que lo "hace suponer que había abandonado el hogar", sugiriéndole al demandante que se separe de su mujer.

CUARTO.— El Art. 134 del Código Civil, establece la obligación de los cónyuges a guardarse fe mutuamente, y la legislación penal aún tipificaba como delito su infracción, hasta cuando el adulterio fue suprimido en el artículo final del Código de Procedimiento Penal vigente.

QUINTO.— El adulterio, que implica la más grande ofensa que puede inferirse al marido y por ende, atenta contra la esbilitad y respeto de la vida matrimonial, no puede establecerse por mera interpretación judicial sino que debe ser la consecuencia categórica de antecedentes y pruebas irrefutables y concluyentes que no admiten otra solución que no sea su existencia inequívoca considerando los efectos jurídicos imponderables que genera.

Por estos motivos, la declaratoria de la existencia de adulterio, tocando una temática compleja y delicada, exige del Juzgador la máxima prudencia y ponderación, no debiendo llegar a tal resultado sino por pruebas de tal naturaleza que no permitan ninguna especie de equívocos.

SEXTO.— Como el divorcio por adulterio, cuya acción debe ser propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado se perpetra en la intimidad, está sujeto a prueba conjetural que debe ser apreciada por el Juez considerando las presunciones graves, precisas y concordantes que obren de los autos, de conformidad con el claro tenor del Art. 1756 del Código Civil, para los efectos de lo preceptuado en el Art. 116 del Código de Procedimiento Civil.

SEPTIMO.— La prueba de cargo, referida en el considerando tercero, analizada al tenor de las reglas de la sana crítica, no arrojan para el criterio de la Sala, mérito probatorio para quien la solicitó, por las siguientes razones: a) El adulterio, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es "el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados", por tanto, lo fundamental en la existencia del hecho, es el "acceso carnal ilegítimo". En las pruebas testimoniales aportadas, se puede apreciar una conducta reprochable y hasta dudosa de la demandada, que aunque repetida, no lleva a la conclusión de la existencia del adulterio sino por la vía deductiva y en algunas circunstancias por la referencial; b) Las referidas circunstancias que constan en los testimonios, no constituyen fundamento inequívoco para el establecimiento de una prueba conjetural por, no ser graves, precisas y concordantes, relativamente al delito de adulterio, como lo señala el ya antes invocado Art. 1756 del Código Civil.

OCTAVO.— La deman-

dada con el escrito de apelación que corre a fs. 11 del cuaderno de segunda instancia, remite adjunto, en seis fojas útiles, documentos relacionados con un juicio de alimentos que siguió contra su marido, en el Juzgado Sexto de lo Civil de Loja, que si bien no se las puede considerar como pruebas por no haber sido debidamente actuadas, sirven de instrumentos que esclarecen la verdad sobre la relación entre los cónyuges litigantes. **NOVENO.**— En cuanto a la situación jurídica y económica de los tres hijos del matrimonio menores de edad, su crianza y educación corresponde a la madre, de conformidad con el Art. 115 del Código Civil, en concordancia con el Art. 107 del referido cuerpo de leyes, revocándose por tanto la decisión de los Juzgadores de primer y segundo niveles que habían decidido entregar a los hijos menores al cuidado del padre, debiendo éste pagar la pensión alimenticia provisional fijada por el Juez Sexto de lo Civil de Loja el 20 de julio de 1984. Con todos estos antecedentes, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY", se considera que la acción disolutoria del vínculo matrimonial es improcedente y en consecuencia se rechaza la demanda y se revoca la sentencia confirmatoria de primera instancia subida en grado. Notifíquese.

Ramiro Larrea Santos.— Jorge Fantoni Camba.— Aquiles Valencia Aguirre.

LEGISLACION LABORAL

Juicio verbal sumario que, por indemnizaciones de trabajo, sigue José Pinto Almeida contra Graciela Calisto y otros.

PRIMERA INSTANCIA

Quito, febrero 9 de 1983. A las 11h00.— **VISTOS:** JOSE ELISEO PINTO ALMEIDA, comparece a fs. 1 del proceso y dice: Que, a partir del 1º de junio de 1948 hasta el 30 de octubre de 1979, en forma permanente e ininterrumpidamente ha venido trabajando en la acequia Taxhurco y canal de riego, bajo la inmediata dependencia patronal de sus usuarios: Graciela Calisto, Banco de Préstamos, Dr. Pablo Enrique Albornoz, Dr. Jorge Pérez Serrano, Carlos Ayala, César Alvarez Barba, María Dueñas de Carrasco, José Mekler, Fredy Dávalos y Alfonso Alcocer, en sus calidades de propietarios y Representantes Legales de las haciendas Santa Rosa, Cuendina, Cuendina Grande, Leticia, San Carlos, Mercedes de Villota, Taxhurco, San Francisco de Pasochoa, Colegio Cooperativa San Antonio, respectivamente, y que se encuentran ubicadas dentro de la Prov. de Pichincha. Que, las actividades que ha venido realizando ha sido la de Mayordomo de Aguas, vigilando y en el mantenimiento en toda la extensión de la acequia, realizando trabajos de mejoramiento y ampliación de la acequia, limpiezas y en definitiva del cuidado completo de la acequia de agua que servía para riego de las propiedades antes determinadas. Que, había percibido remuneraciones diferentes durante, todo el tiempo, esto es, empezó ganando la cantidad de trescientos sucres mensuales y se le ha ido aumentando proporcionalmente y desde enero del presente año se la ha venido pagando la cantidad de dos mil sucres mensuales hasta el mes de abril de 1979. Que, en el mes de octubre, fecha en la cual el señor Inspector dió por terminada la relación laboral existente, previo Visto Bueno, debido a que no se le ha pagado los salarios. Que sus emple-

ANEXO 4

Resoluciones de la Segunda Sala

LEGISLACION CIVIL

Juicio verbal sumario que, por divorcio, sigue Silvino Baltazar Flores Mieles contra María Mariana Luzuriaga Romero.

PRIMERA INSTANCIA

San Rosa, 29 de mayo de 1985; las 09h00.— VISTOS: El Sr. Silvino Baltazar Flores Mieles ha manifestado en folio dos: Que acompañando copia de Partida de Matrimonio ha justificado que está casado con la Sra. María Mariana Luzuriaga Romero y que durante ese matrimonio no han procreado hijos ni adquirido bienes. Que la Sra. María Mariana Luzuriaga Romero abandonó el hogar y actualmente vive públicamente, en adulterio, con el Sr. Manuel Pérez. Por lo expuesto, demanda en Juicio Verbal Sumario contra la Sra. María Mariana Luzuriaga Romero, el divorcio, amparada en el numeral 1º del Art. 109 del Código Civil. Aceptada la demanda al trámite Verbal Sumario, se cita a la demandada, y se convoca a una Audiencia de Conciliación, que tuvo lugar con la comparecencia de ambos contrayentes, contestando la demanda en los términos siguientes: Que no es verdad el hecho de adulterio que relata el libelo

