



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**PROPUESTA DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL DIVORCIO SIN CAUSA Y DE  
SU CONVENIO REGULADOR EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

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

**Profesor Guía  
Mgtr. Lorena Naranjo Godoy**

**Autor  
Valeria Jacquelin Urgilés Valle**

**Año  
2015**

### **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

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

---

Lorena Naranjo Godoy  
Magíster en Derecho de las Nuevas Tecnologías  
C.I.: 170829378-0

### **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

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

---

Valeria Jacquelin Urgilés Valle

C.I.: 160043932-5

**DEDICATORIA**

A mi persona favorita. Apareciste justamente cuando yo estaba lista para querer, que suerte como te fui a encontrar. Desde el día que te vi, sentí como que ya te conocía, un minuto fue suficiente y ya sentía quererte. Porque no hay nada en el mundo mundial que ame más que estar contigo. Te amo Matias.

***Valeria***

## **AGRADECIMIENTO**

A mis padres, ojala tenga tiempo para regresar un poco de lo mucho que me dan. Julio y Eli, son un gran ejemplo. Xavier, por el apoyo estos años. Fer, Matheo, Martin son parte de mi alegría. Les amo. A la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas, Dani y Vivi millón gracias! Lorena Naranjo por el conocimiento, paciencia, tiempo y cariño. Le quiero mucho. A Nadya, Belén, Anabel, Carla, Shar, Sol, Karen, Hammy, Pame, Rosy. Muchísimas gracias por todo.

***Valeria***

## RESUMEN

El Derecho de Familia, perteneciente al Derecho Civil, regula las relaciones y vínculos que pueden surgir de los diferentes tipos de familias que nacen, existen y se modifican según el avance de la sociedad, a todos estos vínculos hay que brindarles protección. El Ecuador actualmente sufre de esta desprotección, por la falta de la aplicación de los derechos especificados en la Constitución y Tratados Internacionales, tenemos la norma pero el cumplimiento pleno del derecho aun es escaso.

Nuevas figuras jurídicas en el Derecho de Familia buscan brindar protección a los nuevos tipos de familias, estas son el divorcio sin causa y el convenio regulador, figuras en las cuales se pondera el derecho a la intimidad y la autonomía de la voluntad de los contrayentes en cuanto a sus relaciones familiares y personales.

El divorcio sin causa, busca el cumplimiento pleno del derecho de intimidad que se encuentra en nuestra Constitución y en Tratados Internacionales a los cuales el Ecuador se ha ratificado, este derecho es violado al mantener un divorcio con causales en las que se debe probar la culpabilidad de uno de los consortes o el incumplimiento de algún deber matrimonial, así mismo se viola la voluntad de los cónyuges porque es necesario tener que recurrir a una causa para poder acceder al proceso.

El convenio regulador, es un documento en el cual se busca que predomine la capacidad de negociación de los cónyuges para regular la situación familiar después de un proceso de divorcio, es necesario que prime la autonomía de la voluntad de los consortes pero que se respete lo que se estipula en la norma sobre todo en el tema relativo a niños, niñas y adolescentes. La implementación de esta figura jurídica ha sido de relevancia social pues busca separar la relación conyugal con la relación parental y que se lleven a cabo de mejor manera la relación después de un proceso de divorcio.

Ambas figuras, han sido reformadas en legislaciones de países cercanos al nuestro, han sustentado su implementación en los derechos antes comentados y en la necesidad de cumplir con la normativa internacional de derechos humanos, estas reformas modernas han hecho que se dé una constitucionalización del Derecho de Familia la cual es igual necesario en nuestro país.

## ABSTRACT

Family Law, pertaining to civil law governing relations and links that can arise from different types of families are born, exist and are modified according to the progress of society, all these links have to protect them. The Ecuador currently suffer from this vulnerability, lack of implementation of the rights specified in the Constitution and international treaties, but we have a standard full compliance with the law is still lacking.

New legal concepts in family law seek to provide protection to new types of families, these no-fault divorce and the regulatory agreement, which figures on the right to privacy and autonomy of the parties is weighted As for his family and personal relationships.

The no-fault divorce, seeking full compliance with the right to privacy that is in our Constitution and in international treaties to which Ecuador has ratified, this right is violated by maintaining a divorce causes in which they must prove guilt one of the spouses or failure of a marriage duty, also the will of the spouses is violated because it is necessary to have to resort to a cause in order to access the process.

The Settlement Agreement is a document which seeks to prevail bargaining power of the parties to regulate the family situation after divorce proceedings, it is necessary to prime the autonomy of the spouses but is respected as it stipulated in the standard especially in the item on children and adolescents. The implementation of this legal concept has been socially relevant because it seeks to separate the marital relationship with the parental relationship and carried out better relationship after a divorce.

Both figures have been renovated in legislation closer to our countries have supported its implementation in the previously mentioned rights and the need to comply with international human rights law, these modern reforms have to be given a constitutionalization of law which is the same family need in our country.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
<b>1 LA FAMILIA, PRINCIPIOS DEL DERECHO DE FAMILIA Y EL MATRIMONIO.....</b>	<b>4</b>
1.1 LA FAMILIA.....	4
1.1.1 Principios, evolución, actualidad .....	4
1.1.2 Naturaleza Jurídica .....	9
1.1.3 Definición .....	11
1.1.4 El Derecho de Familia y sus caracteres.....	12
1.2 PRINCIPIOS DEL DERECHO DE FAMILIA .....	16
1.2.1 Principios fundamentales y derechos .....	16
1.2.1.1 Principio de Igualdad.....	17
1.2.1.2 Principio de Protección.....	19
1.2.1.3 Principio del interés superior del niño.....	20
1.2.1.4 Principio de autonomía de la voluntad .....	23
1.3 EL MATRIMONIO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO.....	26
1.3.1 Evolución Histórica.....	26
1.3.1.1 Teoría Contractualista .....	28
1.3.1.2 Teoría Institucionalista .....	29
1.3.1.3 Teoría Mixta .....	31
1.3.2 Intervención del Estado en la regulación del matrimonio .....	33
1.3.3 El matrimonio como autonomía de la voluntad .....	35
<b>2 EL AVANCE DE LA INSTITUCIÓN DEL DIVORCIO .</b>	<b>39</b>
2.1 DIVORCIO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO.....	39

2.2 DEL SISTEMA CERRADO DE CAUSALES DE DIVORCIO AL SISTEMA ABIERTO DE DIVORCIO INCAUSADO.....	42
2.2.1 Sistema cerrado.....	43
2.2.2 Divorcio consensual.....	46
2.3 DIVORCIO POR CAUSALES COMO ATRIBUCIÓN DE CULPA EN EL RÉGIMEN ECUATORIANO .....	47
2.3.1 El adulterio de uno de los cónyuges .....	52
2.3.2 Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar .....	53
2.3.3 El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.....	54
2.3.4 Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro ..	56
2.3.5 La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro...	57
2.3.6 Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas.....	58
2.3.7 La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años.....	58
2.3.8 El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano.....	59
2.3.9 El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos.....	60
2.4 CAUSALES DE DIVORCIO SUPRIMIDAS EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DEL 21 DE ABRIL DEL 2015.....	62
2.4.1 El hecho de que 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.....	62

2.4.2	El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o trasmisible a la prole ....	63
2.5	SISTEMA ABIERTO.....	65
2.6	EL DIVORCIO SIN CAUSA.....	67
2.6.1	El derecho a la libertad y autonomía de voluntad de los cónyuges.....	67
2.6.2	Intimidad, dignidad, honra y privacidad de la vida familiar y de los integrantes de la familia.....	71
2.7	NUEVOS PERFILES DEL DERECHO DE FAMILIA CON REFERENCIA AL DIVORCIO INCAUSADO .....	75
3	CONVENIO REGULADOR Y PROPUESTA .....	79
3.1	CONVENIO REGULADOR .....	79
3.1.1	Estudio del convenio regulador como instrumento jurídico para la protección de las relaciones familiares .....	79
3.1.2	Autonomía de la voluntad, característica primordial del convenio regulador .....	80
3.2	NATURALEZA JURÍDICA.....	82
3.2.1	Convenio Regulador ¿es un acuerdo?.....	82
3.2.2	El convenio regulador visto como una transacción sometida a condición.....	85
3.3	EL CONVENIO REGULADOR Y EL DIVORCIO SIN CAUSA.....	88
3.4	DEBATE SOBRE EL DIVORCIO SIN CAUSA Y EL CONVENIO REGULADOR .....	91
3.5	REALIDAD NACIONAL, UN ESTUDIO PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PROPUESTA.....	95
3.5.1	Necesidad de implementar el divorcio incausado y el convenio regulador en la legislación ecuatoriana .....	96

3.5.2 Justificación Internacional de importancia para el Ecuador .	100
3.6 PROPUESTA.....	102
4 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	109
4.1 CONCLUSIONES .....	109
4.2 RECOMENDACIONES .....	111
REFERENCIAS.....	113

## INTRODUCCIÓN

Actualmente, el Derecho de Familia, está cambiando, y es necesario que nuestra legislación también lo haga, mediante la constitucionalización del Derecho de Familia, tomando en cuenta a los tratados internacionales y haciendo que los mismos sean eficaces en la realidad de las personas y que no queden únicamente en la teoría de la norma.

La doctrina, en los últimos años, ha tenido que hacer cambios en cuanto al Derecho de Familia, las concepciones básicas que se tenía de la familia, del matrimonio, y del divorcio han cambiado.

La familia es considerada el núcleo de la sociedad, al tener esta particularidad ha sido la protagonista de varios cambios sociales. Es fundamental brindarle la mayor protección que un Estado pueda ofrecer y la única forma es mediante la creación de normas que vayan de la mano con su avance.

La familia genero el matrimonio; las uniones libres; el divorcio y otros vínculos filiales. Fue necesario que la ley realice nuevas normativas para regular todas estas instituciones.

El matrimonio, en primer lugar, fue tomado como base para la formación de la familia, y su regulación se dio de manera Estatal y religiosa. Al tener una gran influencia católica, hizo que la moral se vuelva parte de sus características principales.

La sociedad siguió y de igual forma la creación de nuevos vínculos jurídicos, los cuales no se encontraban dentro de los designados por la norma o la religión, y fue necesario un cambio. Fue la separación de la Iglesia con el Estado lo que hizo que se regule de mejor manera a una nueva figura legal que fue el divorcio.

Aun con la separación que existió entre el Estado y la Iglesia, se mantuvo una postura cerrada ante la figura jurídica del divorcio. Su regulación se basó en el

incumplimiento de los deberes matrimoniales, los cuales para la actualidad en la que vivimos han cambiado y lamentablemente no nuestra legislación, generando una desprotección no solo para las intervinientes directos sino para todos los miembros de la familia.

Nuestra legislación es un claro ejemplo de lo antes mencionado, a pesar de haber sufrido hace poco una reforma en nuestro Código Civil, las propuestas implementadas dejan aún mucho que desear. Las causales de divorcio que se encuentran en nuestra reformada legislación aún mantienen la idea de la culpabilidad, se justifican por la violación de los deberes matrimoniales como la cohabitación al mantener una causal por abandono, así mismo las otras causales que mantenemos afectan a los niños, niñas y adolescentes y a la integridad física de alguno de los cónyuges.

Las causales que tiene nuestro Código Civil además de mantener la idea de la culpabilidad, tienen que ser probadas de forma fehaciente ante un juez, violando el derecho a la intimidad de la familia que se encuentra estipulado tanto en nuestra Constitución como en los tratados internacionales a los que el Ecuador se ha ratificado.

Además de existir una violación clara del derecho a la intimidad en la necesidad de probar las causas, también se termina afectando a la familia y más que nada a los hijos. La sentencia emitida tras un juicio de divorcio por causales es una prueba de que uno de los cónyuges fue considerado el culpable de romper el vínculo matrimonial, lo que puede desembocar en un rechazo por parte de los hijos hacia alguno de los padres, afectando relaciones ya no solo conyugales si no también parentales.

Es necesario que se dé una importancia a la autonomía de la voluntad que tiene cada cónyuge, al brindarle la libertad de poder invocar un divorcio incausado unilateral, sin que exista una intervención estatal, la cual lo único que busca es mantener un vínculo matrimonial que muchas veces está quebrado.

Conjuntamente con la implementación del divorcio incausado en la legislación ecuatoriana, es necesario que se acompañe una propuesta de convenio regulador, redacta en conjunto entre el cónyuge y el abogado, en la cual se debe estipular todo lo pertinente a la forma como se manejará la familia después del divorcio, es decir todo lo relativo al patrimonio y a los hijos.

Una vez más, prima en la redacción de este documento, la autonomía de la voluntad de cada cónyuge, quienes basado en lo permitido por la norma existente deberán solucionar lo respectivo a sus derechos y obligaciones post divorcio.

El convenio regulador, debe gozar de eficacia legal para que de esta forma el juez pueda homologarlo y hacer que su cumplimiento sea eficaz. Al ser un documento redactado libremente por los cónyuges su cumplimiento será más fácil. Se busca, mediante su implementación, proteger a la familia, enfatizar la negociación de los cónyuges y evitar litigios innecesarios al tener que decidir únicamente sobre lo relativo a la situación familiar y no lo relativo a la culpabilidad de alguno de los consortes.

El presente trabajo de titulación buscara la forma de implementar el divorcio sin causa y el convenio regulador en nuestra legislación, figuras legales que ya se han incorporado en otros países, quienes han buscado que se proteja y permita los derechos inherentes de cada persona, respetando los tratados internacionales y la normativa local.

El estudio de la familia, sus tipos y su organización, del matrimonio y del divorcio son fundamentales para poder entender al Derecho de Familia y buscar que se dé una actualización que, en el momento en el que vivimos, es necesaria.

# 1 LA FAMILIA, PRINCIPIOS DEL DERECHO DE FAMILIA Y EL MATRIMONIO

## 1.1 La Familia

### 1.1.1 Principios, evolución, actualidad

La familia históricamente tiene su surgimiento desde el momento que existen las relaciones entre los seres humanos; antiguamente, las familias eran nómadas, existía la poligamia y no existía un orden social que manejara o normara las relaciones que se daban.

En la antigua familia romana el vínculo sanguíneo no era un elemento determinante entre los integrantes de la misma, lo que aquí importaba era la comunidad en el culto, el parentesco que existía. Lo que prevalecía era la agnación es decir la trasmisión de varón a varón. La familia comenzaba de igual manera con la celebración del matrimonio sagrado lo cual hacía que la mujer renunciara de modo absoluto a su familia dando como resultado que los hijos que de ella nazcan carezcan de vínculo legal y religioso con su familia y a la vez con ella misma. (Mizrahi, 1998, pp. 33-68)

Se consideraba al hogar, la tumba y a los patrimonios como indivisibles pues ni la muerte separaba al difunto de su familia, ya que el mismo era enterrado en la tumba familiar que se encontraba dentro del perímetro que ocupaba cada agrupación. Al fallecer cada antepasado, se convertía en un tipo de dios protector de esa familia por tal motivo era necesario que lo mantengan feliz y cumplieran con esto con actividades como compartir la comida fúnebre, enterrarlo con armas, alhajas, y sus posesiones más cercanas.

La evolución de la familia comenzó por la creación de la agrupación social que es la ciudad, con esto se vio un cambio en la religión pues ya no se adoraba a los antepasados muertos, dado que era necesario reformar y reforzar las creencias para sustentar de mejor manera los cambios climáticos, la agricultura,

entre otros fenómenos naturales y por tal motivo la religión esta vez se centró en la naturaleza física, los dioses ahora eran Zeus, Atenea, Hera, entre otros. También hubo un cambio en el parentesco, se tenía dos tipos el tradicional (agnatio) y el consanguíneo (cognato). (Mizrahi, 1998, pp. 33-68)

La familia ha existido desde antes que la Iglesia, estaba constituida en Dios y se encontraba plasmado en el Nuevo Testamento con la concepción de la familia tradicional. Su comienzo se da con la creación del hombre, Adán, y de la mujer Eva, (Suhard, 1957, p. 13) quienes dan la idea esencial de la familia humana. La religión, busco con el tiempo, fortalecer a la idea de la familia mediante el matrimonio convirtiéndolo en un sacramento y en si en el origen de la familia.

Con la aparición de los vínculos en las familias, fue necesario regular mediante las leyes al igual que mediante la religión, dado que el cristianismo afirmaba con mayor rigurosidad que la familia era una institución básica y sagrada. La familia era considerada la célula de la comunidad eclesial y al ser el cristianismo la religión que se encontraba en todas las culturas (Tenorio, 1992, p. 8) se mantenía la idea sobre los derechos individuales. Estos derechos no eran concebidos como individuales dado que el sujeto no pertenecía a sí mismo, él se encontraba esclavizado en cuerpo, alma y bienes a la familia a la que pertenecía y como consecuencia no podía pensar en libertad.

Como ya dijimos la religión pasó a ser parte importante e influyó en la familia, en su organización, regulación y en sus fines. Antiguamente la familia tenía como eje tres finalidades bien marcadas, la natural: que conlleva la procreación de la humanidad; la moral espiritual: envuelve los aspectos del mutuo auxilio, la cohabitación, el afecto; y el carácter económico o sistema de apoyo en el cual se envuelve todo lo relativo a aportes económicos a la familia, al hogar, a alimentos, entre otros.

Con el tiempo se conformó la tradicional familia nuclear burguesa, la cual era la idea de familia en sí, se consolido a principios del siglo XIX y representaba la

modernidad de la revolución industrial frente a la actividad agrícola, reflejaba el comportamiento de una clase social, la burguesa. Proyectaba en el mundo familiar las concepciones a través de códigos éticos y sociales, se llevó a cabo la separación del espacio público y del espacio privado. La familia era aislada en el ámbito de lo doméstico existiendo un claro reparto de roles entre marido, mujer, generaciones, entre hijos e hijas existía de igual manera desigualdad y sumisión. (Valpuesta, 2006, pp. 128) la división de roles fue característica fundamental de la familia tradicional burguesa dado que el padre-marido era quien trabaja y buscaba el sustento de la familia mientras que la madre-mujer se dedica a las tareas del hogar, la crianza de los niños y la transmisión de la cultura y costumbres.