inicial, no hay tal cosa. Con la persona del Sr. Manuel Pérez que invoca la demanda no me une ningún lazo o vínculo que permita sospecharse siquiera en el cometimiento de dicha causal. De otro lado el actor carece de causa para demandar el divorcio, por lo que considera que es una patraña lo que se pretende hacer en la estabilidad de mi matrimonio. Si el actor conoce muy bien mi ocupación y trabajo desde hace muchos años en los prostíbulos de esta Provincia, tanto más que conmigo ha venido conviviendo desde hace más de 10 años, aceptando mi condición de mujer en la actividad antes señalada y sin reproches de ninguna especie por dicha ocupación, fue el mismo quien con su propia boca me propuso matrimonio el día 31 de julio de 1984, aún a sabiendas de mi actividad, y manifestando que no tenía ningún prejuicio por éllo, tanto más, que decía que era muy feliz conmigo. Debo aclarar que en los 10 años y más que vengo conviviendo con el actor de esta causa, nunca he tenido problemas de esta naturaleza, tanto más que pocos años atrás me obligó a divorciarme de un compromiso anterior, con la promesa de casarse conmigo, cosa que cumplió el día 31 de julio de 1984. Debo dejar en claro que hace unos pocos años atrás por

diferencias comerciales con el actor de esta causa nos— en feria (sic) amistosa nos separamos, habiendo yo erradamente contraído matrimonio con otro señor que responde al nombre de Albino Flores; esto no le gustó a mi marido actual y de siempre Sr. Silvino Baltazar Flores Mieles que reconciliándose conmigo me obligó a divorciarme en forma inmediata, para en forma posterior casarse conforme lo hizo con mi persona. Todo esto sin embargo no ha impedido la continuidad en la convivencia y en el mantenimiento de nuestro hogar que desde más de 10 años sostenemos. Con los antecedentes expuestos, tengo a bien deducir a la demanda las siguientes excepciones: 1) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda propuesta; 2) Falsedad de la demanda en todas sus partes; 3) Falta de causa para proponer el divorcio; 4) En subsidio de lo anterior, falta de derecho del actor para reclamar; y, 5) Por lo anteriormente expuesto, improcedencia de la demanda, la que será rechazada con plena condena en costas al actor. Trabada la litis y recibida la causa a prueba, se receptan las aportadas por actor y demandada; de lo actuado para resolver en sentencia, se considera: PRIMERO.— En el trámite de este Juicio se han observado y cumplido las diligencias sustanciales enumeradas en el Art. 374 del C. de P. Civil, declarándose válido en todas sus partes; SEGUNDO.— La causal base de la acción es la de adulterio tipificada en el numeral 1º del Art. 109 del Código Civil, fundamental actitud natural pero ilícita a la que debe concretar el análisis del texto de la demanda, como la exposición de contestación a la misma, así como también los interrogatorios formulados sea para testigos como para confesiones de las partes para poder deducir la realidad de los hechos argumen-

tados y alegados; TERCERO.— En folios 4 y 5 del proceso consta el Acta de Audiencia de Conciliación, en que al contestar la demanda la Sra. María Mariana Luzuriaga Romero, expresa lo siguiente: "Si el actor conoce muy bien mi ocupación y mi trabajo desde hace muchos años en los prostíbulos de esta Provincia, tanto más, que conmigo ha venido conviviendo desde hace más de 10 años, aceptando mi condición de mujer en la actividad antes señalada y sin reproches de ninguna especie por dicha ocupación, fue él mismo quien con su propia boca me propuso matrimonio el día 31 de julio de 1984, aún a sabiendas de mi actividad, y manifestando que no tenía ningún prejuicio por ello, tanto más que decía que era muy feliz conmigo". En líneas anteriores agrega: "Todo esto sin embargo no ha impedido la continuidad en la convivencia y en el mantenimiento de nuestro hogar que desde hace más de 10 años mantenemos. Al formular repreguntas para que sean contestadas por los testigos del actor, en la pregunta j), expresa la misma demandada: Diga el repreguntado qué es verdad, sabe y le consta, que el oficio de la Sra. María Mariana Luzuriaga Romero, desde hace muchos años ha sido el de prostituta?; CUARTO.— Tanto el actor en su demanda como la demandada al contestar la misma, tienen que ser claras, explícitas para efecto de probar lo que se argumenta y se alega. En ninguna de las actuaciones procesales la Sra. Luzuriaga Romero, ha dicho en forma clara que desde la fecha que se casó hasta la de ser citada con la demanda, haya dejado o cesado en la actividad o trabajo como ella lo denomina de la prostitución; según sus propias palabras ha venido ejerciendo tal labor desde hace más de diez años o que desde muchos años su oficio ha sido el de prostituta, con lo que se deduce que no ha

sido interrumpida esa actividad con el matrimonio o después hasta ser demandada, ya que está claro, que con Manuel Pérez Pérez o cuantos han recibido ese servicio, en cada acto sexual como meretriz, ha cometido con frecuencia el adulterio invocado como fundamento de hecho y de derecho de la acción planteada en su contra; QUINTO.— Al manifestar su alegato la demandada, se afirma más en lo dicho anteriormente, al expresar en páginas: 23 vta., 24, 24, vta. y 25 del cuaderno procesal, al decir: "Ello significa qué, si yo he convivido durante más de 10 años con Silvino Baltazar Flores Mielles a sabiendas y beneficiándose de mi trabajo de prostituta, cuando se casó conmigo dió su libre y espontáneo consentimiento en igualdad de derechos; es decir, además de cónyuges, nos aceptábamos: él a mí como prostituta y yo a él como cabrón". Y así nos hemos tratado. Y así hemos vivido, tanto más aún, después de la fecha de nuestro matrimonio", "puede llamarse perjudicado el cónyuge que en una posición social inmoral y de degeneración sexual ha mantenido a su mujer trabajando y habitando en un barrio de tolerancia?", "¿puede llamarse perjudicado el cónyuge que permanentemente se ha beneficiado del trabajo-burdel de su mujer ante y después del matrimonio?", "el marido ha abandonado a su mujer al ejercicio de la prostitución", y, "durante el tiempo la ha abandonado a la vida licenciosa". Todas estas versiones son reconocimiento de la realidad de los hechos denunciados como fundamento de la demanda en el término básico de adulterio, causal 1ª del Art. 109 del Código Civil; pues, la demandada acepta, admite y confiesa la verdad de la actividad extramatrimonial con otro y con otros hombres, al hablar de prostitución, prostíbulo, burdel, prostituta y el cabrón, después de ha-

berse casado, lo que revela el allanamiento tácito en confesión de parte relativo de prueba; SEXTO.— Todas las demás referencias del escrito de alegatos de ella, transcripciones de definiciones, conceptos de juristas, interpretaciones y jurisprudencias supremas, son aplicables, al discutirse el caso entre personas de otra condición social y moral, más nó entre quienes están relacionados y hacen convivencia con otras personas que se desenvuelven en un barrio de tolerancia, así sea en domicilio vecino, pero que sus labores las realicen dentro del mismo ambiente, entre quienes se facilita la deducción lógica de los actos constituyentes del adulterio básico de una acción y demanda de divorcio. Estas razones y las del considerando quinto, impiden el análisis jurídico procesal de las testimoniales de los declarantes de ambas partes y de sus mismas confesiones. Por lo expuesto en los considerandos anteriores, el Juzgado Séptimo de lo Civil de El Oro "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY", procede por mi intermedio como Juez, a declarar sin lugar las excepciones deducidas como oposición por la demandada. En consecuencia, se declara por medio de Divorcio, disuelto el vínculo matrimonial que les une al Sr. SILVINO BALTAZAR FLORES y la Sra. MARIA MARIANA LUZURIAGA ROMERO. Ejecutoriada esta sentencia, se notificará al Sr. Jefe de Registro Civil, para que haga anotar al margen de la Partida de Matrimonio que consta en el Libro del año 1984, 31 de julio, Tomo 1º, Página Nº 119, Acta Nº 119. Hágase saber.

Francisco Orellana.

SEGUNDA INSTANCIA

Machala, 5 de noviembre de 1985; las 16h30.— VISTOS: Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, de la sentencia que acepta la demanda, en el juicio de divorcio que sigue Silvino Baltazar Flores Mieles a su mujer María Mariana Luzuriaga Romero, se considera: 1º— El contrato matrimonial, según consta del certificado de fs. 1, se ha celebrado el 31 de julio de 1981, en la Ciudad de Santa Rosa. 2º— En una breve demanda el actor dice que la Sra. Mariana Luzuriaga Romero abandonó el hogar y actualmente viva públicamente, en adulterio, con Manuel Pérez; pide que a la demandada se le cite en el barrio de tolerancia o donde fuere encontrada. 3º— En la Audiencia de Conciliación la demandada luego de hacer un largo relato de su vida pública como meretriz junto a su conviviente, hoy su marido, opone las excepciones de negativa de los fundamentos de la demanda; falsedad de la misma; falta de causa para proponer el divorcio y falta dederecho del proponer el divorcio y falta de derecho del actuada y de las exposiciones que han hecho los litigantes se ha llegado a saber que la actora ha ejercido la prostitución por muchos años y que ese tiempo ha convivido con su actual marido Silvino Baltazar Flores Mieles hasta que hace unos seis meses han contraído matrimonio civil, siendo la residencia de ambos el Barrio la Tolerancia. 5º— Según aparece del juicio el actor no considera el trabajo profesional de su mujer como infidelidad, sino el hecho de que ella conviva con otro hombre, concretamente con Manuel Pérez, a quien considera como el único rival que le quita el afecto de su mujer y convive con ella al igual que antes lo hacía con él. 6º— Para justificar lo afirmado

en la demanda el actor ha presentado a los testigos Carlos Delgado, Crispín Ochoa Delgado, quienes al contestar al interrogatorio de fs. 6, dice el primero: que le consta que se lo vé en la calle que andan juntos; que María Luzuriaga vive en la misma villa donde vivía la primera mujer de Manuel Pérez; el segundo testigo, dice: que si vive en adulterio con Manuel Pérez y que es cierto que vive en la casa de Manuel Pérez. Estas declaraciones no prueban el adulterio o sea las relaciones sexuales entre ellos, ya que el hecho, aún siendo cierto de que andan juntos, no prueba necesariamente que entre ellos existan relaciones sexuales; y, en cuanto a que vive en casa de Manuel Pérez o sea en la habitación del mismo, esto tampoco no está probado, pues el un testigo dice que en esa casa vivió la primera mujer de Manuel Pérez, pero no dice que vive con Manuel Pérez en esa casa; por otra parte se observa que el propio actor al señalar domicilio de la demandada para la citación con la demanda no señala la habitación o casa de Manuel Pérez sino el Barrio de Tolerancia en forma indeterminada, o donde fuere encontrada. Por lo expuesto, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY", se Revoca la Sentencia recurrida. Sin costas. Notifíquese.

Teodoro Cordero Jaramillo.— Walter Rodas Jaramillo.— Julio B. Gallardo A.

TERCERA INSTANCIA

Quito, 23 de enero de 1986; las 10h00.— VISTOS: Silvino Baltazar Flores Mieles, comparece ante el Sr. Juez Séptimo de lo Civil de El Oro amparado en la norma constante en el Art. 109 causal 1º del Código Civil, a demandar en Juicio Ver-

bal Sumario a María Mariana Luzuriaga Romero, el divorcio, manifiesta en su libelo inicial que la accionada abandonó el hogar y actualmente vive públicamente en adulterio con Manuel Pérez. Pide por otro lado que la demandada sea citada en el Barrio La Tolerancia del Cantón Santa Rosa de la Provincia de El Oro o donde fuere encontrada dentro de su jurisdicción. El Juez de la causa con fecha 29 de mayo de 1985 en sentencia declara por medio del divorcio, disuelto el vínculo matrimonial que une a los litigantes, sentencia que se apela por la demandada y corresponde su resolución a la Primera Sala de la Corte Superior del Distrito, la que revoca la sentencia recurrida y rechaza la demanda; decisión ésta a la que el accionante interpone recurso de Tercera Instancia. Por el sorteo legal correspondiente de 16 de diciembre de 1985 ha correspondido el conocimiento definitivo de la presente causa a esta Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia, la que para resolver considera: PRIMERO.— El presente juicio se ha tramitado con sujeción a las normas relativas a esta clase de procesos sin que exista omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar en la validez de la presente causa, por lo que se declara la validez del procedimiento. SEGUNDO.— A fs. 4 vta. y 5 se lleva a efecto la Audiencia de Conciliación, diligencia en la cual María Mariana Luzuriaga Romero, la demandada, manifiesta en forma categórica que su cónyuge conoce muy bien su ocupación, esto es el ser prostituta, y su trabajo desde hace muchos años por los prostíbulos de esta Provincia y que él, el accionante, ha convivido con ella por más de 10 años aceptando mi condición y sin reproches y que por último, el mismo con su propia boca —dice—, le propuso matrimonio a sabiendas de tal situación, tanto más que

decía que era muy feliz con ella. TERCERO.— De toda la prueba legalmente actuada se desprende y se establece que la accionada ha ejercido la prostitución desde hace muchos años y que ha convivido con Flores hasta que lograron contraer matrimonio civil, siendo su residencia de ambos en el Barrio La Tolerancia; el actor no considera el trabajo de su cónyuge como infidelidad lo que si considera infidelidad es el hecho de que ella cohabite con otro hombre que en este caso es con Manuel Pérez, a quien el actor considera como un rival que le quita el afecto de su mujer. CUARTO.— Silvino Flores Mielles presenta testigos a juicio, quienes manifiestan que se los ve en la calle que andan juntos, esto es a la demandada con el supuesto conviviente; que la demandada vive donde habitaba la primera mujer de Manuel Pérez, declaraciones éstas que no prueban el enunciado de la causal primera del Art. 109 del cuerpo de Leyes invocado. QUINTO.— A fin de corroborar aún más la prueba, Silvino Flores Mielles presenta un documento extendido por el Ministerio de Salud Pública, Dirección de Salud de El Oro en el que dice textualmente: "La Sra. María Mariana Luzuriaga Romero se encuentra registrada en este Departamento para los controles de exámenes ginecológicos desde el 23 de enero de 1979. SEXTO.— Si bien es cierto que con la prueba tanto testimonial como documental, se ha logrado establecer que ella es una prostituta, también es cierto que no se ha logrado establecer el hecho del adulterio que él cita como causal de divorcio, adulterio que según el accionante se estaba cometiendo entre su cónyuge y Manuel Pérez. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY", confirma en todas y cada

una de sus partes la sentencia dictada por la Corte Superior de Justicia de El Oro, que rechaza la demanda. Por ascenso del Secretario Titular actúe el Secretario de la Quinta Sala de la Corte Suprema de Justicia. Notifíquese.