Llegado el siglo XIX y al no existir una evolución del cristianismo, no existió de igual manera una evolución de la familia, pero fue el marxismo-leninismo el que representa un cambio en la concepción de la familia, ya no se la veía como una célula que constituye un cuerpo social sino como una institución construida por la ideología del Estado es aquí cuando el Estado reproduce su ideología socio-política. (Tenorio, 1992, p. 9)

Existieron varios cambios a lo largo de la evolución de la familia, siempre existió la influencia de la sociedad y de las costumbres que regían en el momento, la monogamia fue la característica que prevaleció de la familia cristiana dando como resultado una estructura conyugal tradicional, se llegó a la naturaleza típica de la familia patriarcal y se mantuvo así hasta la primera mitad del siglo XX.

Como se ha especificado, los cambios sociales han influenciado de gran manera en la evolución de la familia. Acontecimientos históricos como la Segunda Guerra Mundial son trascendentales para la familia y como consecuencia de este acontecimiento se llevó a cabo un cambio en la sociedad, entre los principales fue la Declaración de los Derechos Humanos la cual buscaba proteger a la familia y a los miembros que la integraban; los movimientos feministas que perseguían la igualdad entre hombre y mujeres en el ámbito laboral, político y

familiar; y el avance tecnológico el cual en la actualidad ha influenciado en la conceptualización de la unión familiar.

Junto con la declaración de los Derechos Humanos en el año 1945 de igual manera se llevaba a cabo una nueva constitución en nuestro país, la constitución de 1945 tenía una característica importante, pues la Sección II hablaba sobre la familia y su artículo 142 hablaba sobre la protección que el Estado brindaba a la familia, al matrimonio y a la maternidad. Se recalca el principio de igualdad que regía entre cónyuges y se explicaba brevemente como podía ser disuelto el matrimonio.

Otros grandes cambios que se llevaron a cabo fue la separación que existió entre el Estado y la Iglesia, la formación de los Estados laicos, lo cual permitió una mayor apertura, igualdad y libertad en las familias y quienes las integran.

Con el tiempo se llegó a lo que se conoció como la democratización de la familia, un cambio en el que ya no existía la supremacía del padre-marido, en el que no es solo doméstico el rol de la madre-mujer y en que de igual manera los hijos ya no se encuentran en una posición de subordinación pues pasan a ser parte de la toma de decisiones al expresar su pensamiento. Se ve que ha existido un cambio de la familia-gens a la familia nuclear, se ha logrado introducir la pluralidad de tipos de familias, se ha visto el estrechamiento continuo de la misma y estos aspectos han llevado a que se busque una nueva concepción de la familia haciendo que se incluya un rol importante en ella como es la privacidad, esta aduce a la intimidad de los miembros y de igual manera evolucionó la idea de la realización de los fines de cada integrante cambiándolo por que estos sean individuales de cada miembro ya no colectivos.

Actualmente las finalidades de la familia han cambiado, la idea que se tiene hoy en día de familia es diferente a la idea que se tenía años atrás por ende la protección que se le otorga ha evolucionado. La procreación ya no es una finalidad desde la separación de la Iglesia- Estado lo que hizo que de igual

manera se separe el Derecho Canónico del Derecho de Familia, evolución y cambio que fue necesario y trascendental para esta rama del derecho civil. De igual manera se genera un cambio trascendental por la era digital la cual ayuda a varias familias por las migraciones que se han llevado a cabo en todo el mundo logrando mediante el uso de la tecnología mantener familias unidas aunque en diferentes espacios.

Del concepto de la familia tradicional conformada por hombre, mujer e hijos, ahora existen familias formadas por personas del mismo sexo, familias reconstruidas, familias transnacionales (lo cual es muy común en nuestro país por la necesidad de migración que ha existido) familias cortas, extensas, entre otras. La protección que debe brindar el Estado es garantizada a los miembros de esta familia, por el simple hecho de ser personas y titulares de derechos humanos. (Dominguez, 2012, p. 77). Aun así, con los diferentes tipos de familia, la misma se ha mantenido como el núcleo de la sociedad, y al ser tan diversa tiene diferentes niveles de protección los cuales se ven tanto en la norma, como en la jurisdicción y en las políticas públicas de cada país.

En nuestra Constitución Política de 1998 lo relativo a la familia se encontraba normado de la siguiente manera:

#### De la familia

Art. 37.- El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

Protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar. Igualmente apoyará a las mujeres jefas de hogar.

El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.

En el caso del Ecuador, en la Constitución del 2008 encontramos en lo relevante a la familia y al derecho de familia los artículos 67 y 69 en los que se habla de la

familia, sus tipos (los cuales se encuentran en constante evolución) en este enunciado el Estado asegura protección como núcleo de la sociedad y garantiza condiciones que favorezcan la consecución de sus fines. Determina que la familia está constituida por vínculos jurídicos y que se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de cada uno de sus integrantes.

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

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

La familia, como hemos visto, es una institución muy dinámica por tal motivo es necesario que se tenga en cierto punto un concepto abierto de la misma como para que no puedan existir discriminaciones.

### **1.1.2 Naturaleza Jurídica**

Existen diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica de la familia, Zannoni (2002, p. 17) señala 3 tesis como es el caso de la *Tesis de la Personalidad Jurídica de la Familia*, postulada por Savatier quien define la familia como una persona moral o jurídica que goza de derechos de naturaleza patrimoniales como extra patrimoniales, se ve a la familia como una persona jurídica la cual debe tener la aptitud para asumir sus derechos y obligaciones, esta tesis es criticada pues la familia no constituye un sujeto por tal motivo no puede ser titular de derechos o adquirir obligaciones.

Los vínculos jurídicos que nacen de las relaciones de la familia, si surten diferentes derechos y obligaciones, por tal motivo podemos ver como en el caso del matrimonio, al no ser cumplidas sus finalidades el mismo puede ser anulado entonces se podría entender que la familia en sí no es una persona que goza de

derechos y que debe cumplir obligaciones pero las diferentes relaciones jurídicas y los vínculos que de ellos se generan sí.

*Tesis de la familia como organismo jurídico* (Zannoni, 2002, p. 19). Se explica que entre los miembros de la familia no hay derechos individuales ya que existen vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y existe subordinación de todos ellos a un fin o interés superior. Lo que termina siendo definido por Cicu como un vínculo jurídico orgánico. Se cuestiona la idea de derechos subjetivos pues los mismos son sustituidos por el poder. Estos derechos familiares constituyen un poder de voluntad, son deberes jurídicos mas no poderes y el interés de alguno de estos pueden coincidir con el interés de otro sujeto.

Esta tesis compara a la familia con la relación que existe con el Estado, con el tiempo se realizó una modificación, se argumentó que no se puede entender a la familia como un derecho público como la relación que existe entre los ciudadanos y miembros de una familia en relación con el Estado por el concepto de soberanía, el derecho de familia y las relaciones existentes en el mismo pueden ser visto tanto como derecho privado, al nacer de relaciones entre personas naturales, pero de igual manera se lo trata como un derecho público ya que estas relaciones están claramente regladas por el Estado y es preocupación del mismo la dirección que tomen los diferentes vínculos jurídicos que nacen en las familias, por tal motivo no se puede asimilar al derecho de familia con el Estado, dado que simplemente en esta ocasión sirve como complemento y como ente regulador.

*Tesis de la familia como institución* (Zannoni, 2002, p. 20) se parte de la idea que la familia es una institución social, el derecho reconoce el carácter institucional de la familia, como institución se impone y trasciende, y es el derecho el cual mediante principios la organiza normativa y sistemáticamente.

Es necesario regular las relaciones que derivan de la sociedad para de esta manera tener un orden social adecuado y armónico para el buen desarrollo de la sociedad, por tal motivo la familia es considerada la base de la sociedad y por ende las relaciones de la misma deben ser normadas y reguladas, se debe reconocer y normar cada institución que nace de la sociedad y a su vez cada institución que nace del vínculo que se da al formar una familia.

### **1.1.3 Definición**

Es una institución social, compuesta por un grupo de personas que se encuentran ligadas por vínculos jurídicos los cuales son interdependientes y recíprocos, es el ente de reproducción del sistema, el núcleo fundamental de la sociedad, tiene en sí misma una organización biológica, ética, social, económica, es necesario recalcar las obligaciones y los derechos que tiene, que han sido establecidos dentro de la sociedad; la familia debe cumplir con diferentes funciones: (Ruiz, 1999, p. 69) las de protecciones, transmisión de cultura y de la vida, el sustento económico, y llevar a cabo relaciones personales normales, se debe mantener el interés social y personal de una manera íntimamente vinculada ya que de esta forma se contribuye al desarrollo de la sociedad, tiene como fin la existencia y el desarrollo de la comunidad, se debe procurar que todos sus miembros tengan un logro personal y trascendente. (Mazzinghi, 1999, p. 57)

Podemos definir, con los nuevos avances en la sociedad, a la familia como el grupo de personas unidos mediante vínculos, los cuales pueden ser jurídicos o emocionales, que van desarrollándose a lo largo de la duración y evolución de la familia; necesitando protección individual y colectiva por parte del Estado mediante la implementación de leyes y normas sin perder el enfoque particular de cada situación.

Es evidente el notable cambio que existe en nuestra Constitución en el Artículo 67 se reconoce a todos los tipos de familia que existen o pueden llegar a existir, no los enumera pero aun así brinda la protección necesaria para sus miembros

y para el grupo en sí, acepta los vínculos que se puedan ir desarrollando y de igual manera ofrece protección de estos.

Aun así, se mantiene dentro de este artículo y de esta definición de familia, la idea del matrimonio, lo cual puede entenderse como si esta figura fuera la propulsora de la familia, y ya como hemos explicado anteriormente, en la actualidad no es así dado que el artículo posterior al que hemos analizado habla sobre la unión de hecho y sobre lo pertinente a la misma, dejando, como ya hemos visto, un concepto ampliamente abierto a los tipos de familia que pueden darse en nuestro país.

#### **1.1.4 El Derecho de Familia y sus caracteres**

La definición jurídica del derecho de familia está expuesta como un conjunto de presupuestos ético-políticos (Zannoni, 2002, p. 5), se representa mediante la ley para las diferentes relaciones sociales que se llevan a cabo y a su vez las que nacen de la familia, no todas las instituciones familiares han sido representadas, dado que existen relaciones sociales las cuales han sido basadas en la costumbre, la tradición y las mismas aún no han sido reguladas por el derecho dado que el comportamiento de los miembros de una familia no puede ser determinado, pues el mismo cambia por aspectos sociales o la evolución de la sociedad, en consecuencia desencadena que la ley analice esta realidad para de esta manera poder expedir normas que la regulen de mejor forma.

Para Ruiz (1999, p. 172) el derecho de familia es un ente social complejo con intereses individuales y colectivos, conjunto de normas jurídicas, regulan las relaciones tanto internas como externamente, mientras que para Borda (2004, p. 7) es el conjunto de normas que regulan las relaciones familiares que nacen del vínculo entre los esposos y entre padres e hijos.

Podemos concluir que el Derecho de Familia es el conjunto de normas, deberes y derechos que regulan las relaciones de las personas existentes en un mismo

grupo, entre las cuales encontramos vínculos consanguíneos, interdependientes y recíprocos, encaminados básicamente a la procreación y el parentesco los cuales han derivado del matrimonio, la filiación y la patria potestad; se busca asegurar la existencia y el desarrollo tanto personal como grupal de sus miembros mediante la regulación de las diferentes relaciones que nacen de los vínculos existentes en una familia.

Dentro de la discusión del Derecho de Familia existen varios autores quienes argumentan que el mismo al estar dentro del derecho civil es considerado como una rama de derecho privado mientras que otros autores como Cicu, defiende que pertenece al derecho público partiendo de la tesis de la familia como organismo jurídico, se podría pensar que al ser la familia fundamental en el interés social se la puede incidir en el derecho público.

Antonio Cicu manifestó que en el Derecho de Familia el interés que se debe proteger es el interés familiar, el interés del grupo, la voluntad familiar la cual busca como fin la satisfacción de la familia, se debe distinguir el interés familiar del interés individual agregando que en el derecho público tanto la voluntad como el interés del titular van referidas al ente destacando que en el derecho de familia la voluntad privada ocupa un papel modesto ya que la misma no es eficaz, por tal razón habla de que entre los miembros de la familia no existen derechos individuales, lo que existen son vínculos recíprocos y de igual manera existe subordinación de todos hacia un fin superior, se acepta la existencia de un poder familiar al que todos los miembros de la familia en función de la misma se subordinan. (Zannoni, 2002, p. 19)

Las manifestaciones del Cicu han sido criticadas por varios autores pues hay quienes piensan que el Derecho de Familia como derecho público no está bien ubicado, la idea de Cicu con el pasar de los años fue perdiendo su fuerza al ser él mismo quien dijo que no se podía comprar la relación que se tiene entre los ciudadanos y el Estado como la relación que se tiene entre los miembros de la familia pues no se goza de soberanía como en el vínculo entre los ciudadanos y

el Estado, pero de igual manera siguió manteniendo la idea de que las relaciones familiares hacen que la persona se encuentre en una situación de dependencia respecto de un fin superior y de tal manera se lo sigue asimilando con el derecho público.

Es necesario saber distinguir las diferentes voluntades autónomas de cada uno de los miembros de las familias con la voluntad general de la familia, no se puede partir de la idea de que al ser un solo grupo de personas se deba mantener una sola voluntad o a su vez un solo interés, es necesario distinguir a cada uno de los miembros como a cada una de las relaciones jurídicas que pueden llegar a existir entre estos, varios autores discuten de la idea planteada por Cicu y afirman que el Derecho de Familia pertenece al Derecho Civil y concordamos con lo que ellos estipulan, pues como se explicó anteriormente es necesario entender los intereses de cada uno de los miembros de la familia para armonizar y normar las relaciones que se dan en la misma y de igual manera para que existan un desarrollo apropiado y la total libertad de cada uno de los integrantes, no existe una subordinación en cuanto a los derechos de cada miembro ni existe un solo poder.

Existen varios autores que han querido crear una nueva rama del derecho llamada la rama social, en la cual aparece ubicado el Derecho de Familia ya que el mismo, como hemos explicado anteriormente parte de la sociedad y es regulado por el Estado pero su fundamento principal es la sociedad y la evolución de la misma, de igual manera existen autores que niegan esta nueva rama que se ha querido crear refiriéndose en que no se puede hacer una tripartita de derecho al querer ubicar al Derecho de Familia en una nueva rama ya que como se explicó anteriormente la familia y por ende el derecho de esta debe ser regido por el Derecho Privado manteniendo los matices públicos por la intervención que existe del Estado.

Una vez explicada las diferentes tesis que existen de la naturaleza jurídica de la familia se puede terminar opinando que la familia y en si el derecho de familia,

no adquiere obligaciones ni derechos fuera de los que se conoce que nacen de los vínculos entre los miembros de ella.

El Derecho de Familia fundamenta su base para sus caracteres y para sus derechos en tres aspectos los cuales son:

La costumbre, en la moral y en la religión, no existe ninguna otra rama del derecho que este mayormente influenciada por lo antes mencionado, se ve los matices de ideas morales y religiosas en las soluciones legislativas referentes a los problemas que se presentan dado que estos guardan relación con la realidad social por tal motivo su regulación es un problema de política legislativa. (Belluscio, 2011, p. 31)

Los Derechos de Familia son deberes correlativos más conocidos como derechos-deberes, Zannoni define a estos derechos como las facultades que se otorga a las personas como medio de protección de intereses legítimos los cuales están determinados por las relaciones jurídicas familiares. Son también definidos como facultades que se otorgan a las personas que se encuentran en una estructura la cual se ha fundamentado en el parentesco, el matrimonio, o demás relaciones nacidas de la familia. Estos derechos pueden ser tanto patrimoniales como extra patrimoniales, su característica principal es la correlatividad que existe entre los deberes, existe entre estos derechos además una relación de superioridad y dependencia.

La autonomía de la voluntad, se refiere a las normas del Derecho de Familia que son en su mayoría imperativas. Los derechos y deberes muchas veces se imponen con dependencia de quien está sujeto a la norma. La voluntad expresa, y el consentimiento para constituir determinadas relaciones jurídicas nacen en la familia pero aun así estas relaciones jurídicas están normadas y reguladas imperativamente por la ley y por el Estado en consecuencia no existe una posible regulación de estas normas por parte de los particulares ya que el Estado las

impone y lo hace por razones de interés social, por ende existe la participación de órganos estatales en los actos de familia.

Los derechos de familia no pueden renunciarse, no pueden ser transmitidos, enajenados o ser transados, salvo casos concretos. No se puede renunciar a los derechos de familia dado que son perpetuos en el titular, por lo tanto no caducan, salvo casos en los cuales la ley ha fijado plazos.

Existen otros caracteres propios del Derechos de Familia entre los cuales está la universalidad, al ser globales para todos los miembros de la familia; la unidad y la indivisibilidad, al ser la familia el ente de la sociedad. Se procura que la misma sea perpetua en el tiempo salvo casos en los cuales esto no sea posible se busca proteger a los intereses y el mejor desarrollo de la familia razón por la cual al existir desorden en ella soluciones igualmente normadas.

Con la explicación dada sobre el concepto de familia, el derecho de familia y sus caracteres, es necesario hablar sobre los principios generales que se encuentran regulando a la familia, la expedición de normas que se den en el ámbito del Derecho de Familia debe abarcar y respetar los principios básicos rectores, de esta manera se evitara violaciones individuales o colectivas hacia los miembros de este determinado grupo.

## **1.2 Principios del Derecho de Familia**

### **1.2.1 Principios fundamentales y derechos**

Los principios del derecho deben tener un rol primordial pues sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico, actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de reglas jurídicas en el caso de que falte norma concreta y específica ya que son utilizados como fuente integradora del derecho, son las máximas jurídicas, las reglas del derecho.