Edison Vélez Cabrera.— Maximiliano Blum Manzo.— Eugenio Moreno Heredia.

LEGISLACION CIVIL

Juicio ordinario que, por nulidad de sentencia, sigue Segundo Antonio Pilatuña Collahuazo contra Basilio Paucar Tupuna.

PRIMERA INSTANCIA

Quito, a 9 de enero de 1984; las 8h15.—
VISTOS: Segundo Antonio Pilatuña Collahuazo, manifestando que el 4 de febrero de 1980, ha comparecido Basilio Paucar Tupuna, con una demanda, en juicio Ordinario, la misma que por sorteo ha correspondido al Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, en contra de José Antonio Pilatuña, fundándose en el Art. 1731 del Código Civil, solicitando la restitución y devolución de la posesión de un lote de terreno, habiéndose dictado sentencia aceptando la demanda; que se asegura que se le ha citado con la demanda, pues el Teniente Político de la parroquia de Amaguaña dice que ha fijado en la puerta de su casa, las citaciones, afirmación falsa, porque en su casa nunca están cerradas las puertas, puesto que viven permanentemente y pasan sus hijos y su cónyuge; que se dicta sentencia aceptando la demanda y ordenando la restitución del lote de terreno, en rebeldía de Segundo Antonio Pilatuña; y por no habersele citado con la demanda no ha podido comparecer a este nuevo juicio, ni contestar a éste, manifestando que esta demanda se sigue en

contra de José Antonio Pilatuña cuando sus verdaderos nombres y apellidos son los de Segundo Antonio Pilatuña Collahuazo, existiendo en consecuencia nulidad de todo lo actuado; afirma además que el Sr. Juez Segundo Cantonal de Quito, sobre este mismo terreno, sobre la misma promesa de venta, entre Antonio Pilatuña y Basilio Paucar, dictó sentencia el 7 de noviembre de 1978, sentencia protocolizada en la Notaría Décima Séptima del Cantón Quito, sentencia en la que se declara que el compareciente es poseedor material del inmueble y que se le respete la posesión del terreno; que el Sr. Juez Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha, el 7 de noviembre de 1979, dicta sentencia sobre este mismo terreno, siendo actor Basilio Paucar y demandado Antonio Pilatuña; por lo que en juicio ordinario demanda la nulidad de la sentencia dictada por el Juez Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, el 10 de junio de 1981, así como al pago de los daños y perjuicios ocasionados y las costas procesales. Citado legalmente el demandado, Basilio Paucar Tupuna, opone sus excepciones a fs. 20 de los autos, por lo que trabada la litis se dá a la causa el trámite legal correspondiente y concluido el mismo, para resolver, se considera: a) En la tramitación de la presente causa, se han observado todas las solemnidades sustanciales, sin que exista omisión alguna que pueda influir en su decisión; b) Basilio Paucar Tupuna, con fecha primero de febrero de 1980, presenta a la Sala de Sorteo y efectuado éste, corresponde el conocimiento de la misma al Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, una demanda ordinaria en contra de José Antonio Pilatuña, demandando la reivindicación y consiguientemente la restitución y devolución de la posesión del lote de terreno situado en el barrio Cuen-

ANEXO 5

SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Resolución N° 204-2004
Juicio N° 197-2002

Juicio verbal sumario de divorcio propuesto por Luis Otavalo Quizhpe contra Yolanda Sisalima Duchi.

SINTESIS:

El actor demanda el divorcio por la causal 1ra. del artículo 109 del Código Civil y que trata del adulterio. En primera instancia se desecha la demanda por cuanto no se ha probado el adulterio y por ello, en aplicación de la presunción legal de que el cónyuge es el padre de los hijos concebidos en matrimonio, desecha la demanda. En fallo de mayoría en segunda instancia se ratifica el criterio señalado. Para resolver el recurso incoado, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil aprecia la evidente violación del sistema valorativo de la sana crítica. Las reglas de la lógica –el principio de razón suficiente– surge inobservado por el Tribunal ad quem puesto que Otavalo Quizhpe estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a su cónyuge –que ataca la presunción legal– que reconoce la aptitud de haber podido hacer concebir a la demandada un hijo común, en dicho lapso, toda vez que el actor viajó al exterior hace más de siete años (1996). Por lo dicho la Sala declara disuelto el vínculo matrimonial entre las partes. Respecto de los menores la Sala estimó, que entendiéndose la sujeción del Art. 107 del Código Civil a los mandatos constitucionales de los Arts. 40 y 48, puesto que el Estado tiene la obligación de proteger a los padres y madres y a quienes sean jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, promover la corresponsabilidad paterna y materna, y cuidar el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos. En todos los casos el Estado debe aplicar el principio del interés superior de los niños y sus derechos prevalecerán sobre los demás. De lo dicho, no encontrándose en el país, el progenitor y demandante, siendo este uno más de los casos resultantes de una realidad social originada por la migración, al no haberse establecido causales para la suspensión o la privación o la pérdida judicial de la patria potestad, de la madre y demandada, se deja al cuidado de ella a los hijos menores de edad.

PRIMERA INSTANCIA.

JUZGADO QUINTO DE LO CIVIL DEL AZUAY.- Cuenca, enero 21 del 2002.- Las 11h29.-

VISTOS: Luis Gonzalo Otavalo Quizhpe por intermedio de su procurador judicial, dice estar casado con Yolita del Carmen Sisalima Duchi, con quien no han adquirido bienes económicos de naturaleza alguna, y que han procreado cuatro hijos menores de edad al momento que responden a los nombres de John Vinicio, Mayra Alejandra, Vanesa Fernanda