Conforme a la Constitución ecuatoriana, en su artículo 11 se especifican claramente los principios rectores para la aplicación y ejercicios de los derechos, se especifica la igualdad, la forma en la que se puede hacer uso de sus derechos ya sea individual o colectivamente, la aplicación que existirá de los derechos y que la misma se dará de forma directa e inmediata tanto para estos como para las garantías que se encuentran estipulados en el mismo cuerpo normativo y los que se encuentran en instrumentos internacionales que han sido firmados y ratificados por el Estado. También se explica sobre la aplicación de la norma que se dará de forma más favorable para los ciudadanos, los derechos y principios son irrenunciables, inalienables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Los derechos derivados de la dignidad de las personas toma un reconocimiento especial al ser necesarios para el desenvolvimiento pleno de los ciudadanos, el Estado garantiza el desarrollo de normas y políticas públicas de manera progresiva para que se desenvuelva de mejor manera el reconocimiento y ejercicio de los derechos. Lo más importante dentro de este artículo es el deber del Estado, el cual consiste en respetar y hacer respetar los derechos que se encuentran garantizados en la Constitución.

En el derecho civil, rama a la cual pertenece el Derecho de Familia, existen principios básicos aplicables a todas las instituciones, entre estos tenemos los principios de autonomía de la voluntad, principio de prescripción, etc.; para Antoni estos principios son inaplicables pues el contenido del derecho civil como el del derecho de familia son diversos, pero no se puede negar que estos principios generales del derecho y por si del derecho civil si se encuentran inmersos en el derecho de familia, así como el principio de la buena fe, el principio de igualdad, la protección y la unidad.

#### **1.2.1.1 Principio de Igualdad**

El principio de igualdad se lo puede encontrar desde la antigüedad, dado que guarda una estrecha relación con la justicia, pero fue desde Diciembre de 1948 cuando tuvo mayor acogida, la Asamblea de las Naciones Unidas proclamo la

Declaración Universal de los Derechos Humanos ubicando a la igualdad en el artículo 1, 2, 7, 16 en lo referente a las obligaciones y derechos en el matrimonio y después de este. De esta forma el derecho de igualdad pasó a ser parte de la aceptación, aplicación y desarrollo general en las áreas jurídicas y sociales, está constituido como un derecho fundamental de los individuos, como un derecho humano y a su vez está caracterizado como un principio ya que la igualdad ha pasado a ser una máxima, una norma y una guía.

De igual manera encontramos el principio de igualdad en la Convención de Belem do Para dentro del artículo 4 numeral c, e en el cual habla claramente de la familia, numeral f el cual trata sobre la igualdad de protección ante y de la ley, y el numeral j, en el artículo 6 numeral a encontramos lo relevante a la no discriminación.

La igualdad en cuanto al ámbito del Derecho de Familia, va ligado de mayor manera a la no discriminación entre el hombre y la mujer que llegan a formar un núcleo, a la independencia que debe existir entre ellos tanto emocional como económicamente, el factor dinero llega a ser un problema importante en cuanto a la igualdad de los cónyuges y pasa de igual manera con los bienes, estos dos factores son los que comúnmente ayudan a determinar la independencia y autonomía de las partes, pero pesan de forma más significativa en la mujer dado que al no tener su propia economía o bienes tiende a depender de manera absoluta en el hombre por tal motivo puede llegar a existir una desigualdad en la pareja dejando a la mujer en una desprotección total en el ámbito emocional, económico y hasta legal. (Madaleno, 2008, pp. 19-30)

Como principio de igualdad encontramos que el Estado es quien garantiza su cumplimiento mediante normas que están plasmadas en la Constitución, en el caso del Ecuador podemos ver este principio en el Artículo 11 numeral 2, Artículo 44, 45 y 46, Artículo 66 numeral 4, Artículo 69 numeral 1, 3, 5, 6, el Artículo 83 numeral 16 se da entender que comprende la igualdad entre los miembros de la familia, la no discriminación y el tratamiento similar frente a otros, la igualdad es

dada a los integrantes de la familia, ya sean estos cónyuges o padre e hijos, existe igualdad tanto en los derechos como en las obligaciones de cada integrante, este principio es transmisible de generación en generación.

Al ser este principio un derecho de índole constitucional, se lo encuentra de igual manera en los demás códigos pertinentes al Derecho de Familia como son el Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia, es así un principio rector del Derecho de Familia.

Dentro de las sentencias que existen en la Ex Corte Suprema de Justicia, el principio de igualdad es recurrente en la mayoría de sentencias de índole familiar, pues se habla de los derechos que tienen los cónyuges tanto para la actuación en el juicio como para los demás derechos involucrados a lo largo de las peticiones hechas como pueden ser los alimentos necesarios para los hijos, los regímenes de visitas, o la propia actuación y representación justa e igualitaria en el juicio; como ejemplo citamos el Juicio de Divorcio del expediente 251, publicado en el Registro Oficial Suplemento 606 del 5 de Junio del 2009, sentencia en la cual se explica que el principio de igualdad otorgado a las partes del presente juicio no ha sido violado de tal forma que ha sido legalmente utilizado.

#### **1.2.1.2 Principio de Protección**

El principio de protección se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en los artículos 7 y 12 en lo pertinente a la protección de la ley, en el Artículo 16 habla de la familia y de la protección que debe tener por parte de la sociedad y del Estado, en el Artículo 25 se manifiesta sobre la protección y cuidado que debe existir para los niños que de igual manera forman parte de la familia. El principio de protección y el principio de igualdad, muchas veces van de la mano pues son complementarios y es el Estado quien debe garantizar el cumplimiento de estos derechos considerados de igual manera principios.

El principio de protección consiste en las diferentes normas jurídicas que buscan la defensa de la familia y de sus miembros, buscando proteger de diferente manera y de acuerdo a las necesidades de cada uno mediante la aplicación y le emisión de normas pertinentes para cada miembros.

El principio de protección a la familia no se lo debe entender solo para las familias que tiene como base al matrimonio o la unión de hecho sino también aquellas uniones de seres humanos que responden a realidades y vivencias distintas, dentro de este principio también tenemos la unión familiar.

En lo referente al Ecuador, el principio de protección se encuentra de igual manera como norma y derecho constitucional así podemos encontrar este derecho en el artículo 11 en los numerales 1, 3 y 8, el artículo 44, en su artículo 69 habla sobre los derechos de familia y sobre la protección de los derechos de las personas que la integran. De igual manera en el artículo 8, 9 y 10 del Código de la Niñez y Adolescencia, en estos artículos nos hablan sobre el ejercicio que existe de los derechos que tienen las personas y de la protección que el Estado brinda y garantiza a los mismos para su efectivo cumplimiento y desarrollo.

En lo relativo al principio de protección, tenemos como jurisprudencia al expediente número 393-06, publicado en el Registro Oficial 596 del 22 de Mayo del 2009, el cual es sobre alimentos pedidos para los niños, niñas y adolescentes que se encontraban involucrados en el proceso legal, de igual manera en este proceso encontramos el Principio de Interés Superior del Menor; el Principio de Protección invocado en esta sentencia es otorgado a la madre de los hijos basados en el mejor interés y desarrollo de los mismo.

### **1.2.1.3 Principio del interés superior del niño**

El principio del interés superior del niño va ligada de igual manera al principio de protección y de igualdad con excepción de que este interés fundamenta toda su atención a un grupo prioritario como son los niños y niñas y los y las adolescentes.

El interés superior del niño viene de la Convención sobre los Derechos del Niño que se llevó a cabo en el año de 1989 dictada por la UNICEF, firmada y ratificada por la mayoría de los países miembros, en la cual se considera que el interés superior del niño debe primar al momento de resolver diferentes cuestiones que afectan a este determinado grupo dejando como resultado que exista el respeto de este interés y por ende de las decisiones que se tomen basadas en el mismo tanto por los adultos como por el Estado. Su objetivo es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.

“Es un principio que está compuesto por múltiples factores los cuales se traducen en criterios relevantes que deben ser tomados en cuenta por la sociedad, los padres y el Estado.” (Aguilar, 2008, p. 230)

“De igual manera resulta un interés flexible y adaptable, ya que es necesario que se ajuste de forma individual a la situación concreta del niño afectado sin perder el contexto, la situación y la necesidad personal de cada menor.” (UNICEF, 2013, p. 9)

Para varios autores el interés superior del niño es una garantía ya que los niños tienen derecho a que siempre se proteja y promueva sus derechos antes de tomar una medida que sea con respecto a ellos. Se explica que este principio supera el autoritarismo o el abuso de poder que puede ocurrir cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas y de igual manera supera el paternalismo de las autoridades por otro. Así el interés superior del niño enseña que tanto la sociedad como el gobierno debe realizar el máximo esfuerzo para construir condiciones favorables para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes y que de ser necesario se debe asignar todos los recursos posibles para garantizar con satisfacción este desarrollo.

El principio tiene tres dimensiones ya que es un derecho, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento ya que se busca

garantizar su interés, es un concepto complejo, flexible y adaptable no existen respuestas generales para todos los niños debe ser independiente y analizado caso por caso, su aplicación se da mediante la evaluación se debe valorar los elementos necesarios. (Simon, 2014, Seminario Derecho de Familia UIDE)

Al ser uno de los países miembros de la ONU y de la UNICEF, el Ecuador de igual manera firmo y ratifico la Convención de los Derechos del Niño, por tal motivo dentro de sus principios que regulan al derecho de familia tenemos el principio del interés superior del niño, el cual se encuentra tanto en la Constitución en los artículos 44, 45 y 46 como en el Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 1 y a su vez en el artículo 11 en el cual se define este interés de la siguiente manera:

Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

El principio del interés superior del niño, al igual que los anteriores principios expuestos, es parte fundamental del Derecho de Familia.

Anteriormente se citó una sentencia referente al interés superior del niño, pero dado la magnitud del principio existen más sentencias en las cuales se busca la protección de los niños, niñas o adolescentes que existen, asegurando su buen desenvolvimiento y desarrollo que deben tener; de igual manera podemos

encontrar una clara utilización de este principio en la sentencia del expediente sobre el juicio de alimentos signado con el número 285-2007 publicado en el Registro Oficial Suplemento 591 del 15 de Mayo del 2009, expediente en el cual se busca la favorabilidad al principio del interés superior del niño basado tanto en las normas internas como en los artículos que forman parte de las Convenciones y Tratados Internacionales que han sido firmados y ratificados por el Ecuador.

#### **1.2.1.4 Principio de autonomía de la voluntad**

La libertad debe ser entendida como autonomía individual, nace de cada persona y esta puede ser o mayor o menor según la relación que exista con la sociedad. Autonomía deriva de la palabra “autos” la cual significa propio y de “nomos” la cual significa regla, autoridad o ley. Autonomía fue utilizada en la autorregulación y gobierno de las ciudades, su concepto en el ámbito personal deriva de la autorregulación política que existe del individuo al gobierno, la autonomía en una persona es aquella que actúa conforme a un plan elegido libremente basado en la información del mismo.

El respeto que se debe entregar a una persona autónoma envuelve el reconocimiento de sus capacidades, su libertad y derecho de mantener diferentes posturas basadas en sus conocimientos y en sus valores personales es decir envuelve su autodeterminación.

El principio de la autonomía envuelve el respeto, libertad y derechos de las personas pero las mismas no pueden generar un perjuicio grave para la demás sociedad.

Uno de los principales exponentes del principio de autonomía y del principio de respeto es Kant quien en su filosofía sostiene que los seres humanos deben ser respetados ya que son un fin en sí mismo y por esto poseen un valor intrínseco y absoluto, el autor antes mencionado desarrolla en su pensamiento el concepto

de autonomía ligado al de respeto, considera como fin en sí mismo y no como un medio sin previo consentimiento “ya que no es lícito tratar a los demás como medio sin que previamente haya existido un consentimiento libre por parte de la persona.” (Postigo, s.f., p. 2), para Kant la autonomía del ser humano era lo que llevaba a que exista el respeto del mismo mostrado a través de conductas de cuidado y de protección pero siempre preservando la autonomía personal, por esto al existir el respeto a uno mismo podía darse el respeto a los demás de esta manera era más fácil la organización y el control social. Manifestaba que se debía actuar con la máxima de uno mismo, involucrando la dignidad, el respeto y la libertad de las personas, y así de esta forma esta debía ser compartida a la sociedad.

El estado no puede limitar la libertad o actividad del hombre y más aún si es para un fin propio o para un desarrollo individual, lo que le queda por hacer es proteger los actos que se podrían dar y en caso de ser necesario reprimir y castigar todo lo que sea contrario a la ley.

Para entender de mejor manera la esfera de la libertad Nino Carlos (JUR/463/2013) explica que “La libertad de intimidad o autonomía de la voluntad implica “poder de decisión” esta decisión solo se limita si conlleva la consumación de un daño directo a los derechos fundamentales de otra persona. La dignidad como persona se ve menoscabada cuando no se toman en serio las decisiones individuales.

La autonomía de la voluntad termina siendo una facultad del hombre para hacer o no hacer sus deseos, poder o no realizarlos sin perjudicar ni dañar al resto de la sociedad, se debe tener la libertad para elegir lo que mejor se crea sin ningún tipo de restricción teniendo también en cuenta, como ya explicamos, el desarrollo de la sociedad a nuestro alrededor partiendo de la premisa de que nuestros derechos terminan donde comienzan los derechos de los demás. (Varsi, s.f., p. 3).

La libertad de las personas tiene dos matices pues por un lado es un derecho esencial para el desenvolvimiento y buen desarrollo de la persona y por otro es el valor fundamental que orienta el Estado de Derecho, como en el caso del Ecuador, viene a ser “un atributo el cual permite un *facere* o *non facere* sin más limitación que la legal, se hace lo que se desee pero en observancia a lo permitido y de igual manera se responde por los actos en la medida de la afectación que pueda existir.” (Varsi, s.f, p. 4)

El principio de respeto a la autonomía de la persona y a la autonomía de su voluntad es otro de los principios que encontramos en nuestra Constitución, pues la misma esta basa en derechos fundamentales del ser humano y en el respeto y cumplimiento de los mismos, se puede encontrar este principio claramente plasmado en el artículo 11 numeral 3 y 9 de la Constitución del Ecuador en el cual habla sobre el respeto que debe existir por parte del estado para el buen cumplimiento de los derechos de los ciudadanos, de igual manera se encuentra este principio en el artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia. Al ser, igual que los demás principios, una norma constitucional se ve envuelta en todos los ámbitos de derechos de los ciudadanos y por ende en todas las ramas del derecho como es el caso del derecho de familia.

Este principio en el ámbito de la familia de igual manera abarca el libre desarrollo de la personalidad, la reciprocidad, la honra, la dignidad y la intimidad de cada uno de sus miembros, “respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones a menos que estas produzcan claros perjuicios a otros.” (Hoffman, 1999, p. 7), es necesario que exista dado que la falta del mismo puede invocar problemas de violencia, se puede llegar a la violencia intrafamiliar la cual de igual manera esta normada por la constitución y el Código Civil para que sea evitada y en el caso de que llegue a suceder sea castigada, para esto también existe el principio de protección que de igual manera da la Constitución a todas las personas y más aún en el caso de violencia intrafamiliar.

Todos los expedientes, fallos y jurisprudencias dictadas por la Corte Nacional de Justicia tienen implícitamente el principio de autonomía de la voluntad en sus sentencias dado que como se explicó anteriormente debe existir el respeto a las normas constitucionales las cuales regulan los derechos de las personas y por ende los derechos de los integrantes de la familia.

En nuestra Constitución encontramos el principio de libertad (autonomía de la voluntad) en el artículo 11 numeral 1, de igual manera en el artículo 45, artículo 66 habla específicamente de la libertad y del derecho que tenemos a la misma, englobando diferentes aspectos y entre los pertinentes a nuestro tema tenemos el numeral 4, 5, 18, 20, 29 A y D. Números que hablan sobre el libre desarrollo de la persona, la intimidad familiar, el honor y el buen nombre de la persona que son temas que se abordaran más adelante en el desarrollo de la tesis.

De igual manera en instrumentos internacionales como en la Declaración Universal de Derechos Humanos encontramos la libertad en el artículo 1.

### **1.3 El matrimonio en el régimen jurídico ecuatoriano**

#### **1.3.1 Evolución Histórica**

Para Guillermo Cabanellas (2006 p. 238)

El matrimonio es una de las instituciones fundamentales del Derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos, quizá ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja humana surge en todos los estudios que investigan el origen de la vida de los hombres y establecida como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada en el matrimonio, base de la familia, clave de la perpetuidad de la especie y célula de la organización social primitiva y, en su evolución, de los colosales o abrumadores Estados.

El matrimonio encuentra su origen en la antigüedad pues en el derecho romano fue consensual dado que estaba constituido por el *affectio maritalis* es decir el

consentimiento matrimonio, requisito que ha perdurado con el pasar del tiempo, el matrimonio antiguamente se dividía en *cum manu* en el cual el marido adquiría la potestad de la mujer, y en *sine manu* en el cual la potestad marital no se originaba.

Fue en el siglo X en el cual la Iglesia entró a regular esta figura, convirtiéndola en un sacramento para fijarlo como productor de una gracia y a su vez como un signo santo, en el Derecho Canónico en su canon 1055 se define al matrimonio como:

Alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre si un consorcio para toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevado por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

En el Ecuador, al igual que en varios países en los cuales predominaba la religión católica, se dejaba a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o que se ha contraído, reconocía al matrimonio eclesiástico como el único válido, Juan Larrea Holguín, considerado uno de los mayores expositores de Derecho Civil del Ecuador define al matrimonio como una institución de Derecho Natural y Carácter sagrado, el cual como antes dijimos es un sacramento para los católicos, se origina por un contrato solemne, es único e indisoluble y tiene por objeto la ayuda mutua de los cónyuges, la procreación y la educación de la prole. (Holguín, 2008, pp. 229-233)

No fue hasta el siglo XVI cuando se busca separarse de la religión y da como origen al matrimonio civil, el cual de igual manera es regulado por los diferentes Estados dictando para el mismo sus funciones, obligaciones y leyes pertinentes para el buen desarrollo de esta figura.

Fue hasta 1902 cuando se introduce la Ley de Matrimonio civil en la cual solo se da efectos a los matrimonios realizados ante las autoridades civiles, con el pasar

del tiempo existieron pocas modificaciones a esta ley las cuales se dieron en los siguientes años como en 1903, 1910, 1912.

El matrimonio es la base necesaria para la familia legítima, tiene trascendencia en todo el Derecho de Familia y en la organización social, dentro de sus caracteres esenciales tenemos que implicar la unión del hombre y la mujer, que esta unión es permanente, monógama y legal. (Borda, 1972, pp. 31, 32)

El matrimonio tiene un sentido personalista, es una relación interpersonal única, que se realiza entre dos personas, creando una comunidad de vida. “Son dos los que se casan, dos los que se comprometen a realizar un matrimonio y dos los que se comprometan a formar una comunidad íntima.” (Chávez, 1985, p. 67)

El sistema matrimonial abarca un contenido más amplio ya que se establece un punto de vista en cuanto a su naturaleza jurídica, fines, requisitos de validez, régimen patrimonial, relaciones conyugales, nulidad y extinción del mismo Tejeiro. (2006, pp. 21-25).

Con el pasar del tiempo el desarrollo de la definición de matrimonio envolvió más elementos, como los de su naturaleza jurídica y es aquí donde existen varias discusiones de los autores que definen esta figura jurídica dividiéndole a la misma en tres: como un contrato (acto jurídico), como una institución y por último la teoría mixta.

### **1.3.1.1 Teoría Contractualista**

El matrimonio como contrato tiene sus raíces en el derecho canónico y posteriormente en la filosofía del contrato social.

Esta figura es vista como un contrato pues es el acuerdo de voluntades que generan obligaciones, al ser considerado un contrato de ser solemne, más que nada en cuanto a su forma ya que es necesario que se emita un consentimiento que lo constituya el cual debe ser ante un juez y testigos. (Parra, 2008, p. 92)

Matrimonio como acto jurídico, implica un acto voluntario humano, libre y personal de los contrayentes, se basa en el consentimiento por el cual se asume condición de existencia del acto, es un acto bilateral pero integrado por el control de legalidad el cual es ejercido por el oficial público del Registro Civil; la existencia del acto importa reconocer no solo el consentimiento de los contrayentes, sino simultáneamente a este consentimiento. (Zannoni, 2002, pp. 178-189)

La voluntad es parte primordial de esta teoría, motivo por el cual puede crear el vínculo y de igual manera rescindirlo.

Como vimos anteriormente la base de esta teoría es la voluntad de los contrayentes, en el acto matrimonial los cónyuges prestan su consentimiento pero los derechos están fijados por la ley y las partes no pueden apartarse de estas prescripciones de orden público. (Borda, 2004, p. 36)

“La propia definición del contrato es un acuerdo de voluntades que genera obligaciones y el matrimonio es precisamente esto a pesar de que el legislador reglamente casi todos sus efectos.” (Gómez, 2002, p. 16)

Como vimos en esta teoría lo primordial es la voluntad, el consentimiento libre de las partes contratantes, debe cumplir con ciertos requisitos como el ser solemne y ser realizado ante un juez, un funcionario del Registro Civil y a su vez ante testigos, la teoría de contrato se fija únicamente en el momento de su creación, y la forma en la que se da nacimiento al vínculo, mediante el acto jurídico de la bilateralidad de las voluntades para querer realizar dicho acto, veremos más adelante que esta teoría al ser combinada con la teoría institucionalista toma un poco más de forma.

### **1.3.1.2 Teoría Institucionalista**

El matrimonio es visto como una institución ya que se sostiene que es un conjunto de normas de derecho que reglamentan un mismo tema.

Es una institución al estar compuesta de reglas imperativas, fijadas anticipadamente por el legislador sin ver la voluntad de las partes, y en conclusión sin que exista modificación alguna por parte de los contrayentes. (Monroy, 1979, p. 49)

La institución del matrimonio:

No es más que la unión natural disciplinada y consagrada en el estado social como unión legítima pero a su vez es consagrada y disciplinada por vía de la autoridad, se reúnen todas las características de institución: existencia de dos personas, consecución de un bien común, existencia de autoridad estable; el matrimonio tiene una individualidad objetiva propia, lo que hace que las partes pierdan su poder e independencia. (Larraín, s.f., p. 16)

Para Borda (2004, p. 37), quien se inclina por esta teoría, denomina al matrimonio como una institución al ser un elemento vital de la sociedad, se busca que los intereses sean coincidentes, trata a esta figura como una entidad no solo para las partes sino también para los terceros involucrados, es producto de la comunicación y se busca que en lo posible dure y sea perpetua ya que se basa en relaciones objetivas.

Varios autores deducen que a pesar de que el matrimonio es un contrato por la formalidad del mismo, lo que se termina creando es una institución.

Se califica al Estado de familia, se determinan relaciones jurídicas y se busca una estructura autoritaria y a la vez jerárquica que gobiernen la idea del bien común, se cristaliza en relaciones institucionalizadas las cuales escapan al árbitro individual y que el propio derecho las hace imperativas. (Zannoni, 2002, pp. 190-192)

Es por esto que los derechos al igual que las obligaciones y deberes de los contrayentes con materia de la ley civil y estos no pueden ser alterados.

### 1.3.1.3 Teoría Mixta

La discusión de clasificar al matrimonio dentro de una figura jurídica ha sido comentada por varios autores, quienes al igual que yo, terminan apuntando a la teoría mixta, en la cual se dice que el matrimonio es un contrato ya que existe la voluntad creadora de efectos y a su vez una institución dado que la ley regula los efectos y al matrimonio; la teoría mixta mantiene que se puede ver dos momentos, en su momento formativo es un acuerdo y es un vínculo el cual está constituido por la irrenunciabilidad de derechos e inderogabilidad de normas. (Monroy, 1979, p. 52)

Mazzinghi (1999) explica que:

Es la relación jurídica que nace de esta celebración (acto jurídico) tiene una naturaleza diferente ya que tiene derechos y obligaciones que están fijados por un estatuto imperativo, ya que se busca proteger el conjunto de intereses y regular con precisión las relaciones recíprocas, son varios principios los cuales en cumplimiento pleno y perfecto de sus fines busca regular la convivencia entre los esposos, y posteriormente entre los hijos. (pp. 109-113.)

De esta manera terminamos entendiendo y aceptando esta teoría, pues al igual que algunos autores, creo que el matrimonio tiene dos momentos, el nacimiento del mismo y el desarrollo que se lleva a cabo a lo largo de la búsqueda de los fines propios de esta figura jurídica, desarrollo que esta a su vez regulado, normado y en cierto punto supervisado por un ente regulador como el Estado, se puede decir que el matrimonio está organizado como una institución a la cual tienen acceso quienes están dispuestos a celebrar el contrato del cual emana el vínculo jurídico.

Las varias opiniones sobre como encasillar al matrimonio se han dado durante toda su evolución y existencia, hasta hoy no existe una clara idea de si pertenece a un contrato, a una institución o si versa sobre las dos figuras, lo que se ha logrado establecer es que es una figura autónoma, clasificada dentro del derecho

civil pero con matices sociales muy marcados los cuales muchas veces pueden ser entendidos como si pertenecieran a una rama distinta del derecho.

Anteriormente en nuestro país el matrimonio era indisoluble, las causales de divorcio fueron ingresando en el marco jurídico conforme la evolución de la sociedad, hacían que se viole lo que se promete en la enfermedad y salud, en la riqueza y pobreza, etc. Se encontraba una gran desigualdad entre los conyugues al dejar a la mujer a un lado en cuanto a ciertas características del matrimonio como la administración de bienes o en cuanto a decisiones propias del matrimonio; una de las finalidades que se contemplaban como naturales era la de seguir la mujer al marido, que ella sea recibida en su casa y la obediencia que debía existir de la mujer al marido.

Desde 1989 en el Ecuador se ha mantenido el concepto de matrimonio en la legislación del país, no ha tenido cambios relevantes y significativos, se ha mantenido la idea principal de la voluntad de los contrayentes quienes deben ser un hombre y una mujer, así mismo, se ha mantenido los fines por los cuales se debe celebrar el matrimonio, aspectos que serán tratados más adelante con mejor detalle.

A pesar de que la definición de matrimonio en nuestro país no ha sufrido grandes reformas, mundialmente si se ha visto evolucionado, pues ahora el matrimonio en algunas legislaciones ya no es una unión heterosexual, los fines que antes se tenían han cambiado al ya no ser la procreación una finalidad importante pues existen familias que nunca llegan a tener hijos pero de igual manera tienen un vínculo matrimonial, así mismo las familias han evolucionado al punto de que no se encuentran en un solo hogar, pues existen familias que estando casadas viven apartadas pero juntas es lo que últimamente se ha definido como familias LAT (living apart together), la finalidad más importante que se encuentra hoy en día en el matrimonio es los planes de vida que se llegan a realizar con la otra persona, el auxilio mutuo que debe existir entre los conyugues y la voluntad no obligatoriedad de permanecer juntos.

### 1.3.2 Intervención del Estado en la regulación del matrimonio

La intervención del Estado en la regulación del matrimonio, se dio al enfocarse a la idea de la unión matrimonial como base para formar una familia y esta a su vez era considerada el núcleo de la sociedad. El avance de la sociedad hizo necesario que se regule mediante la rama civil y más precisamente mediante el Derecho de Familia a todo lo relativo a las relaciones que se podían dar por los vínculos que se iban formando en las familias y en los integrantes de la misma.

Tejeiro (2006, pp. 21-25) divide al matrimonio en:

Acto público y solemne en el cual habla sobre el matrimonio civil, aquí involucra al Estado; y al matrimonio como acto privado en este también habla sobre que el Estado aprueba un criterio de libertad y que el mismo queda válidamente constituido por la sola voluntad de los contrayentes.

Podríamos ver como esto se relaciona con nuestro país dado que en el Ecuador tenemos un régimen cerrado en cuanto al desarrollo del matrimonio, nuestro sistema tiene una activa y enérgica intervención de la autoridad pública.

Nuestro Código Civil también tiene su propia definición en el 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”. En los siguientes artículos encontramos también aspectos relacionados a nuestro tema como es en el caso de Artículo 100 del mismo cuerpo legal.

Es necesario a la vez referirse a Constitución, en la cual encontramos también una definición al matrimonio en el Art 67.-. (...) “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”

La intervención del Estado para regular al matrimonio se ve claramente en el Código Civil, dado que desde el artículo 81 hasta el artículo 105 se encuentra

regulada esta figura jurídica, dentro de los cuales encontramos los deberes, obligaciones y requisitos que se deben cumplir para que el matrimonio sea considerado un contrato solemne y valido. De igual manera existen requisitos de validez y requisitos de existencia, los requisitos de validez son los que se encuentran contenidos en la ley y son el consentimiento libre y espontaneo, la capacidad de los contrayentes y el cumplimiento de determinadas solemnidades legales esenciales.

De igual manera es necesario la concurrencia de las partes intervinientes o hacerlo a su vez a través de un apoderado especial mediante poder especial el cual debió ser otorgado ante un Notario Público y la concurrencia de ellos debe ser ante un funcionario autorizado quien la ley ha encomendado la función de celebrar matrimonios, debe ser celebrado de acuerdo con la ley para que de esta forma este amparado y regulado por la misma, su celebración debe ser pública, en el caso del Ecuador deberá ser celebrado ante el Jefe del Registro Civil, Identificación y Cedulación.

Los impedimentos dirimentes se encuentran especificados en el artículo 95 del mismo cuerpo legal los cuales de no ser cumplidos llevan a la nulidad del matrimonio.

En cuanto a la presencia de dos testigos hábiles en el artículo 103, ibídem, explica quiénes son testigos hábiles y que los mismo deben ser mayores de 18 años, no son testigos hábiles los dementes; los ciegos, sordos y mudos; los mendigos; los rufianes y meretrices; quienes tengan una condena por un delito que haya merecido prisión por un tiempo superior a cuatro años; quienes no entiendan el idioma castellano, quichua, shuar u otro idioma ancestral.

Para que el matrimonio sea válido se debe cumplir con los requisitos especificados claramente en la norma y de igual manera se debe tener el acta de matrimonio correspondiente la cual es otorgada y suscrita por los contrayentes, los testigos y el funcionario público que celebró la ceremonia.

En lo relativo a los deberes, finalidades, obligaciones y derechos de los contrayentes las mismas se encuentran reguladas en el Código Civil en los artículos 136 a 220 en estos tenemos lo relativo al mutuo auxilio, asistencia mutua, cohabitación, administración de la sociedad conyugal, donaciones, etc.

Así como se ha desarrollado y ha progresado la institución del matrimonio, de igual manera lo ha hecho la del divorcio, como mecanismo para poner término a matrimonios que han perdido su razón de ser en los planos afectivo, familiar social. (Ruiz, 1999).

### **1.3.3 El matrimonio como autonomía de la voluntad**

El matrimonio al ser una figura jurídica de común uso entre las personas ha logrado ser vista como un derecho de todos los seres humanos y como claro ejemplo tenemos su denominación en diferentes artículos pertenecientes a Derechos Humanos como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en este cuerpo legal en el artículo 17 encontramos lo siguiente:

#### Artículo 17

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

De igual manera en la Declaración Universal de Derechos Humanos:

#### Artículo 16

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

En el Ecuador encontramos a la definición de matrimonio como un derechos fundamental del ser humano en la Constitución en el artículo 67.- (...) “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundara en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”.

Al ser visto como un derecho fundamental de las personas, deben ser detallados sus fines y requisitos para la existencia y para el buen desarrollo del matrimonio, entre los fines de esta figura jurídica podemos encontrar los siguientes:

Procreación.- se busca que como fin del matrimonio se dé la trasmisión de la vida humana, por tal motivo esta finalidad está ligada a que el matrimonio se de entre un hombre y una mujer, es decir que exista la diversidad de sexos. La procreación de la prole es un fin cuyos inicios se dio con la religión, dentro del Derecho Canónico y en el Código del mismo se encuentra como fin de un matrimonio la procreación y la educación de la prole en los parámetros de la religión para que exista el traspaso del catolicismo a las nuevas generaciones; en la actualidad existen varios matrimonios en los cuales la procreación no es uno de los fines de los contrayentes y no por esto dejan de pertenecer a esta figura jurídica o dejan de ser una familia.

Ayuda, auxilio mutuo y cohabitación.- al celebrarse el matrimonio se entiende que los contrayentes buscan que exista una cohabitación entre ellos ya que uno de los fines del matrimonio es el de vivir juntos por tal razón son ellos quienes de

común acuerdo fijan cual va a ser su residencia, la cohabitación está claramente ligada a la ayuda y el auxilio mutuo dado que los cónyuges están obligados a socorrerse y a ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida para un buen desenvolvimiento de esto es necesario que los cónyuges sepan suministrarse de manera mutua todo lo necesario y de igual manera contribuir para el mantenimiento del hogar en el cual cohabitan juntos.

Los requisitos de existencia son los siguientes:

Diversidad de sexo.- una vez más, este requisito va ligado con la religión, como hemos visto el matrimonio tiene en su historia gran trascendencia e intervención de la Iglesia, en el caso de la diversidad de sexo, este se ha mantenido a lo largo de los años y en la mayoría de las legislaciones ya que como requisito se pide que la unión sea entre un hombre y una mujer dado que de este modo se puede concretar uno de los fines del matrimonio que es la procreación, conforme al fin del matrimonio es necesario que sean de diferente sexo, esta unión se traduce en derechos y deberes recíprocos. (Borda, 2004, p. 31)

Unidad.- por ser dos los contrayentes se excluye la posibilidad de una poligamia o poliandria, deben ser dos individuos de distinto sexo los cuales se unan de forma integral mediante un solo vínculo matrimonial.

Consentimiento.- se refiere a la libre decisión de la voluntad de quienes lo contraen, y deben expresar esta voluntad de contraer matrimonio. (Ruiz, 1999, p. 187) Debe existir el acuerdo de voluntades ya que es indispensable para que se pueda constituir el vínculo, al mismo tiempo esta voluntad debe estar libre de cualquier vicio.

Conjuntamente con la regulación del vínculo matrimonial y todo lo relativo al matrimonio, sus fines, deberes y obligaciones, se llevó a cabo, por el avance una vez más de la sociedad la implementación del divorcio, por la necesidad de regular las relaciones de los cónyuges al momento de tener conflictos y de tomar

la decisión de dar por terminado el matrimonio. De esta forma, al igual que con el matrimonio, se creó el divorcio, su regulación y sus efectos.

## 2 EL AVANCE DE LA INSTITUCIÓN DEL DIVORCIO

### 2.1 Divorcio en el Régimen Jurídico Ecuatoriano

La definición de divorcio varía según los autores, como en la mayoría de figuras legales, se termina definiendo como una institución legal la cual permite la disolución del matrimonio por una causal distinta a la nulidad o la muerte. Deriva de *Divortium* y *Divertete* que significa “irse cada cual por su lado para nunca jamás volverse a ver.”

Al igual que el matrimonio, su surgimiento se dio desde la época de los pueblos babilonios, chinos, hindúes, egipcios, hebreos, griegos y romanos, quienes practicaban en la antigüedad el divorcio, de igual manera en las XII Tablas estaba ya aceptado aunque de una manera limitada. (Borda, 2004, p. 234)

Antiguamente el divorcio consistía en ponerle fin al matrimonio por decisión unilateral del marido sin necesidad de una explicación, mientras avanzaba el derecho se logró hacer que el marido explique los motivos del repudio de la mujer mediante una carta, tiempo después el repudio podía provenir tanto del hombre como de la mujer. (Duque, 2002, p. 56)

Al igual que el matrimonio, el divorcio tenía gran influencia canónica pero fue al comenzar la Edad Media cuando se proclamó el principio de Westfalia en el cual el papado dejó de tener relevancia en la política europea, de igual manera en la Revolución Francesa se llevaron a cabo cambios trascendentales en el ámbito civil por la liquidación que existió ya que se admitía el divorcio, el mismo tiempo antes era de naturaleza indisoluble.