y Edison Israel Otavalo Sisalima, que el señor Otavalo viajó a los Estados Unidos de Norteamérica hace cuatro años sin que haya retornado a esta ciudad hasta la presente fecha, y tampoco su prenombrada cónyuge ha viajado a los Estados Unidos durante todo este tiempo, en consecuencia no ha existido relaciones sexuales ni de ninguna naturaleza y por lo tanto no han procreado otro hijo. Dice además que ha llegado a tener conocimiento que la Sra. Yolita del Carmen Sisalima Duchi ha dado a luz un hijo fruto de las relaciones extramaritales que ha sostenido con otro hombre sin que conozca su nombre y su sexo (sic). Basado en estos antecedentes, y con sustento en lo que dispone el Art. 109, causal 1° del Código Civil demanda el divorcio.- Se califica y admite al trámite la demanda, se cita a la demandada, quien comparece a juicio sin que lo haga a la audiencia que se le evacua en rebeldía, por lo que se recibe la causa a prueba al trabarse la litis por la negativa tácita de acuerdo a lo previsto en el Art. 107 del Código Civil, concluida la misma, se evacua la junta para la situación de los menores, igualmente en rebeldía de la demandada, y se recibe la causa a prueba, luego de lo cual entra el proceso en estado de resolver, considerando para ello: PRIMERO: No hay omisión sustancial que lo vicie, por lo que se declara la validez del proceso; SEGUNDO: En lo principal del proceso, se trabó la litis sobre la base de la acción y la negativa simple conforme lo prevé el precepto 117 del Código de Procedimiento Civil, por lo que compete probar a la parte actora; TERCERO: Para justificar la causal, el actor actúa: 1.- La reproducción de lo favorable de autor, e impugnación de lo adverso; 2.- La inspección judicial que se practica en el hospital Regional Vicente Corral por parte del Juzgado en donde se observa la documentación inherente a la demandada, de la que se desprende que se produjo el parto el día 3 de septiembre del 2000, instrumentos cuyas copias se agregó a los autos: 3.- Testimoniales de los señores: VICTOR ALEJANDRO MOGROVEJO TAPIA, MANUEL CRUZ QUIZHPE BARBECHO y LAURA LATA, quienes son contestes en afirmar que en efecto el actor viajó a los Estados Unidos de Norteamérica, que su cónyuge nunca ha viajado a dicho lugar y que durante ese tiempo, es decir desde mil novecientos noventa y seis a la fecha no han mantenido los cónyuges relaciones sexuales ni de ninguna clase.- La parte demandada, no ejecuta actuación probatoria alguna. CUARTO: Los siguientes considerandos constituyen el fundamento legal del fallo: I.- El Juzgado, aprecia la prueba en conjunto sin embargo valora únicamente la decisiva para el fallo de acuerdo a lo prescrito en el Art. 119 Inc. 2do. del Código de Procedimiento Civil. II.- Existe de autos prueba instrumental, de la que se desprende que en efecto se ha producido labor de parto y como consecuencia el alumbramiento de un nacido vivo; hay también prueba testimonial siendo contestes los tres testigos al indicar que en efecto a estado ausente el actor, que la demandada no ha viajado a los Estados Unidos de Norteamérica, y que en ese lapso ha nacido un hijo. III.- De acuerdo con el precepto 240 del Código Civil, el hijo que nace luego de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, tiene por padre al marido; esta es una presunción legal que tiene vigencia mientras no se

pruebe lo contrario; en la especie; testigos dicen que no ha existido relación alguna entre marido y mujer, pero no hay una prueba determinante que tenga el carácter de científica y por lo tanto irrefutable que afirma que el hijo nacido dentro del matrimonio no es del padre, pues lo que aseveran los testigos son conjeturas en relación a la causal de adulterio pues en este caso al tratarse de prueba conjetural debe ser precisa y concluyente para determinar y de manera inequívoca que en efecto se dio el adulterio; más aún que ni siquiera en este caso se ha probado que se pueda imputar a persona alguna la paternidad de la criatura que nació. Tiene vigencia entonces dicha presunción legal que se desprende de la norma 240 ibídem; llegando a la conclusión de que al no haberse probado fehacientemente el adulterio, esto es el ayuntamiento carnal de la cónyuge demandada con otro hombre diferente a su cónyuge, la demanda se torna inadmisibles. - Por todas estas consideraciones, sin quien sea necesario pronunciamiento respecto de los menores por la conclusión a la que se llega el Juzgado Quinto de lo Civil del Azuay, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, declara sin lugar la demanda. - Sin costas, ni honorarios. - Hágase saber. -
f) Felipe Serrano Cordero. -

SEGUNDA INSTANCIA.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUENCA. - CUARTA SALA. - Cuenca, junio 18 del 2002. Las 09h00.

VISTOS: A fs. 8 del cuaderno de primera instancia comparece el Dr. Ricardo Vega Beltrán en calidad de Procurador Judicial de Luis Gonzalo Otavalo Quizhpe, calidad que la justifica con la copia certificada del poder especial aparejado a la demanda y dice: que su mandante se encuentra casado con Yolita del Carmen Sisalima Duchi con quien ha procreado a los menores Jhon Vinicio, Mayra Alejandra, Vanesa Fernanda y Edison Israel Otavalo Sisalima. Que su representado viajó a los Estados Unidos de Norteamérica hace más de cuatro años, sin retornar hasta la presente fecha, que la cónyuge de éste no ha viajado a los Estados Unidos y que entre los dos no ha habido relaciones sexuales. Que se ha llegado a tener conocimiento que Yolita del Carmen Sisalima Duchi, ha dado a luz un hijo fruto de las relaciones extramaritales que ha mantenido con un tercero de quien no se conoce su nombre. Que con los antecedentes expuestos y amparado en lo dispuesto en el art. 109 causal 1 del Código Civil, adulterio, en la calidad en la que comparece, demanda a Yolita del Carmen Sisalima Duchi, el divorcio, aceptada la demanda a trámite verbal sumario, citada la demandada y proveídos a los menores hijos del matrimonio de curador ad litem, se ha convocado a las partes a audiencia de conciliación, diligencia a la que no comparece la demandada a dar contestación a la demanda, por lo que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 107 del C. de P. Civil, se traba la litis con la negativa simple de los fundamentos de la acción propuesta, en esta misma diligencia se recibe la causa a prueba y concluido el término concedido para el efecto, el señor Juez A-quo dicta sentencia declarando sin lugar la demanda. Resolución de la cual interpone recurso de apelación el actor. Radicada la competencia en esta Sala por sorteo, para resolver se considera: **PRIMERO:** Que el proceso se ha tramitado con arreglo a las normas legales

pertinentes sin omisión de solemnidad sustancial alguna, por lo que se declara su validez. **SEGUNDO:** Que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 117 del C de P. Civil al actor corresponde justificar los hechos que ha propuesto afirmativamente y que han sido negados por la demandada. **TERCERO:** El actor como prueba de su parte, reproduce lo favorable de autos, entre lo que se encuentra un certificado conferido por la médico tratante del Hospital Vicente Corral Moscoso, en el que se afirma que la demandada ingresó a ese centro de salud, con labores de parto y abandonó dicho centro luego del mismo; obteniéndose el mismo resultado de la inspección judicial efectuada a la historia clínica de la demandada, que reposa en el Hospital referido, solicita además se reciban declaraciones testimoniales, de las que se desprende que Luis Gonzalo Otavalo Quizhpe viajó a los Estados Unidos en el mes de marzo de 1996 y que no ha regresado al Ecuador, así como que la demandada no ha viajado a los Estados Unidos, sin establecerse con estas declaraciones la convicción suficiente para que el Juzgado presuma de la prueba actuada el cometimiento de adulterio. **CUARTO:** Que el art. 240 del Código Civil establece que el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido; que en consecuencia por presunción legal el hijo nacido de la demandada tiene por padre a Luis Gonzalo Otavalo Quizhpe, pues no se ha demostrado en el proceso que este haya efectuado al trámite para no reconocerlo como suyo, bajo los lineamientos previstos en el inciso segundo del artículo últimamente referido. Que el artículo 241 así mismo del Código Civil, precautelando los derechos del menor, prescribe. "El adulterio de la mujer, aún cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza, por sí solo, al marido para no reconocer al hijo como suyo, PERO PROBADO EL ADULTERIO EN ESA EPOCA, SE LE ADMITIRA LA PRUEBA DE CUALESQUIERA OTROS HECHOS CONDUCTENTES A JUSTIFICAR QUE EL NO ES PADRE. Que en el presente proceso, en vez de justificarse el adulterio que se dice ha cometido la demandada, se ha demostrado que esta dio a luz un hijo cuya paternidad no ha sido impugnada en forma procedente y en el trámite debido y que como hemos dicho por presunción legal corresponde al demandante. Por lo expuesto, la Sala, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY", confirma en todas sus partes, la sentencia subida en apelación. Con costas en esta instancia a cargo del actor, pero sin honorarios que regular. Con el ejecutorial devuélvase el proceso al Juzgado de origen. Hágase saber.

f) Drs. Teodoro Sánchez S.- María Rosa Merchan L.- Darwin Muñoz S. (V.S.).

VOTO SALVADO DEL DR. DARWIN MUÑOZ S.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUENCA. CUARTA SALA. Cuenca, 18 de junio del 2002. Las 09h00.-

Vistos: Declarada sin lugar, por el señor Juez Quinto de lo Civil de Cuenca, la demanda de divorcio fundada en el numeral 1 del Art. 109 del Código Civil, propuesto por el señor Dr. Ricardo Vega Beltrán, en su calidad de Procurador Judicial del señor Luis Gonzalo Otavalo Quizhpe, en contra de la

esposa de este último, Yolita del Carmen Sisalima Duchi, habiendo el actor interpuesto recurso de apelación.- Radicada la competencia en esta Sala por el sorteo de Ley, encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: Que el trámite dado a la causa se encuentra en concordancia con la Ley, sin que existan nulidades que declarar, siendo por ello el proceso válido.- SEGUNDO: Que, de acuerdo con la demanda y la contestación, la litis se ha trabado con la afirmación de que el representado del Procurador Judicial viajó a los EE.UU. de Norteamérica, hace más de cuatro años sin que haya retornado a esta ciudad, hasta la presente fecha. Que, su esposa tampoco ha viajado a ese país en todo ese tiempo; por lo que entre los dos no ha existido relaciones sexuales, no pudiendo haber procreado ningún otro hijo. Que, conoce que su esposa ha procreado otro hijo, fruto de las relaciones extramaritales que ha sostenido con otro hombre.- La accionada se ha limitado a señalar domicilio legal, sin concurrir a la audiencia de conciliación, reputándose esta actitud como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. TERCERO: Que, de conformidad con lo especificado en el Art. 117 del Código Procesal Civil, al actor le corresponde justificar, los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio; y, al respecto, efectivamente, tenemos: Aparte de la reproducción de lo favorable de autos e impugnación de lo contrario, la inspección judicial practicada en el Hospital Vicente Corral Moscoso, donde se extrae información que da cuenta del nacimiento de un nacido vivo, hijo de la demandada; y, los testimonios que dejan establecido el hecho de que el actor no ha regresado de los Estados Unidos desde que partió y que su cónyuge tampoco ha viajado a ese país, no pudiendo por ello haber tenido relaciones matrimoniales durante todo ese tiempo; y que, ha nacido un niño. Estos hechos han sido demostrados de manera incontrovertible por parte del actor; pero también y esto no ha sido considerado por el señor Juez de la instancia, que la accionada compareciendo a fs. 55, extemporáneamente dentro de la estación probatoria, reconoce haber procreado un hijo, que según dice ha sido por un supuesto abuso y por el abandono de su esposa. Esto se corrobora con el informe presentado por el Instituto de Criminología y Medicina Legal de la Universidad de Cuenca, informe de psicología clínica y trabajo social, elaborado por la Lcda. Esperanza Guambaña Morales, resultado de una seria investigación en la vivienda de la demandada y la visita domiciliaria, informe que señala en la parte que nos interesa que la Sra. (refiriéndose a la demandada) mantuvo una relación esporádica e informal con nueva pareja con la que procrea un hijo de un año de edad aproximadamente a la fecha de presentación del informe. El señor Juez, en su resolución puntualiza que los testigos se refieren a conjeturas en relación a la causal de adulterio, aducen los testigos que no ha existido relación entre los cónyuges en litigio, para concluir, el señor Juez que no hay prueba determinante que tenga carácter científico e irrefutable que afirme que el hijo nacido en el matrimonio no es del actor. Empero, no se considera el propio reconocimiento de la accionante de haber procreado un hijo con otro hombre, que claramente consta de autos, así como el informe al que hemos hecho referencia y el contundente hecho de que el actor no se ha encontrado en el país desde hace siete años o más. Es decir no ver esto en las constancias procesales sería incurrir

en un grave error que perjudicaría la administración de justicia.- se define como el "Acceso carnal que un casado tiene con mujer que no sea legítima, o una casada con hombre que no sea su marido" (Guillermo Cabanellas. Pág. 183. Diccionario enciclopédico de Derecho Usual. Tomo 1). En la especie es claro que la demandada al procrear, como ha quedado demostrado, ha incurrido en la figura del adulterio, justificándose plenamente, de esta manera, la causal invocada en esta acción. La alegación de que fue abusada, no ha sido demostrada de manera alguna dentro del proceso. Por lo expuesto, la Sala ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, revoca la sentencia subida en apelación, declarando con lugar la demanda de divorcio propuesta por Luis Gonzalo Otavalo Quizhpe en contra de Yolita del Carmen Sisalima Duchi, disponiéndose que una vez ejecutoriada esta resolución se la inscriba en el Registro Civil de Cuenca en el tomo dos Pág. 282., Acta 682, Atinente a la tenencia de los hijos, se la otorga al padre la custodia de los hijos que responden a los nombres de Jhon Vinicio, Mayra Alejandra, Vanesa Fernanda y Edison Israel Otavalo Sisalima; esto al amparo de lo dispuesto en el Art. 197, numeral 4 del C. Civil. Estableciéndose en cuanto al régimen de visitas, que la madre cuente con sus hijos un día por semana, debiendo ponerse de acuerdo los litigantes al respecto.-

Notifíquese.-

f) Drs. Darwin Muñoz S.- Teodoro Sánchez S.-
María Rosa Merchan L.