En el Ecuador únicamente se permitía la separación de cuerpos, el matrimonio, el divorcio y su jurisdicción estaba bajo la autoridad eclesiástica como constaba en el Código Civil de 1889.

En nuestro contexto histórico nacional es necesario revisar la definición dada por Larrea Holguín (1995, pp. 224-227) para quien esto era un mal, una anomalía, indeseable y un mal gravísimo, era la ruptura del vínculo matrimonial civil, por una causa legal reconocida en sentencia judicial o por mutuo consentimiento de los cónyuges. Aseguraba que el vínculo matrimonial no se rompe por el divorcio y de producirse este los cónyuges continúan con las obligaciones y derechos propios del derecho natural, que nadie en la tierra puede disolver ese vínculo sacramental contraído y consumado entre bautizados.

El mismo autor ve al divorcio como un fracaso, a la persona como alguien que adolece de vicios morales o defectos psicológicos que los incapacitan por igual para ser felices en otras circunstancias, el divorcio es una solución cómoda dice el autor. Cuando se admitió al divorcio en las leyes civiles significó violar el derecho natural y el derecho divino positivo, fue ir contra las conciencia de los católicos y de muchos otros hombres rectos que tienen derechos a que sus convicciones sean respetadas (...) las leyes positivas deben reflejar el concepto de la vida de los mejores ciudadanos no pueden ajustarse a los caprichos de los más corrompidos o de los fracasados en la vida. (Holguín, 1995, p. 124)

Con la Ley de Matrimonio Civil de 1902 se introdujo el divorcio con disolución del vínculo, aunque la causal era el adulterio y existía la prohibición hacia el cónyuge culpable de contraer nuevas nupcias dentro de diez años después de declarado el divorcio.

En 1904 se agregaron dos causales: concubinato público y autoría o complicidad en crimen contra la vida del cónyuge.

Fue en 1910 cuando se establecía el divorcio por mutuo consentimiento pero se mantuvo la existencia de un plazo de 2 años para poder contraer un nuevo matrimonio.

Al principio el proceso para el divorcio por mutuo consentimiento era un trámite sumarísimo y los procesos de divorcio por causales eran trámites verbales

sumarios; el divorcio desvincular (permanece vigente el vínculo matrimonial porque equivale a la separación de cuerpos es decir al cese de la convivencia) proceso en el cual no se eliminaba el vínculo matrimonial, fue abolido por el Decreto N° 112 de 1935 en el cual se incorpora la causal de separación con ruptura de relaciones conyugales por más de 3 años, de igual manera se creó el divorcio tácito, que consistía en un trámite sumarísimo y que se originaba por la separación de cuerpos, pero el mismo fue suprimido en 1940.

Otra modificación se dio en 1958 cuando se restableció el divorcio desvincular bajo la figura de separación conyugal judicialmente autorizada. Existieron reformas en los años siguientes en 1962, 1967, 1969 y 1970. Fue la Ley N 43 de 1989 publicada en el Suplemente del Registro Oficial 256 del 18 de Agosto de 1989 la que modifico las causales de divorcio en cuanto a las injurias graves y a la separación de hecho, de igual manera se suprimió la causal de separación conyugal judicialmente autorizada. (Parraguez, 1999, pp. 263-265)

En el divorcio se puede estipular de dos tipos, el vincular que disuelve el vínculo matrimonial dentro del cual la doctrina ha clasificado en sanción y remedio; y el divorcio no vincular que se refiere a la separación de cuerpos; y el divorcio por mutuo consentimiento.

Por regla general, en el Ecuador existe y además es aceptado el divorcio después de un procedimiento judicial, debe ser decretado por una autoridad e invocado en causales establecidas anteriormente en la ley o por acuerdo de las partes.

Se especifican las causas para dar por terminado el matrimonio en el Art. 105 del Código Civil:

Art. 105 [Causas de terminación del matrimonio].-

- 1.- Por la muerte de uno de los cónyuges;
- 2.- Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio;

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

4.- Por divorcio

En el mismo código se define a la disolución del vínculo matrimonial en su artículo 106:

Art. 106 [Disolución del vínculo matrimonial].- 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 ejecutorio la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del cónyuge demandado. Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectuó con el último cónyuge.

La disolución del vínculo matrimonial y las causales por las cuales se termina con el matrimonio son semejantes en casi todas las legislaciones de América del Sur, varias legislación aún mantienen a la separación de hecho como causal de disolución del vínculo matrimonial pero la misma debe ser convertida en divorcio después de cumplir con ciertas formalidades propias de la ley, dado que es lo que hemos denominado como divorcio no vincular.

En cuanto a las excepciones que dispone nuestra ley sobre el plazo para contraer matrimonio tras un divorcio que se produjo en rebeldía del cónyuge demandado no se especifica de igual manera en legislaciones cercanas a nuestro país.

Nos encontramos en un momento de transición, nuestra legislación anterior contaba con once causales, ahora con la nueva aprobación de la reforma al Código Civil las causales han sido reducidas a nueve, que serán explicadas más adelante.

## **2.2 Del sistema cerrado de causales de divorcio al sistema abierto de divorcio incausado**

Las cifras de divorcio que existen en nuestra actualidad demuestran un gran incremento del mismo a lo largo de los años, el Instituto Nacional de Estadísticas

y Censos (INEC) tiene como últimas cifras las tomadas en el 2013 en las cuales los matrimonios estaban en los 53.986 y los divorcios un poco menos de la mitad. Aun así las cifras han aumentado con el pasar del tiempo, en el 2013 los divorcios se encuentran en 21.122 mientras que en el 2010 estaba por los 18.231, en la última década ha existido un incremento en las estadísticas puesto que en el año 2011 fue cuando más divorcios hubo, llegando a una cifra de 21.466, y en referencia a lo que hubo en el 2004 que fue de 11.251 existió un incremento del 90.79%.

Aun así existe, un restante de 4.425 divorcios de la totalidad que ha censado el INEC es por una causa que se ignora, se puede deducir que la población censada no ha querido responder a la causa del divorcio por privacidad de sus vidas o por que los procesos no se han llevado acorde a la ley.

Las cifras que arrojaron los datos tomadas por el INEC, tenían que ver, en gran parte, con las causales que aún existen en nuestro país, es decir con el sistema cerrado que aún se mantiene en nuestra legislación. Es necesario que se dé una explicación de cómo se maneja el sistema cerrado para de esta manera ver con mayor eficacia la diferencia con el sistema abierto, y que el traspaso al mismo sea de forma eficaz y más que nada que se denote su importancia y necesidad.

### **2.2.1 Sistema cerrado**

Por su naturaleza institucional, rígida e indisoluble del matrimonio, fue necesario que en casos especiales se permita la terminación de la unión conyugal por diferentes causales y que las mismas sean decretadas previa probanza por el juez, representante del Estado.

El sistema cerrado se refiere a las únicas causales que tenemos en nuestra legislación mediante las mismas se puede obtener la disolución del vínculo matrimonial, es necesaria su existencia para que se configure un incumplimiento

de los deberes del matrimonio, es necesario que exista un cónyuge culpable. (Varsi, 2004, p. 13)

El Ecuador, en su legislación, mantiene el divorcio consensual (mutuo consentimiento) y el divorcio contencioso y en este ha optado por mantener un sistema cerrado de causales de divorcio, podemos ver claramente esto en el Art. 110 del Código Civil en el cual existen 9 causales para acceder a la disolución del vínculo matrimonial, cabe recalcar que existen diversos criterios para señalarlas:

Graves faltas a los deberes del matrimonio, como el adulterio, los malos tratamientos o injurias graves, el abandono del hogar.

Frustración de los fines del matrimonio como alguna adicción o la condena criminal.

Con estas causales podemos ver como con las primeras, el divorcio termina siendo una sanción dado que existe una infracción de los deberes del matrimonio, lo cual deja claro la existencia de un culpable entre los cónyuges, culpabilidad que debe ser probada mediante un juicio y ante un tercero, violando la intimidad de las partes y re victimizando al cónyuge.

Con el segundo criterio el divorcio persigue la liberación de un vínculo dado que los fines propios del matrimonio no pueden conseguirse, se busca la libertad de no permanecer más en el vínculo y una vez más nos vemos en una situación como la anterior, es decir un trámite perturbador para los cónyuges, para sus familias y violatorio de la privacidad y de la libertad personal.

Aun con estas causales presentes, el divorcio sigue siendo una facultad de las personas que quieren desligarse de este vínculo, en consecuencia de esto encontramos que, en nuestras leyes existe la posibilidad, aunque con trámites complicados y muchas veces dolorosos, de poder hacerlo, lo cual asegura a los

ciudadanos su libre derecho de exigir y hacer valer sus derechos, pues el divorcio es una decisión del Estado dictada en los tribunales, previa acción y proceso contradictorio. (Varsi, 2004, p. 12)

El tener que recurrir a un proceso de probar una de las causales que existen es considerado en cierto punto una violación a la intimidad de los cónyuges, ya que ellos son quienes deben exponer ante el Juez, en audiencias públicas, las situaciones por las que han tenido que pasar y no conforme con esto tienen además que contar con la suficiente prueba, manejando de esta manera una forma de re victimización de los intervinientes. Se considera que mantener este tipo de divorcio es quedarse en un régimen cerrado, en el cual el Estado es quien regula mediante la intervención y fijación de las causales por las cuales se pueda disolver el vínculo matrimonial limitando de cierta manera la libertad personal de los cónyuges.

El sistema cerrado de causales termina necesariamente fundando hechos culpables atribuidos o imputados a quien es el demandado. Las causas vienen a ser faltas, ilícitos atribuidos por un cónyuge al otro dando como resultado el fracaso definitivo de la unión desembocando en la causa del divorcio. (Zannoni, 2002, pp. 12-13)

Dentro de los sistemas que tiene el Ecuador, no solo tenemos el sistema cerrado en el cual es necesario la existencia de una causal y por ende de un culpable, también nuestra legislación específica y legisla sobre el divorcio consensual o por mutuo consentimiento, en el cual la característica principal es el encuentro de voluntades de los cónyuges para disolver el vínculo, lo cual muchas veces no se da o el cual algunas veces puede suponer una causal pero la misma es preferiblemente silenciada por las partes.

### **2.2.2 Divorcio consensual**

Es llamado divorcio consensual o por mutuo consentimiento, al existir la voluntad de los ambos cónyuges para desligarse del vínculo que mantienen.

Es decretado a petición de ambos y no es necesaria la alegación de una causa legítima. (López, 2004, p. 8)

No existe presunción de culpa de ninguno de los cónyuges, debe darse ante un juez competente quien se limitara a verificar la libertad y realidad de la voluntad de los esposos, intentar una reconciliación y por ultimo controlar el interés de los hijos menores existentes. (Ferrer, s/f, p. 28)

Una vez cumplidas las obligaciones del juez, se deberá llevar a cabo la homologación del pedido de los esposos, no existe una atribución de culpa, prima la existencia de voluntad de ambos cónyuges por ende se debe llevar a cabo mutuamente lo pertinente a las consecuencias patrimoniales y la guarda de los hijos.

El divorcio por mutuo consentimiento es también llamado divorcio remedio cuya finalidad es la de remediar la dificultad de la vida en común sin necesidad de la imputación de culpa sobre alguno de los cónyuges o sobre ambos. (Ferrer, s/f, p. 29)

En nuestra legislación se encuentra regulado por los artículos 107 y el 108 del Código Civil, se explica que debe contener la demanda de divorcio requisitos como generales de ley de los cónyuges, enumeración de bienes que pueden existir, generales de ley de los hijos que existen en el matrimonio, y hace una clara determinación de cómo debe constar la voluntad de divorciarse. Se puede también llevar a cabo el proceso de divorcio por mutuo consentimiento ante un notario, la ley notarial, en su artículo 18, dentro de las potestades del Notario enumera la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial con la única excepción de que no existan bienes o hijos dentro de la sociedad conyugal.

Se lleva a cabo un proceso en el cual transcurridos los dos meses, desde la calificación de la demanda, por petición de los cónyuges se debe convocar a una audiencia de conciliación en la que se debe manifestar de consuno y viva voz su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial. En esta misma audiencia se resuelve la situación sobre los hijos, los alimentos y los bienes que existen en el matrimonio, aunque en la práctica este acuerdo ha sido dado con anterioridad por los cónyuges.

Como vemos, el divorcio por mutuo consentimiento necesita la voluntad de ambos cónyuges para ser llevado a cabo, aquí vemos que puede haber una o muchas causas que motiven el divorcio pero estas causas no desempeñan papel alguno en el procedimiento judicial, no son planteadas, ni analizadas. (Parraguez, 1999, p. 273)

Al no existir la necesidad de una causa, aunque estas existan, se quedan dentro de la intimidad de la pareja que ha tomado la decisión de disolver el vínculo, por tal motivo no tenemos el presupuesto de culpa de alguno de los cónyuges. El INEC en el estudio realizado sobre las cifras de matrimonios y divorcios ha prestado una particular atención al divorcio por mutuo consentimiento con un total de 10.562. (INEC, divorcios 2010-2013)

Cabe recalcar una vez más que la parte importante para llevar a cabo este procedimiento es que exista la voluntad libre, clara y manifestada de ambos cónyuges, y aquí es cuando se tiene graves problemas dado que muchas veces no son los dos quienes desean disolver el vínculo y esto conlleva a que se tenga que recurrir a una causal dictada en nuestra ley.

### **2.3 Divorcio por causales como atribución de culpa en el Régimen Ecuatoriano**

El artículo 110 de nuestro Código Civil estipula las causales de divorcio que existen en nuestro país, sin embargo conllevan una atribución de culpa porque

al final de este artículo nuestro código claramente anuncia que podrá hacer uso de las causales el cónyuge que se sienta perjudicado es decir el que no ha dado lugar a la configuración de la causa del divorcio por la existencia de una o más de las causales.

La doctrina ha calificado al divorcio por causales como divorcio sanción o divorcio contencioso el cual es conformado tradicionalmente bajo un sistema de catálogo-causal. Esto implica que existe la necesidad de que un cónyuge atribuya al otro algún hecho de los comprendidos en la enumeración que dicta la ley. El divorcio contencioso es aquel que se da por la falta de acuerdo entre los cónyuges para dar por terminado el matrimonio.

Dentro de las características principales el divorcio contencioso debe tener a diferencia del consensual la manifestación de las causas que originan el divorcio, determinar el factor y sus características respetando la delimitación de causales que tenemos en nuestro código.

Existe una controversia en el divorcio contencioso entre las partes, se lleva a cabo un litigio en el cual es necesaria la presentación de pruebas materiales y testimoniales dando como resultado un trámite aireado a la sociedad a más de ya ser un juicio público. Como consecuencia de un divorcio contencioso, al ser justificado por una causal se termina entendiendo como a un consorte culpable y al otro inocente lo cual afecta totalmente en la sentencia al cónyuge denominado como el culpable pues dentro de algunos efectos esta la inhabilidad para el cuidado de los hijos, pérdida de alguna parte de los bienes. En nuestro sistema legislativo podemos ver que las causales que tenemos como explica Hernán Larraín Ríos (1966, p. 184) se encuentran dentro de una clasificación. El adulterio, el atentado contra la vida del cónyuge o hijos, la condena por delito, la sevicia, injurias clasifican dentro de las causales criminológicas. El abandono voluntario y los actos de violencia están clasificados como causales culposas. El alcoholismo consuetudinario, uso de estupefacientes pueden ser consideradas causas eugenésicas, puede existir inculpabilidad dado que en cuanto a las

enfermedades las mismas pudieron haber sido contraídas sin culpa del cónyuge que las padece.

Al momento nuestro Código Civil, en lo pertinente al divorcio, fue aprobado por 89 votos afirmativos el 21 de Abril del 2015 en horas de la tarde en la Asamblea Nacional, la Comisión de Justicia y Estructura del Estado trabajó en esta reforma hace más de cuatros años, se realizó el primer debate en el año 2010 y el segundo en el año 2014 terminando el proceso en Abril del 2015, aun así el segundo debate tuvo que ser suspendido al ver que existían demasiadas modificaciones que debían ser estudiadas, la Comisión antes mencionada trabajó en las modificaciones pertinentes para volver a debatir y finalmente ser aprobado.

En las discusiones efectuadas en la Asamblea Nacional la tarde del 21 de Abril del 2015, se llevaron a cabo intervenciones realizadas por la Asambleísta Rossana Alvarado quien propuso la eliminación de la causal sexta de divorcio en la que se estipula sobre el hecho de que dé a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, explicando que: La causal es una discriminación histórica en contra de la mujer dado que generalmente las mujeres no damos a luz en el matrimonio hijos que no sean del marido es al contrario las mujeres somos las sorprendidas con los maridos que han sido padres.” Explica que es necesario eliminar hipocresías en torno a la figura del divorcio y en cuanto a las causales, se opone sobre eliminación en general de las causales explicando: “Si para el matrimonio hace falta son dos voluntades y dos consentimientos el momento en que falta una voluntad o falta un consentimiento el matrimonio esta caído y no debería existir causales para demandar el divorcio y para terminar el matrimonio.”

De igual manera los Asambleístas Antonio Posso y Miguel Moreta aportaron en sus intervenciones sobre la palabra infidelidad, dado que la `propuesta sugería cambiar la palabra adulterio por infidelidad en la causal primera del divorcio, los asambleístas aseguraron que la infidelidad es un tema muy subjetivo, que como

se va a comprobar el tipo de infidelidad y que se dejaría a la discrecionalidad de los jueces mismos que pueden actuar en uno u otro caso calificando o descalificando a la gente insistieron en que es un tema demasiado subjetivo que sería necesario establecer límites, con absoluta claridad para q la subjetividad no reine.