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

CORTE SUPREMA. SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, a 1 de septiembre de 2004, las 09h00, VISTOS: Ha venido a conocimiento este juicio verbal sumario de divorcio en que se alega la causal 1ra. del Art. 109 del Código Civil, deducido por Luis Gonzalo Otavalo Quizhpi, por la interpuesta persona del procurador judicial, doctor Ricardo Vega Beltrán, contra Yolita del Carmen Sisalima Duchi, en que el Juzgado Quinto de lo Civil de Cuenca dicta sentencia, declarando sin lugar la acción "al no haberse probado fehacientemente el adulterio, al aparecer solo conjeturas por no imputarse la paternidad de la criatura concebida por la demandada, ya que opera la presunción legal del Art. 240 del Código Civil" (fs. 7 y vta. de primer grado), tanto más que hubo negativa pura de los fundamentos de la demanda por la inasistencia de la accionada a la audiencia de conciliación (fs. 30 vta. de primer grado). Resuelta la apelación del accionante, la Cuarta Sala de la Corte Superior de Cuenca, en fallo con voto de mayoría confirma en todas sus partes la decisión recurrida; en tanto, que, el voto de minoría admitiendo la prueba, consistente en la aceptación de haber procreado un hijo mediante escrito de Sisalima Duchi, y, por estimar que la prueba testifical aportada acredita: que el "actor no ha regresado de los Estados Unidos desde que partió y que su cónyuge tampoco ha viajado a ese país, no pudiendo por ello haber tenido relaciones maritales durante todo ese tiempo", a lo que une la falta de justificación por parte de la mujer en la afirmación de que fuera abusada, por demostrada la causal de adulterio, entregando la tenencia y custodia al padre de los

menores, hijos comunes (fs. 8 a 10 vta. segundo grado). El actor, doctor Ricardo Vega Beltrán, por los derechos que formula, presenta recurso de casación, imputando la violación de los Arts. 109 N° 1 del Código Civil y de los Arts. 119, 117, 120, 273, 277 y 278 del Código de Procedimiento Civil, apoyándose en la causal 3ra. del Art. 3 de la Ley de Casación, denunciando el vicio de errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (fs. 11 y 12 de segundo grado). Se ha agotado el trámite, luego de la calificación de admisibilidad (fs. 2 de este cuaderno), procede resolver, al hacerio, se considera: PRIMERO: Ciertamente, que los Arts. 273, 277 y 278 del Código de Procedimiento Civil, que, se determina como infringidos, no guardan ninguna relación con la evaluación probatoria a que se refiere la causal invocada por la casacionista. SEGUNDO.- Tampoco las disposiciones sobre la carga y pertinencia de la prueba, que traen los Arts. 117 y 120 del Código de Procedimiento Civil, pese a que tienen vínculo directo con la mecánica que rige las probanzas, sin embargo no establecen ningún sistema legal de evaluación, que únicamente se encuentra en el Art. 119, que prescribe el sistema de la sana crítica, o sea la utilización por el juzgador en el acto intelectual - volitivo de calificar las pruebas debidamente actuadas, realizadas conforme a las formalidades legales y practicadas en tiempo oportuno, según el onnis probandi y atinentes a los hechos que conforman la litis mediante el empleo de la lógica y la experiencia, unidos al recuerdo vivo de los conocimientos científicos socialmente admitidos con carácter universal, adquiridos por dicho juez. Aunque si bien no se hallan definidos en texto legal, las inspiradas en la legislación ibérica tienen una exacta convicción, que son reglas atinentes al correcto entendimiento humano, consecuentemente en su aplicación no se puede violentar los principios lógicos de identidad, tercero excluido, razón suficiente, contradicción, etc., ni tampoco se puede olvidar las proposiciones de la intuición contingentes y variable en el tiempo y el espacio, por estar siempre en constante evolución, enriquecidas por la vida propia y la historia ajena. TERCERO: En la especie, los hechos que afirma el accionante y a quien le correspondía la carga de la prueba, son: 3.1. I) Que el accionante, Luis Gonzalo Otavalo Quizhpi: "viajó a los Estados Unidos de Norteamérica hace más de cuatro años - la demanda fue sorteada el 25 de octubre del 2000- sin que haya retornado hacia la ciudad de Cuenca - Ecuador hasta la presente fecha; II) Que su cónyuge, Yolita del Carmen Sisalima Duchi, tampoco ha viajado a los Estados Unidos de Norteamérica, en todo ese tiempo; III) Que durante ese lapso entre los dos no ha existido relaciones sexuales de naturaleza alguna, y, por lo mismo no han procreado a ningún otro hijo; y, IV) Que ha llegado a tener conocimiento que Sisalima Duchi, ha dado a luz a un hijo o hija, fruto de las relaciones extramatrimoniales que ha sostenido con otro hombre, sin que conozca su nombre y su sexo. 3.2. El Tribunal de Alzada en la sentencia, en el tercero y el cuarto párrafos, valora las probanzas concluyendo: que de la prueba documental - certificado conferido por la médico tratante del Hospital "Vicente Corral Moscoso"-, en el que se afirma que la demandada ingresó a dicho centro de salud con dolores de parto y abandonó dicho centro luego del mismo, ratificado con la inspección judicial, en que se obtiene la historia clínica de la demandada, como con los testimonios recibidos a cerca del viaje del actor a

Estados Unidos y su falta de retorno al Ecuador como la ausencia de salida a ese país de la cónyuge demandada, no les permite "la convicción suficiente para que el juzgador presuma el cometimiento de adulterio", que lo consolida por la inexistencia de la prueba "que éste -habla del accionante- haya efectuado el trámite para no reconocerlo como suyo", al hijo alumbrado por la demandada en base de la presunción legal del Art. 240 en concordancia con el Art. 241 del Código Civil. 3.3. Las reglas de lógica -el principio de razón suficiente- surge inobservado por el Tribunal de Alzada, puesto que Otavalo Quizhpi "estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer". -que ataca la presunción legal- que reconoce la aptitud de haber podido hacer concebir a la demandada un hijo común, en dicho lapso. Además, no necesariamente la única prueba del adulterio -como parece lo da a entender el fallo objetado- es la concepción extra -matrimonial, aunque evidentemente es la más convincente, puesto que pueden existir relaciones extramatrimoniales. En resumen, la traba de la litis, no le obligaba al actor a impugnar la paternidad del hijo concebido por su cónyuge. Finalmente, consta del expediente, que la demandada en escrito que suscribe aunque fuera del término probatorio, admite que: "por el abandono del cual hemos sido y somos víctimas, se me abusó y he procreado un niño", situación sobre la fecundación -como bien sostiene el voto salvado-, no aparece corroborada (fs. 55 y vta. de primer grado), surgiendo más bien demostrada la concepción aludida, en el informe del Instituto de Criminología y Medicina Legal de la Universidad de Cuenca, suscrito por la doctora Esperanza Guambaña Morales (fs. 50 a 54 de primer grado), que consigna: "...al viaje del esposo (1993) la madre con sus hijos permanece en domicilio de abuelo y tía paterna en donde la dinámica se transforma disfuncional porque no existe la suficiente independencia y además porque según describen los menores pasaban permanentemente a cuidado de su tía paterna, situación que provocaba permanente reclamos que incomodaban la relación de familia luego de aproximadamente siete años cuando aún la señora habitaba en casa de su familia política (padre y hermana) la señora mantuvo una relación esporádica e informal con nueva pareja con la que procrea un hijo de un año de edad aproximadamente a esta fecha, según refiere nunca existió convivencia con el padre del menor de un año de edad a la fecha" (sic). En resumen, ha violado el juez ad quem el sistema valorativo de la sana crítica. CUARTO: En atención al Art. 13 de la Codificación de la Ley de Casación, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 299 de 24 de marzo de 2004, en mérito del proceso, se establece: 4.1. Se ha probado el connubio entre los justiciables con la copia certificada de la inscripción (fs. 5 de primer grado). 4.2. la causal invocada surge demostrada con la verificación en la inspección judicial en el Hospital "Vicente Corral Moscoso" con el anexo de la historia clínica del servicio de obstetricia que recibió la demandada (fs. 38 a 41 vta. de primer grado), y, la certificación de la doctora Patricia Zea -médico residente de ese centro de salud (fs. 18 y 19 de primer grado), que acredita: que al 2 de septiembre del 2000, fue atendida por presentar embarazo a término y trabajo de parto, siendo dada de alta el 7 de septiembre de ese año, luego de parto eutócico, que con los testimonios de Víctor Alejandro Mogrovejo Tapia, Manuel Cruz Quizhpi Barbecho, Laura Beatriz Lata Siavichay (fs. 34 y 35 vta. de primer grado),

uniformes, acreditan que el accionante desde su viaje a Estados Unidos de Norteamérica no ha vuelto al país que permiten establecer la imposibilidad física del acceso sexual de ambos cónyuges litigantes. 4.3. La realidad social originada por la migración, presenta múltiples casos en que cualesquiera de los cónyuges con frecuencia rompen la unidad familiar, y acaban con las relaciones conyugales, al fomentar la vinculación de éstos formando otras parejas, esto sucede tanto en el exterior o dentro del territorio nacional, pero sobre todo se produce el trauma psicológico de los hijos comunes, que la relativa y momentánea solvencia económica por la remisión de recursos, no logra restablecer la funcionalidad del núcleo familiar. Causa sociológica que debe ser tomada en cuenta para el juzgamiento de las conductas de los cónyuges, que se divorcian. En conclusión, no cabe encontrar una actuación de deshonestidad que incida determinadamente para acordar la situación económica y la tenencia de los hijos comunes; tanto mas que, no causa estado la resolución que se adopta, entendiéndose que las reglas del Art. 107 del Código Civil, deben quedar sujetas a los mandatos constitucionales contenidos en los Arts. 40 y 48, puesto que el Estado tiene el deber de proteger a las madres, a los padres y a quienes sean jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones y promover la corresponsabilidad paterna y materna, y, cuidar el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos. Además, se dispone: "Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos, se aplicará el principio del interés superior de los niños y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás". Igualmente, el Código de la Niñez y la Adolescencia en los Arts: 9, 100, 102, 104, 106, 118, 135, vigente a la fecha, tiene prelación con relación a otras normas del ordenamiento jurídico interno, mientras "no contradigan los principios que se reconocen en este Código y sean más favorables a la vigencia de los derechos de la niñez y adolescencia", al tenor del Art. 3. En consecuencia, no encontrándose en el país, el progenitor y demandante, Luis Gonzalo Otavalo Quizhpi ni tampoco habiéndose establecido causales para la suspensión o la privación o pérdida judicial de la patria potestad de la madre y demandada, Yolita Sisalima, y, en vista de la falta de acuerdo de éstos sobre la situación de los hijos comunes, al tenor del Art. 106 regla 2 del Código de la Niñez y Adolescencia, la patria potestad del hijo menor de doce años, Edison Israel Otavalo Sisalima, le corresponde a su progenitora, tanto más que no aparece prueba de que el ejercicio por parte de ésta, le perjudique; mientras, que, la de los otros menores adultos: Mayra Alejandra Otavalo Sisalima, Vanesa Fernanda Otavalo Sisalima; quienes no han sido escuchadas al respecto, como también a quien fuera menor de edad hasta hace días, durante el trámite del juicio, el ahora mayor de edad John Vinicio Otavalo Sisalima, por la regla 3ra. del antes mencionado artículo, también le corresponde la patria potestad a la madre de los dos hijos menores. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia objetada, y, se acepta la demanda, declarándose disuelto por divorcio el matrimonio de Luis Gonzalo Otavalo Quizhpi y Yolita del Carmen Sisalima Duchí, debiendo inscribirse una vez firme esta resolución en la oficina del

Registro Civil correspondiente, en aplicación al Art. 128 de Código Civil. En cuanto a la situación de los hijos comunes menores de edad, quedan al cuidado de su madre, debiendo el padre Luis Gonzalo Otavalo Quizhpi pasarle para su alimentación, educación y cuidado, la suma de tres remuneraciones unificadas, debiendo entregar las garantías correspondientes. Publíquese. Notifíquese. Cúmplase con el Art. 19 de Ley de Casación.-

Drs. Bolívar Guerrero Armijos.- Bolívar Vergara Acosta.- Luis Arzube Arzube (Conjuez Permanente)-

II

Resolución N° 210-2004
Juicio N° 102-2000

Juicio ordinario reivindicatorio propuesto por el señor Procurador General del Estado contra Carlos Humberto Lojano Arpi y otra.

SINTESIS:

El Estado ecuatoriano, por intermedio del señor Delegado del Procurador General del Estado demanda la reivindicación de aproximadamente un mil metros de terreno de la escuela "Miguel Morocho" adscrita al Ministerio de Educación y Cultura, con violencias, ilegal y clandestinamente, para ello alteraron el lindero de las propiedades. En primera instancia se desecha la demanda por no tener el accionante seguridad de que únicamente los demandados son los que se hallan en posesión de parte de su inmueble. El tribunal ad quem sentenció confirmando el fallo apelado. La Segunda Sala de lo Civil y Mercantil en aplicación del criterio judicial de equidad concedida contenido en el Art. 1062 del CPC, casa el fallo por advertirse que están suficientemente demostradas las mensuras y ubicación del terreno que tienen en posesión los demandados, y que pertenece a la Escuela. De ello fluye que no se analizaron ni tomaron en cuenta las experticias de los topógrafos e ingenieros que realizaron varias mediciones a lo largo del proceso.

PRIMERA INSTANCIA.

JUZGADO SEPTIMO DE LO CIVIL DEL AZUAY. Cuenca, agosto 19 de 1999. Las 10h00.

VISTOS: Comparece el doctor Luis Urgilés Contreras, en calidad de Delegado Distrital de la Procuraduría General del Estado, conforme al nombramiento que en copia certificada adjunta y manifiesta que de la documentación que acompaña se establece que el Ministerio de Educación y Cultura es dueño de un inmueble de la extensión aproximada de media hectárea ubicada en el punto denominado Guallazhapa de la parroquia Tarquí, cantón Cuenca, adquirido mediante escritura de donación otorgada por el Consejo Provincial del Azuay ante el Notario Sexto del cantón, el 21 de enero de 1987 e inscrita