Por su parte el Asambleísta Moreta también pidió una revisión de las causales dos, tres, cuatro, cinco y seis pues asegura que las mismas tienen relación conexas con el hecho de situaciones de agresión, de maltratos físicos y psicológicos y propuso que tras un divorcio traumático por cualquiera de estas causales se disponga medidas socio educativas y de terapia para la recuperación de los miembros de la familia.

Para el asambleísta Fausto Terán quien en su intervención hablo sobre la causal tercera sugirió que se suprima la injuria grave y actitud hostil las cuales manifiestan una clara falta de armonía, el texto propuesto era “Estado habitual de falta de armonía” pero aun así para el asambleísta esto es algo que no se podrá probar fácilmente dado que se necesitara de prueba testimonial y es difícil conseguir que alguien se preste para testificar en determinado asunto del hogar. De igual forma explico que es necesario en la causal dos determinar que con las respectivas denuncias se podrá probar la violencia intrafamiliar sea esta física psicológica o sexuales, la cual comúnmente sucede no solo con el cónyuge si no con todos los miembros.

Soledad Vela, sugirió una idea diferente a la de los demás Asambleístas, en su intervención habló sobre la búsqueda de un Código Civil laico y propuso que se incluya la figura del divorcio unilateral, existente en Argentina como en España, manifestando lo siguiente:

El matrimonio, sabemos q es un contrato solemne, ha sido considerado también como la base de la sociedad pero no deja de ser un contrato en el cual deben existir las voluntades de las partes y por eso debe también haber la posibilidad de que cuando una de las partes ya no tenga la voluntad de continuar con el matrimonio se lo pueda realizar sin verse enfrentado a

trabas jurídicas y morales que muchas veces se dan y que generan costos emocionales y también económicas, porque a veces hay las negativas de uno de los cónyuges y nosotros vemos que en el artículo 10 que reforma el 110 en su numeral 3 claramente se expresa que debe existir la armonía de voluntades de lo contrario se puede disolver este vínculo por lo tanto sugirió que se incluya la modalidad del divorcio unilateral.

Como vemos en el texto final la propuesta dada por la asambleísta de Manabí no fue acogida por la comisión.

Al finalizar la votación y ya aprobada la reforma al Código Civil deja una nueva redacción del artículo 110, en el que las cuales son:

Art. 110.- Son causas de divorcio:

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

Se acogió lo dispuesto por la Asambleísta Rosana Alvarado y se eliminó la causal octava por el tinte discriminativo que tenía, se pensó en cambiar la causal primera con el termino infidelidad en vez de adulterio pero se mantuvo el adulterio dado que la infidelidad es un término muy amplio así lo explico el Asambleísta Mauro Andino tras acogerse a lo que explicaron los Asambleístas

Posso y Moreta, Marcela Aguiñaga expuso sobre que el abandono era desigual y que por tal motivo se debía buscar igualdad entre los cónyuges para que estén en igualdad de derechos y en igualdad de la ley, la onceava causal también sufrió un cambio dado que se bajó el tiempo para solicitar el divorcio cambiándolo por seis meses.

### **2.3.1 El adulterio de uno de los cónyuges**

La causal de adulterio puede ser vista como delito o como sanción por actos inmorales. Antiguamente se los clasificaba tanto en el ámbito civil como penal pero hoy en día no es así. La gravedad de esta causal es que va contra los derechos del otro cónyuge que se establece en el contrato matrimonial, se viola el deber de fidelidad que debe existir en el matrimonio por tal motivo es considerada una causal de divorcio.

Es necesario que se pruebe ante el juez que existió el adulterio por parte de alguno de los cónyuges para que se acredite la causal pero en la generalidad de los casos, el adulterio suele efectuarse con todas las precauciones posibles, por tal motivo difícilmente habrá prueba. Aun así en el campo civil se exige en este caso la prueba indiciaria o conjetural es decir aquella que se desprende de elementos idóneos para llevar el ánimo del juzgador a la convicción precisa de que el adulterio se ha consumado. (García Falcón, 1989, p. 6) como un ejemplo tenemos la existencia de un acta de nacimiento en la cual el cónyuge haga constar el reconocimiento como suyo a un hijo con una persona distinta de su consorte.

Es imprescindible contar con dos elementos, el material que son las relaciones sexuales con una persona distinta de cónyuge y el elemento intencional es decir la libre voluntad de realizar el acto.

Asumir que existió un adulterio por parte de alguno de los cónyuges debe ser dolor suficiente como para aparte de esto probarlo ante un juez y ante posibles

terceros, se da una clara violación de los principios de intimidad y privacidad de la vida de los cónyuges tanto del posible adúltero como de la llamada víctima. Al abrir la causal de prueba, la cual es necesaria en todos los procesos contenciosos, se debe buscar todas las formas posibles para probar que existieron los elementos fundamentales del adulterio ya sea mediante fotos, videos o con la acta de nacimiento explicada anteriormente lo que conlleva la ventilación de la traición públicamente, dejando expuestas a las partes procesales y a la familia en general.

### **2.3.2 Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar**

En esta causal además de existir violencia intrafamiliar, se viola deberes del matrimonio, anteriormente la segunda y tercera causal hablaba sobre la sevicia e injurias graves lo cual puede ser visto como tratos crueles dado que la sevicia es la crueldad excesiva y los malos tratos, se exige un hábito que se manifieste continuamente, los tratos crueles se dividen en físicos y morales según como se empleen primordialmente por medios físicos, humillaciones y desprecios morales. No es necesario que sean de tal magnitud que entrañe un delito que pueda poner en peligro la vida del cónyuge dado que para esto tenemos otra causal, pero es necesario que sea grave y frecuente.

De igual forma como dijimos anteriormente, las injurias forman parte del trato cruel pues son humillaciones que se pueden exteriorizar de hecho o de palabra, contiene elementos como el material que es el hecho injurioso exteriorizado intencional; elemento intencional es el animus injuriam di el propósito directo y consiente de ofender este animus se presume; elemento de la reiteración de la injuria; la gravedad tiene que ser de tal naturaleza que imposibilite al cónyuge ofendido el reanudar las relaciones conyugales normales. (García, 1989, p. 8) la intención con la que se dijeron las palabras o se dieron los hechos ofensivos y la repetición que existe.

Es justo recalcar la clara presencia de violencia intrafamiliar que existe intrínsecamente en esta y en otras causales pudiendo recurrir a otras leyes como la Ley de Violencia contra la Mujer la cual protege no solo a la mujer sino también a los hijos involucrados.

Para que surta pleno efecto esta causal sea necesario involucrarse en un trámite largo y traumático dado que es necesario que los miembros de la familia se sometan a estudios psicológicos realizados por peritos calificados cuyos resultados serán usados como prueba para con estas probar fehacientemente la existencia de la causal. Es necesario disponer de tiempo y de dinero para llevar a cabo la realización de las pruebas y son estas características las cuales muchas veces no son accesibles, lo cual perjudica a la familia ya que permanece en esta situación o se quede en un limbo jurídico lo que conlleva a que tengan la necesidad de buscar otra causal.

Como dijimos anteriormente se dividía en sevicia e injurias graves pero ahora como las mismas se encuentran legisladas en el Código Orgánico Integral Penal, se cambió estas causales dejándola como tratos crueles, en el debate de la Asamblea sobre las reformas al Código Civil se propuso que al existir divorcios por esta causal se lleva a cabo medidas socio educativas y de terapia para los miembros de la familia para de alguna forma resarcir el daño que deja la violencia, sería mejor no tener que llegar al punto de violencia intrafamiliar y de igual forma no tener que someterse a un juicio traumático si no simplemente presentar su voluntad de no seguir más en un vínculo violento y dañino para la familia, sin necesidad de probar hechos, causas y cónyuges culpables.

### **2.3.3 El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial**

La actitud hostil, o falta de armonía para calificar como causal de divorcio deben ser continua, más así no existe una pauta o causa para la falta de armonía en el hogar, solo se especifica que debe existir, dejando un amplio campo para la

prueba para cuando se debe estimar la gravedad de la misma, esto es dejado a criterio del juez quien debe tener en cuenta el ambiente en el que viven los cónyuges, la cultura y la posición social.

Es decir es necesario que exista un desequilibrio en la armonía del hogar y en la relación entre los cónyuges afectando trascendentalmente a los involucrados que muchas veces son los hijos violando claramente el derecho y principio del interés superior del menor y del bienestar familiar.

La falta de armonía de las voluntades de igual manera desemboca en una violencia intrafamiliar lo que genera que además de poder usar esta causal se pueda utilizar la anterior que ya fue explicada, lo que se ha hecho es reformar el Código Civil en una manera en la que ya no se explica claramente las faltas que deben existir para divorciarse, ahora las causales son más generales dado que no delimitan una cierta actitud si no que siguen existiendo, aun es necesario tener que llegar al punto de no tener una vida armoniosa en el hogar para que se pueda demandar.

La violación al buen desarrollo de la persona, la violación al interés superior del niño, la violación del derecho a un ambiente sano es lo que se da con causales como esta, todos estos derechos son pisoteados al tener que llegar a este límite para acceder a una causal de divorcio, para probar que ha existido una vida matrimonial acabada y afectada y más que nada para salir del vínculo matrimonial.

En lo relevante a las injurias y actitud hostil que englobarían a la segunda y tercera causal, en las últimas encuestas realizadas sobre el divorcio se arrojaron datos que deja a esta causal como la tercera más utilizada con un total de 734 divorcios.

### **2.3.4 Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro**

Es necesario que antes de una tentativa contra la vida de uno de los cónyuges exista una amenaza grave, un indicio de una posible actitud de uno de los consortes.

La amenaza grave conlleva en ella intrínsecamente un tinte de peligro y un ánimo de la persona de poder llegar a cometer lo amenazado, lo cual el momento del juicio podría servir como prueba para que el juez no dude en otorgar el divorcio, un ejemplo puede ser una boleta de auxilio.

Los derechos y principios que se violan con la existencia de esta causal es similar a los que se ven perjudicados en la causal segunda en la que se habla sobre los tratos crueles y la violencia intrafamiliar.

Las amenazas graves contra la vida de un cónyuge se pueden englobar en tratos crueles o en falta de armonía del hogar, ambas están relacionadas con situaciones de crueldad en la familia, ambas conllevan situaciones que podrían terminar con crímenes. Aun así, la amenaza grave sigue siendo un concepto muy amplio, no existe una delimitación de que puede considerarse como amenaza grave dejando una puerta abierta a la discrecionalidad del juez para ver si acepta o no al momento de la prueba y al momento de decidir sobre la aceptación o no de la demanda de divorcio. Dejar un concepto así de amplio perjudicaría al desenvolvimiento de los juicios y a la utilización misma de la causal, sería necesario recurrir a varios tipos de prueba para con seguridad asegurar que detrás de la amenaza existe un peligro o un ánimo de poder llevar a cabo el posible delito.

Dentro de esta causal, las cifras que se han obtenido mediante las encuestas del INEC concluyen con que 74 divorcios llegaron a sentencia por la amenaza grave de tentativa contra la vida.

Pasar de una amenaza a una tentativa contra la vida de otro cónyuge es algo que se puede dar de una manera muy acelerada lo cual no dejaría tiempo para que se pruebe y se lleve a cabo un juicio por esta causa, se violaría más derechos y principios de los consortes y los miembros de la familia, y aún sigue siendo necesario al mantener esta causal el tener que llegar a un límite de peligrosidad para que sea factible el acceder a un divorcio.

### **2.3.5 La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro**

En esta causal los fines del matrimonio que se encuentran violados son los de respeto, ayuda/ auxilio mutuo y lealtad.

Tentativa contra la vida de uno de los cónyuges afecta directamente al principio del bien jurídico protegido que es la vida, es necesario que exista una amenaza verdadera y directa hacia el otro cónyuge, la intención no equivoque de cometer el delito, que la misma a más de ser grave sea intencional y que se manifieste por actos idóneos que conduzcan a cometer el delito y lo más importante que sea contra la vida.

Se verifican elementos psicológicos como el *animus mecandi* y el elemento material como la realización de actos que estén dirigidos hacia ese fin. En la práctica esta causal es difícil de probar en juicio.

Es necesario tener las pruebas suficientes y necesarias para tener una mayor fuerza probatoria, pueden existir indicios, declaraciones, denuncias o trámites en el ámbito penal los cuales serán considerados como prueba en el campo civil para llevar a cabo el proceso. Y dentro de los procesos que han logrado probar y declarar sentencia se encuentran 12 divorcios.

Aun así nos vemos envueltos en una causal que viola, como ya se explicó, el principio del bien jurídico protegido que es la vida, la cual todos debemos tener el usos y goce además de todas las protecciones que pueda dar la ley y que sean necesarias para no perderla.

### **2.3.6 Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas**

En cuanto a los actos para corromper al otro cónyuge o a su vez a los hijos es equivalente a introducir vicios en el espíritu, es necesario tan solo que exista la tentativa de hacerlo mediante actos exteriores, no existe distinción en la corrupción con hechos relacionados como el sexo de los hijos, la edad, entre otros.

También vemos en esta causal una violación, una vez más, al interés superior del niño, dado que afectarlo en cualquier edad que este, por medio de vicios o corromperlo con cualquier actividad ajena a las que realiza, desarrollara una actitud no deseada en los niños, niñas y adolescentes y por ende perjudicara a los más indefensos de la familia por problemas ajenos a ellos como lo es la relación entre los consortes.

A pesar de existir las violaciones antes mencionadas 18 divorcios se han efectuado por esta causal según los datos entregados por el INEC en las últimas encuestas relativas a los divorcios en los últimos años.

### **2.3.7 La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años**

Es claro como con esta causal no puede existir una armonía conyugal motivo por el cual se puede acceder al divorcio. Es necesario que la conducta de uno de los cónyuges haya sido calificada jurídicamente por un Juez Penal como un delito castigo con reclusión, el código estipula que debe existir una reclusión mayor pero no especifica en ningún momento la tipicidad del delito solo se estipula una categoría genérica sobre la pena. De igual manera es necesario que se encuentre ejecutoriada pues de este modo no sufrirá de ningún tipo de recurso. Lo más importante para invocar esta causal, es que surta efecto durante el matrimonio, aunque esto se entiende intrínsecamente, pues si fue con

anterioridad estaríamos frente a otra situación en cual se puede invocar una falta de honestidad y esta podría encajar en otra causal de divorcio.

El conocimiento de parte del “cónyuge inocente” de esta peculiaridad antes de celebrado el matrimonio no podrá después ser usado para dar fin al vínculo, dado que ha existido una aceptación a esta circunstancia.

En esta causal nos vemos inmersos en la privacidad de las personas, el tener que someterse a un juicio en el cual se explique que el cónyuge ha cometido un delito, el cual no está especificado ni delimitado, representa la incursión en la vida persona de los consortes afectando a la dignidad y honorabilidad del cónyuge condenado a la penas, pues no es suficiente con el hecho de haber cometido un delito y con la posible culpa que internamente puede existir en la persona si no que se debe probar la condena. Se debe abrir ante un juicio, ante el Juez y ante terceros el posible error cometido, demostrando con pruebas fehacientes sobre el delito cometido para acceder a un divorcio. (Parraguez, 1999, p. 308)

La causal conlleva en si una violación a principios propios de cada persona y por ende de la familia, violando como ya dijimos la privacidad de la misma, el desarrollo y el ambiente armónico en el cual debe mantenerse, de igual manera en el caso de que existan hijos se vería también violado el principio del interés superior del niño, niña o adolescente al tener que someterlo a una acusación y a ver la culpa propia de uno de sus padres.

La condena a reclusión ha logrado un total de 24 sentencias en las que se ha disuelto el vínculo matrimonial.

### **2.3.8 El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano**

Con la causal que estipula la embriaguez consuetudinaria de uno de los cónyuges, es más fácil calificar la necesidad de salir de un matrimonio en el cual

uno de ellos es ebrio o toxicómano, se justifica que esta enfermedad afecta gravemente a la armonía de la familia y de igual manera genera consecuencias en el plano social es por esto que los elementos los cuales califican a esta causal es que este hecho sea de dominio público, que a su vez conduzca a provocar incidentes y escándalos y que se dé un uso frecuente de las bebidas alcohólicas o de drogas.

Al igual que las demás causales para acceder a un divorcio contencioso es necesario que exista una etapa probatoria en la cual se buscara contemplar la necesidad de salir de un matrimonio en el cual existan características como las antes explicadas por la peligrosidad que coexiste para la vida de la familia, para el buen desarrollo, para la armonía y estabilidad, principios que al igual que la intimidad familiar son violados dado que el hogar se encuentra en una situación constante de riesgo.

Con la causal de toxicómano o ebrio consuetudinario se ha logrado 8 sentencias que han declarado el divorcio.

### **2.3.9 El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos**

Es necesario para que surta efecto que la causal antes mencionada cuente con ciertos requisitos tales como que el abandono sea voluntario e injustificado esto quiere decir que el abandono se materialice mediante la salida material del hogar conyugal, es necesario que el abandono sea exteriorizado para la sociedad, que sea un acto frío y razonado a esto se lo llama abandono voluntario, de igual manera debe ser una decisión libre y voluntaria adoptada por el cónyuge, es necesario que se efectúe de manera injustificada, no existe un catálogo de circunstancias justificativas aunque si se puede tomar todas aquellas que son vicios de la voluntad como el dolo o la fuerza.

Anteriormente el tiempo estipulado en la legislación para acceder al divorcio por abandono explicaba que debía ser de un año para quien fue abandonado y de tres años para quien abandono, para la asambleísta Gina Godoy la diferencia en el tiempo no tiene ningún tipo de justificación por tal motivo se están buscando disminuir el tiempo a 6 meses para ambos casos. (Telégrafo, 2014) y esto se logró dar al votar la mayoría de los asambleístas a favor de la reforma al Código Civil dado que se reformó el tiempo en la causal de abandono.

Ahora el plazo ininterrumpido de seis meses, es una característica primordial en esta causal pues es necesario el transcurso del tiempo, las diferentes visitas que puedan darse durante este tiempo no constituyen una reconciliación pues por lo general son por visitas a los niños, niñas y adolescentes que pueden existir.

En el abandono se está incumpliendo con el deber de cohabitación que existe en el matrimonio, se debe probar y la forma más recurrente es mediante testigos los cuales informan sobre el abandono que ha existido y que ellos han presenciado.

Esta causal es usada con gran frecuencia dado que los cónyuges al verse envueltos en una situación que no sea cómoda o satisfactoria para ellos deciden abandonar el hogar, esperar que se cumpla el tiempo especificado por la ley y recurrir a un divorcio para que se dé un reconocimiento tácito de la voluntad de ambos cónyuges de permanecer separados y que la vida matrimonial esta de facto ya destruida e inexistente.

La frecuencia a ser invocada en un juicio de divorcio se da cuando no se quiere o no se puede probar las otras causales existentes por tal razón la mayoría de legislaciones, y la nuestra no se queda atrás, establecen como causa de divorcio a la separación de cuerpos o al abandono y exigen que se haya mantenido durante un tiempo específico y determinado en cada ley por esto el abandono es la causal más utilizada con un total de 5.247 de divorcios, la dificultad de probar las demás causales es lo que ha hecho que el abandono sea la más utilizada.

Lamentablemente en el derecho de familia el tiempo es un ingrediente primordial y por tal razón el tiempo sentencia, es por esto que se terminan afectando a la familia tanto en los deberes matrimoniales como la fidelidad, situaciones económicas al no existir las compensaciones económicas exigidas legalmente y lo más importantes a las relaciones personas intrafamiliares entre cada miembro del grupo familiar.

Además de los requisitos antes especificados es de suma importancia al entablar el proceso judicial la realización de pruebas las cuales se dan mediante testigos cercanos a las partes procesales, el proceso conlleva un tiempo, es decir es necesario además del tiempo ya esperado para invocar esta causal, someterse a la espera del periodo en el cual se efectúa el juicio afectando una vez más como ya dijimos a la familia y a sus relaciones.

#### **2.4 Causales de divorcio suprimidas en la reforma del Código Civil del 21 de Abril del 2015**

Tras el debate para la aprobación de la reforma al Código Civil, como ya se explicó anteriormente, las causales que se estipulaban eran once y al momento se cuenta con nueve, se llevó a cabo la eliminación de estas dos causales propiamente por la discriminación que llevaba su redacción, y al notar sobre este particular la Asamblea, mediante su debate llevaron a cabo el suprimirlas de las nuevas causales especificadas en la reforma.

##### **2.4.1 El hecho de que 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**

Para esta causal es necesaria contar con elementos tales como que el embarazo se haya producido por relaciones ilícitas y que las mismas hayan sido anteriores al matrimonio de igual manera las relaciones deben ser con otro hombre y que

el marido ignore este hecho. Se supone que este hecho conforma un desquicio al matrimonio lo cual provocaría un divorcio a voluntad del marido, está fundamentado dentro de un orden ético-social ya que conlleva la castidad de la mujer al momento del matrimonio.

Los deberes del matrimonio que han sido violados con esta causal son los de fidelidad y lealtad que debe existir entre los cónyuges, más en esta causal no existe adulterio pues el hijo concebido por la mujer es anterior al matrimonio como explica claramente el código.

Podemos ver como esta causal tiene un tinte discriminatorio hacia la mujer pues solo se especifica que pasaría en este caso si es la mujer la que ha llevado a cabo relaciones anteriores al matrimonio, pero aun así los divorcios logrados por la invocación de esta causal han sido de 11 sentencias.

Como sabemos no se especifica nada sobre la posibilidad de que pueda ser el hombre. La desigualdad que marca el código con esta causal es totalmente inaceptable, viola completamente el principio de igualdad que debe existir entre los cónyuges, principio protegido arduamente por la Constitución y por las leyes de nuestro país, motivo por el cual ha sido suprimido de las causales.

#### **2.4.2 El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o trasmisible a la prole**

La fundamentación de esta causal es el derecho que toda persona tiene para procurar la conservación de la salud y de la vida misma por tal motivo cuando esto se ve amenazado gravemente por el solo hecho de la convivencia matrimonial cede el deber de cohabitación y podría fundamentarse un divorcio.

Lo único que especifica el Código es que se exista una enfermedad grave, incurable y contagiosa no se especifica si la misma puede ser antes del matrimonio. (García, 1989, p. 12)

Para esta causal existen criterios varios dado que algunas personas pueden ver a la enfermedad como una causal de divorcio cruel ya que el cónyuge sano puede cumplir claramente en este escenario su papel y deber matrimonial de ayuda y auxilio mutuo, deberes que renunciaría en el caso de invocar el divorcio. A su vez hay quienes defienden y delimitan los deberes del matrimonio, las teorías modernas ponen un límite a lo que conlleva el auxilio y la ayuda mutua dejando esto a la libre voluntad de cada uno de los cónyuges quienes pueden libremente decidir hasta qué punto va su deber sin tener que comprometer para esto su propia vida, la de sus hijos o su patrimonio.

Para Ramírez Fernández del Castillo (2012, p. 111-127) el derecho no puede exigir a alguien, “cónyuge sano” un cierto comportamiento ya sea este por disposición o por responder a una ética social.

La discriminación hacia las personas que tengan una enfermedad grave ha hecho que esta causal sea retirada del artículo 110 del Código Civil. Pero aun así, cuando la causal aun surtía efectos, era utilizada logrando un total de 7 divorcios dentro de lo que se conoce por las cifras entregadas por el INEC.

Con todas las causales antes expuestas podemos ver que de cierta manera es complicado acceder al divorcio es por esto que Kudisch (2012, pp. 100-101) explica que el “Estado no debe empeñarse en mantener de manera ficticia un vínculo que en la mayoría de los casos resulta inconciliable”, hace énfasis en que muchas veces las causales no se acreditan, lo cual deja al divorcio como un evento traumático y por esto el divorcio debe decretarse con la sola expresión de ser esa la voluntad de cualquiera de las partes sin tener la necesidad de acreditar alguna de las causales sin definir a alguno de los cónyuges como culpables. De igual manera existe la afectación a hijos por el conflicto y la divulgación en juicios públicos de las causales que se exteriorizan en el proceso de divorcio.

Invocar un tipo de divorcio sanción, aunque unilateralmente:

Exterioriza el cese de la comunidad de vida, y su restricción no hará más que convalidar estructuras familiares enfermas, matrimonios malogrados, convivencias conyugales grises corrosivas e infernales y, en síntesis la hipocresía de uniones yertas. Es decir, matrimonios vacíos de todo contenido y por lo tanto sin valor alguno para la familia y la sociedad. (Mizrahi, 1998, p. 165)

La continua evolución de la sociedad ha dado como resultado que los procesos de divorcio sean más utilizados ya que “muchas veces la unión del hombre y de la mujer, contraída para toda la vida, suele frustrarse” (Meza, 1989, p. 136) lo que da como resultado que los cónyuges accedan al divorcio, por tal razón es necesario seguir actualizando los procesos del mismo ya que no es solo una necesidad individual si no social. La doctrina propone que el divorcio puede ser solución o remedio; pero también castigo o sanción y en nuestra legislación estamos manteniéndonos con un concepto de cónyuge culpable. (Parra, 2008, p. 242)

El divorcio sanción es contrario a la dignidad humana y la guerra judicial implica una pérdida de la intimidad. El proceso de causales termina con una sentencia impuesta por un tercero, extraño a la pareja mediante la valoración de pruebas especialmente testimoniales cuya veracidad puede ser discutible. Es necesaria la protección de la identidad de las personas, la libertad sobre el libre desarrollo de los intervinientes y más que nada la autonomía de la voluntad, pero al mantener un sistema como el que se tiene actualmente en el Ecuador, estos principios antes mencionados se ven muchas veces violentados por la necesidad de probar las diferentes causales, en consecuencia y por buscar una mejor solución a lo explicado es pertinente y necesario encontrar una nueva medida mediante la implementación del divorcio incausado.

## **2.5 Sistema abierto**

Sistema abierto, en cuanto al divorcio, se refiere a la eliminación de las causales, es decir la eliminación del catálogo de causas con atribución de culpa que existe

en la legislación. Se diferencia del sistema cerrado anteriormente explicado, por el hecho de no contar con atribución de culpa en cuanto a las causales para acceder a un divorcio. No es necesario tener que probar una determinada causal para aceptar el divorcio.

Es un sistema moderno, el cual ha evolucionado conforme con la sociedad para responder de forma satisfactoria hacia sus necesidades. La importancia de que no exista una causa para divorciarse, de que no se lleve a cabo un proceso violatorio de la intimidad de la familia es aceptado y resguardado por acuerdos y tratados internacionales entre los cuales tenemos el cumplimiento a derechos como la libertad, autonomía de la voluntad, dignidad e intimidad familiar, pilares fundamentales en la importancia e implementación del divorcio sin causa.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece la posibilidad de disolver el matrimonio ya que en su artículo 16 dispone:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

En el artículo anterior, recalcaremos las partes pertinentes como son “tiene derecho sin restricción (...) a casarse y fundar una familia, disfrutara de iguales derechos en cuanto (...) y en caso de disolución del matrimonio” encontramos una protección a los derechos que tienen las personas para casarse como para disolver el vínculo, y protege de igual forma la igualdad de derechos que tendrá el cónyuge durante o en caso de disolución del matrimonio.

El derecho a la intimidad de la familia, a la intimidad del cónyuge habla sobre no reconocer públicamente las causales que desembocaron en un divorcio, tanto la:

Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño prevén en sus

artículos que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o en la de su familia y que por tal motivo toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales intromisiones. (Dominguez, 2012, pp. 229-231)

## **2.6 El divorcio sin causa**

Para que exista el divorcio "*per se*" es necesario que las obligaciones o deberes del matrimonio se vean en ciertos puntos violados o transgredidos. Este es el origen y fundamento a las causales de divorcio y en consecuencia de la figura del consorte culpable. El sistema lleva implícito una sanción al imponer la culpa en el cónyuge causante de la violación de los deberes o derechos propios del matrimonio.

El divorcio es una respuesta a la necesidad social de una pareja que no desea estar junta, por ende es violatorio de la decisión y libertad de los cónyuges que el Estado se empeñe en mantener de forma ficticia un vínculo que ya está irreconciliable. (Ramírez, 2011, pp. 134-149)

Los derechos que se encuentran en instrumentos internacionales son la base primordial para la implementación del divorcio sin causa, son derechos tutelados internacionalmente, su cumplimiento ha llevado a que la doctrina busque una reforma completa para el divorcio, teniendo en cuenta la necesidad de la sociedad y su avance, de igual manera se respeta los principios y derechos básicos, inherentes a cada persona que se encuentran tutelados en documentos internacionales.

### **2.6.1 El derecho a la libertad y autonomía de voluntad de los cónyuges**

La voluntad es el pilar del matrimonio, es necesario para su celebración y más aún para el mantenimiento del vínculo, cuando la voluntad de uno de los consortes desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede continuar dado que el elemento fundamental ha desaparecido en uno de los cónyuges pudiendo solicitar el divorcio. (Sánchez, Jiménez, 2013)

La doctora Marisa Herrera, en los “Seminarios de Derecho de Familia” en los que ha participado, ha especificado que el divorcio hoy es mejor, que es necesario que exista una buena relación tras la ruptura dado que resulta una injerencia ilegítima el preguntar porque la decisión de divorciarse, por tal motivo asegura que es necesario derogar las causales culpables a la hora del divorcio dado que la autonomía de la voluntad se encuentra por sobre la norma jurídica que establece y regula a las causales de divorcio.

El derecho a la libertad y a la autonomía de la voluntad de los cónyuges lo encontramos en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 5 y 7 de igual manera en el Pacto internacional de Derechos Civiles en su artículo 9, estos artículos especifican sobre el derechos que tiene los individuos a la vida, la libertad, seguridad de su vida y de su integridad, la libertad de cada persona se encuentra dentro de la esfera de la voluntad.

Mediante la implementación del derecho a la autonomía de la voluntad de las personas y específicamente de los cónyuges, legislaciones de diferentes países han adoptado este derecho como primordial para la implementación y aprobación del divorcio sin causa, es así como en el caso de España, la ley creada mediante la cual se implementó el divorcio sin causa persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial.

Se reconoce con mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ésta ya no desea seguir vinculado con su cónyuge, se protege el ejercicio de su derecho a no continuar casado, al no hacer que se dependa de la demostración de la concurrencia de una causa, se dio un valor superior a la libertad tras el reconocimiento que existe en la Constitución dado que contribuye al orden público y a la paz social a través de esto los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad.

Así mismo, México dentro de sus motivos para reformar la institución del divorcio sostuvo que el matrimonio parte de la base de la voluntad, que si la misma ya no existe el matrimonio ha fracasado y ante esto el Estado no debe empeñarse en mantener de forma ficticia un vínculo que ya es inconciliable. La voluntad debe mantenerse no solo al momento de contraer matrimonio si no a lo largo del mismo.

Se vio la necesidad de que el divorcio se lleve a cabo con la sola expresión de la voluntad de cualquiera de las partes, sin tener la necesidad de acreditar alguna causal, buscando así proteger la intimidad respecto a los actos o conflictos que hubieran padecido. (Kudisch, 2012, p. 100)

En el caso de Argentina el motivo de la implementación del divorcio sin causa también conlleva a la autonomía de la voluntad, es pieza clave pues si uno de los cónyuges no desea mantener vivo el proyecto de vida en matrimonio es motivo suficiente para que se permita la petición de divorcio unilateralmente.

El derecho de la libertad, y de la autonomía de la voluntad se han visto utilizados en sentencias como en el caso de los jueces intervinientes en el caso Z.S.S y P.E.H llevado a cabo en la Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, quienes explicaron sobre la pérdida del "*affectio maritales*" y que esto exige una respuesta realista y humanista que conduce a considerar arbitrario y carente de sentido común que exista plazos previsto por la ley para divorciarse de igual manera aclaran que debe prevalecer la autodeterminación y la libertad pues explican que no es factible ejercer fuerza o presión a ninguna persona para mantener una relación personal e íntima, por lo que basta la voluntad de uno solo para requerir el divorcio.

Para el caso de la autonomía personal se ha establecido que el Estado no debe imponer planes de vida a los individuos sino ofrecerles la posibilidad de que ellos elijan.

La decisión de no permanecer casados es personalísima esta por ende, fuera de la autoridad de los magistrados, dicho esto no se puede obligar a que estén en un matrimonio aparente y ficticio, se debe siempre buscar favorecer la intimidad y vida privada por sobre el orden público, es mejor buscar alentar la superación de los conflictos dando una respuesta integral a la crisis matrimonial. (Juzgado de Familia N° 7, Viedma, Dai Zhenshui y Carina Vargas)

Por tal motivo se llega a la conclusión de que cualquiera de los esposos puede solicitar el divorcio sin depender de la demostración de la concurrencia de causa o culpa alguna, ni de la separación previa solo basta la expresión exteriorizada mediante la solicitud respectiva, prevalece la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir unida con su cónyuge.

Los tratados internacionales, hacen un énfasis en la autonomía de la voluntad de las personas y en la libertad de las mismas, en el caso concreto del Ecuador la vinculación con los tratados internacionales antes mencionados, la suscripción y ratificación de los mismos hace que los derechos que en ellos se encuentran sean de cumplimiento interno, nuestra constitución reconoce a los tratados internacionales y en consecuencia a los derechos que se deriven de los mismos.

De igual manera la Constitución en su artículo 66 habla sobre los derechos de libertad, como derecho fundamental de todos los ciudadanos, se especifica sobre la libertad que tiene cada ser humano entre las que podemos especificar el derecho a la vida digna derecho que vemos claramente violada al tener que llegar al punto de vivir en un ambiente hostil para demandar el divorcio mediante la comprobación de esta causal.

También el derecho a la integridad personal mediante una vida libre de violencia se ve violado al tener como causal de divorcio la tentativa contra la vida y la amenaza grave contra la vida de uno de los cónyuges, de igual forma el derecho al libre desarrollo de cada persona específicamente envuelve a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad de cada ser humano, es necesario mencionar que para que exista un desarrollo personal se debe respetar la autonomía de la

voluntad, como se ha explicado anteriormente este derecho y el derecho a la libertad van de la mano y forman la personalidad del individuo.

### **2.6.2 Intimidad, dignidad, honra y privacidad de la vida familiar y de los integrantes de la familia**

Otro de los derechos pioneros en la incorporación del divorcio incausado es el derecho que cada persona tiene para la intimidad y dignidad tanto en el ámbito personal como en el ámbito familiar.

Al buscar preservar la intimidad y resguardar a los hijos, en el caso de haberlos; la necesidad de evitar un desgaste emocional innecesario, el divorcio sin causa es la respuesta a estos problemas, “no es necesario que el juez conozca las causas que hicieron concluir el proyecto de vida, no es necesario que se lleve a cabo la verificación de cuestiones íntimas al momento de divorciarse.” (Bladilo, Cardella, Germain, Leiva, Herrero, 2013, p. 1)

El divorcio incausado busca preservar los derechos individuales de los miembros de una familia, garantizar la libertad y la intimidad sin necesidad de indagar sobre las posibles causas que generaron el quiebre del vínculo. Admitir, mantener y usar un sistema cerrado de causales basado en configurar la culpabilidad de las partes es un retroceso, los términos de culpabilidad son improductivos y solo contribuyen a retroalimentar el circuito de las ofensas entre los esposos generando conflicto familiar y manteniendo un círculo vicioso de recriminaciones. Se llega a generar una confusión entre función conyugal y función parental, la relación con los hijos se afecta y son ellos quienes quedan involucrados en las rencillas de los padres. (Domínguez, Fama, Herrera, 2012, pp. 336-337)

Por la intromisión en el ámbito de la privacidad y de la dignidad de la familia y de los integrantes de la misma se vuelve para los cónyuges una misión muy difícil el conciliar el derecho a la intimidad o a la protección integral de la familia cuando en un tipo de proceso contencioso se busca dirimir culpas sobre la ruptura

matrimonial y demostrar las faltas cometidas por el otro cónyuge, de esta forma lo único que se logra es terminar provocando profundas heridas, recurriendo a prácticas degradantes, las cuales lo único que logran es intensificar el delito y la culpa de uno de los cónyuges.

El derecho anteriormente mencionado defiende la teoría de que no debe ser interés del Estado ni de la sociedad, la publicidad ni el conocimiento de las causas y las pruebas de los hechos que provocaron el divorcio, de ser que han existido violaciones de los deberes y de las obligaciones del matrimonio deben mantenerse dentro de la esfera privada de la vida matrimonial.

Para el autor Mizrahi, (1998, p. 208) el divorcio sin causa busca que no se indague en un culpable, en el responsable de la ruptura. Para Gómez Duque, (s/f, p. 57) en el divorcio sin causa no existe culpa y es por circunstancias desgraciadas de la vida, motivo por el cual el cónyuge está facultado para pedir el divorcio. De igual forma Lovato (1957, p. 51) explica que no se debe obligar al cónyuge a mostrar sus llagas y miserias que dieron origen a acabar con el amor, a romper el vínculo que alguna vez creyeron que sería eterno.

Marisa Herrera, pionera de la idea de incluir el divorcio sin causa en la legislación argentina, ha afirmado que los jueces son personas ajenas a las desavenencias matrimoniales y que cuentan con pocas o ninguna herramienta para reconciliarlas, afirma que la justicia debe adoptar un papel secundario dado que el juicio de divorcio gira en torno a las consecuencias jurídicas del mismo, nada se puede decir ni pretender revisar lo relativo a las causas o razones por las cuales se divorcian. (Herrera, 2014, p. 10).

El derecho a la privacidad familiar y a la honra lo vemos en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 12 en el cual se especifica que nadie podrá ser objeto de injerencias ni de ataques en su vida tanto privada como familiar se busca que se tenga protección de la ley contra estas injerencias, así mismo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre en su

artículo 5 habla sobre el derecho que tienen todas las personas para la protección mediante la ley de los ataques o abusos que pueden existir hacia la honra y hacia la vida privada y familiar.

En la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 11 también existe el derecho al respecto de la honra y reconocimiento de la dignidad, así mismo explica que no se puede ser objeto de injerencias abusivas en la vida privada y en la de su familia y una vez más al igual que en los otros tratados habla sobre la protección de la ley en el caso de que lleguen a existir estas injerencias. Otro tratado internacional que hace énfasis en el derecho a la protección de la vida privada de la familia y de ataques a la honra y dignidad es el Pacto Internacional de Derechos Civiles en su artículo 17.

Tomando en cuenta estos derechos reconocidos internacionalmente, legislaciones como la Española, Argentina y Mexicana han reformado su legislación al incorporar en la misma al divorcio sin causa basándose y teniendo como uno de los pilares al derecho antes mencionado así España dentro de la exposición de motivos de la ley, tomó en cuenta que era necesario que se lleven a cabo pruebas como la demostración del cese efectivo de convivencia o la violación grave o reiterada de algún deber conyugal y mediante esto las cuales obligaban a los esposos a perseverar públicamente en su desunión o a una reconciliación forzada. Se entendió que estas disposiciones perpetuaban el conflicto entre los cónyuges ya que se evidenciaba la quiebra de la convivencia y la voluntad de no seguir en el vínculo dado que se sacrificaba la voluntad individual mediante los demorados procesos.

En la legislación Mexicana los motivos que justificaron la implementación del divorcio sin causa respondían a la necesidad de evitar que el rompimiento del vínculo matrimonial erosionara de mayor manera el núcleo familiar porque se lleva a cabo un enfrentamiento constante. Se tomó en cuenta de igual forma la intimidad de la familia y la libertad que tiene cada cónyuge para llevar a cabo una decisión como la de divorciarse, manteniendo su autonomía de voluntad.

Para el caso de Argentina su motivación lleva el principio de libertad, la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de las personas dejando claramente que a la ley no le importa por qué las personas deciden divorciarse, sino como van a manejarse como matrimonio divorciado, la ley debe interesarse por el presente y futuro no por el pasado sobre el cual el juez no tiene absolutamente nada que aportar y por tal razón no debería estar facultado a remover, so pena de incurrirse en una injerencia estatal injustificada. (Herrera, 2014, pp. 309-313)

La intromisión que existe por parte del Estado en la necesidad de averiguar las causas que desembocaron en la solicitud del divorcio indica que no es necesidad ni importancia del ente regulador dedicarse a indagar el pasado de la relación, más bien su papel debe ser el de acompañante de los cónyuges, indicándoles cómo serán los efectos tras el divorcio, se debe priorizar la búsqueda de un acuerdo fundado en el interés de los miembros de la familia.

Existe jurisprudencia internacional en las cuales se ha citado como inconstitucionales a las causales del divorcio pues explican que las normas que regulan el divorcio se ven en pugna con los principios de libertad, de intimidad y el de los individuos de ejercer su voluntad autónoma a los fines de encontrar una solución al conflicto matrimonial.

Es una intromisión cuando el Estado se arroga la facultad de invadir la esfera de decisión personal de los esposos plenamente capaces, interrogue y valore motivos, pudiendo incluso rechazar la demanda si no considera suficiente graves los hechos. Someter a la facultad del juez si el cónyuge puede o no divorciarse en función a las causales es una clara violación a la autonomía de la voluntad de las partes siendo una restricción indebida a la libertad. En consecuencia el Estado no puede, so pretexto de perfeccionar las conductas sociales imponer directivas que degraden la dignidad de las personas y les imponga exigencias que les haga truncar sus proyecto de vida y la autonomía de la voluntad. (Juzgado de la Instancia de Familia, Rio Gallegos N° 2, O.N.E y P.J.L.)

Nuestro medio social es ya apto para que el divorcio perfecto sea beneficioso, como motivan las sentencias del Tribunal de Familia N° 2 de Mar de Plata y del Juzgado Civil 82 en el caso M.A.V y R.A.E. Sostienen su fundamento explicando que no puede el Estado arrogarse la facultad de invadir la esfera de la decisión personal del sujeto, sustituya la decisión de estas personas plenamente capaces y limite temporalmente el ejercicio de la acción de divorcio no resulta constitucional, las causas o vicisitudes por las cuales una pareja se separa solo les concierne a ellos, lo único trascendental para el resto de la comunidad es tomar conocimiento que este matrimonio ya no existe.

## **2.7 Nuevos perfiles del Derecho de Familia con referencia al Divorcio Incausado**

El divorcio incausado o divorcio sin causa, es una respuesta a la necesidad de muchos matrimonios en los que sus finalidades ya no pueden cumplirse, que buscan encontrar una salida pacífica a sus problemas sin necesidad de probar causales que denigren o intervengan en la dignidad y vida privada tanto de la familia como de los cónyuges, busca la preservación de la integridad de la familia, su protección y defensa mientras sea posible, pues como sabemos la familia nuclear típica ya ha dejado de existir, actualmente como se explicó anteriormente, las familias han evolucionado conforme con la sociedad y han tenido que buscar nuevas clasificaciones y en consecuencia nuevas y variadas protecciones.

La familia tradicional nuclear actualmente ha evolucionado, se ha llegado a tener diferentes tipos de familias entre los que tenemos a las familias uniparentales, biparentales, ampliadas, ensambladas, transnacionales, entre otras, las cuales merecen igual protección como la que la anterior familia tradicional gozaba y es justo lo que tenemos en nuestra Constitución en el artículo 67 en el cual se reconoce que existen diferentes tipos de familias, para poder llegar a tener diferentes tipos de familias es necesario que hayan existido diferentes circunstancias y una de las más comunes es el abandono o el divorcio.

El acontecimiento de estas situaciones es lo que llevo a que la norma regule el divorcio, pero ahora vemos que necesita de una reforma, que sea más favorable tanto para los intervinientes directos como para los integrantes de la familia, es por eso que hacer referencia a la creación de un divorcio sin causa ayudaría al Derecho de Familia.

Nuestra Constitución es compatible con el derecho a la intimidad al ser parte de los tratados internacionales que se especificaron, al mantener una cláusula abierta y al tener dentro de sus propios derechos el derecho a la libertad en el cual en su acápite 18 y 20 en los que se habla sobre la privacidad de la vida tanto personal como familiar y de igual manera sobre el derecho a la honra y dignidad de las personas.

En el Ecuador es necesario que exista una eficacia en la Constitución para la aplicación de los tratados internacionales, pues como claramente especifica el artículo 425 de la Carta Magna se explica que jerárquicamente la Constitución se encuentra en igualdad a los tratados internacionales pero aun así debe ser capaz de aplicar los principios y derechos para regir la vida de la sociedad. De igual forma es necesario involucrar el artículo 3.1 en el cual la Constitución garantiza el efectivo goce de los derechos establecidos tanto en su cuerpo normativo como en los tratados internacionales, teniendo por este lado una primera respuesta positiva a la implementación del divorcio sin causa.

El divorcio sin causa, es un tema latente y moderno, necesario de cierta forma para la legislación Ecuatoriana, dado que busca la eliminación de la culpa, la privacidad de la familia y el buen desarrollo de los cónyuges en el trámite del divorcio.

Lovato (1957, p. 37) explica que el principio "*sine culpa*", es más antiguo que la culpabilidad, pues antes el Estado fijaba la responsabilidad civil y penal dependiendo de la causa por la cual se dio el divorcio, igualmente se daba la

incompatibilidad de caracteres, la falta de armonía entre los cónyuges y esto desemboca en terminar el matrimonio.

El mismo autor mantiene la idea de que la falta de paz, armonía y el amor, la unión de hombre y mujer visados por un vínculo disuelto ya de hecho es una unión perjudicial y criminosa. Es necesario como dice el autor, que el legislador establezca la causal fundada en el principio de "*sine culpa*" pues puede ser que existiendo causas no se pueda lograr el mutuo consentimiento y esto lo que hace es burlar las aspiraciones y el derecho de los cónyuges a una vida mejor.

La realidad en la que vivimos ha hecho que varias legislaciones de países vecinos actualicen sus sistema de divorcio llevando a cabo la implementación de un divorcio sin causa, derogando y anulando el catálogo de causas que existen para divorciarse.

La implementación del divorcio sin causa también busca que se disminuya el deterioro emocional y económico de las personas, se justifica por que no se puede ser culpable por haber dejado de querer al otro cónyuge, porque la situación marital ha cambiado en consecuencia se debe buscar que el divorcio sea beneficioso tanto para las partes como para los hijos.

Tras revisar los derechos pioneros del divorcio sin causa, se puede utilizar los mismos para modernizar la institución de divorcio en nuestro país, y desligarnos de las causales en las cuales es necesario que se encuentre un culpable para llevar a cabo el proceso.

La afectación que existe al necesitar un culpable del rompimiento del vínculo matrimonial, se repercute en los hijos que pueden existir en el matrimonio al generar problemas como la alienación parental, la ruptura de relaciones parentales o el daño psicológico que se puede generar en los hijos al establecer una víctima y un culpable entre sus padres.

Es necesario junto con la propuesta de divorcio, acompañar una propuesta de convenio llamado convenio regulador en el cual los cónyuges de manera conjunta o unilateralmente buscaran llegar a un acuerdo sobre cómo se manejará su relación, la relación con los hijos y los pertinente a los bienes.

Lo relativo al documento que deberá acompañarse a la solicitud de divorcio será tratado a continuación.

### **3 CONVENIO REGULADOR Y PROPUESTA**

#### **3.1 Convenio Regulador**

El divorcio, como explicamos anteriormente, nació por la necesidad que existió al tener un vacío en la regulación de las relaciones conyugales cuando estas han llegado a su fin. Conjuntamente con el avance de la sociedad fue necesario cambiar esta figura de manera constante, y esto ha generado que la doctrina busque la implementación de un documento en el cual, mediante la voluntad de los cónyuges, se regule la relación después de la ruptura del vínculo matrimonial.

El documento antes mencionado ha tomado el nombre de convenio regulador y es necesaria su presentación al momento del proceso de divorcio, sea este por voluntad bilateral o unilateral.

##### **3.1.1 Estudio del convenio regulador como instrumento jurídico para la protección de las relaciones familiares**

Los cónyuges al invocar un divorcio unilateral y sin causa necesitan, gozando del principio de la autonomía de la voluntad, definir cómo se llevará cabo la situación de la familia después del proceso.

La doctrina, pensando en los efectos que surgen después de realizar un proceso de divorcio, ha creado la figura legal del convenio regulador. Este documento ayuda a legislar lo relativo a los hijos y al patrimonio de la sociedad conyugal. Existen autores que desarrollan el tema, pero aun así la jurisprudencia no ha logrado definir una naturaleza jurídica del mismo.

Pese a no ser una figura legal nueva, existen ciertas imprecisiones legales en el convenio regulador, más que nada en su importancia como documento habilitante del divorcio sin causa. Se confunde, a este documento, con los acuerdos a los que se llega en las audiencias que se llevan a cabo cuando se da un proceso de divorcio consensual, pero es necesario aclarar sus diferencias.

Se podría comenzar, por explicar que el convenio regulador en el divorcio incausado es una propuesta que realiza uno de los cónyuges, basado en sus derechos y obligaciones para regular la situación familiar.

Busca que se realice de forma libre pero acorde a la norma, respetando los lineamientos que esta designa.

La principal diferencia se genera, al ser únicamente un documento habilitante para la propuesta de divorcio, mas no para la emisión de la sentencia, en los procesos consensuales cuando no existe un acuerdo no se llega a disolver el vínculo. El juez puede dirimir siempre y cuando no exista un acuerdo entre las partes, sin embargo la decisión judicial puede no ser eficaz porque desestima la autonomía y libertad de los contrayentes para negociar.

El convenio regulador:

Constituye determinadamente la producción de los efectos y consecuencia del procedimiento del divorcio, es presentada por cualquiera de los cónyuges o a su vez por ambos y busca regular la situación de los cónyuges separados conforme a lo que dicte la ley. (Barona, 2003, p. 357)

### **3.1.2 Autonomía de la voluntad, característica primordial del convenio regulador**

En el convenio regulador es necesario que predomine la autonomía de la voluntad de los cónyuges, de acuerdo a lo que dicte la legislación para no permitir abusos o renunciaciones de ciertos derechos implicados en su elaboración.

El convenio regulador termina siendo una vía de ejecución en la cual se encuentran los límites de la autonomía de la voluntad con los que dicta propiamente la ley. (Lacruz, 1997, p. 161).

La autonomía de la voluntad de los cónyuges es prioridad en la propuesta de convenio regulador al ser creado mediante la capacidad de negociación que

poseen los consortes, se busca crear la mejor opción para establecer las alternativas más ajustadas a las relaciones familiares que van a existir post-divorcio.

María Victoria Pellegrini (2014, p. 6) afirma que “en el convenio regulador se ve una aplicación directa del principio de autonomía de la voluntad”, afirma así mismo la autora que “son los cónyuges quienes están en mejor posición para diseñar el alcance de los efectos jurídicos del divorcio dado que son ellos los protagonistas de las propias reglas que regirán sus relaciones familiares”.

Es necesario que exista y sobre todo que se priorice la autonomía de la voluntad de los intervinientes para la elaboración de la propuesta del convenio regulador. Se puede deducir que al ser creado y respetado mediante este principio, el cumplimiento posterior del documento será más fácil de ser ejecutado.

Jurisprudencia española ha explicado que el convenio regulador:

Consagra un amplio margen de la autonomía de la voluntad para regular los efectos de tales situaciones, con apoyo de los principios de igualdad y pluralismo social (...) implica el reconocimiento de que no todas las familias pueden ajustarse a un modelos estándar y que quien mejor que los propios cónyuges para determinar los efectos del matrimonio y de las situaciones de crisis del mismo. (SAP Barcelona, 1993.)

Al ser la autonomía de la voluntad el principio fundamental para la creación del convenio regulador, la misma debe tener un límite y este es la norma y para su implementación en la legislación ecuatoriana se deberá tomar en cuenta a lo que se estipula en el Código de la Niñez y Adolescencia para tratar los temas relativos a los alimentos, la tenencia y el régimen de visitas, de igual forma el Código Orgánico de la Función Judicial en el cual se tomara en cuenta las facultades jurisdiccionales de las y los jueces, y el nuevo Código Orgánico General de Procesos para tener conocimiento de cómo se desarrollan sumariamente los procesos de divorcio.

Los elementos que contiene este documento deben ir de la mano con la situación de los cónyuges y en un cumplimiento fiel de la ley, así en el caso de existir hijos es necesario que se regule lo pertinente a ellos, como son los alimentos, la fijación de la vivienda y el régimen de visitas.

### **3.2 Naturaleza Jurídica**

No existe una naturaleza jurídica propiamente del convenio regulador, aun el derecho no ha podido definirlo. Se ha llegado a determinar que “existen dos posiciones del convenio, los cuales son: la autonomía de la voluntad y la condición a la que es sometida la transacción que pertenecen a la indeterminación jurisprudencial”. (Montero, 2003, p. 721-723)

La jurisprudencia no ha logrado definir al convenio regulador dejándolo con una naturaleza jurídica inexistente, así mismo la norma en la que se estipula sobre el convenio regulador no termina de determinarlo, se limita a estipular su contenido y únicamente lo define como un documento haciendo énfasis en que debe privar la autonomía de la voluntad.

Por la falta de una determinación en cuanto a su naturaleza jurídica varias veces se lo confunde al convenio regulador con una transacción o un acuerdo.

#### **3.2.1 Convenio Regulador ¿es un acuerdo?**

Es necesario diferenciar al convenio regulador de los acuerdos que se pueden dar entre los cónyuges al momento de una separación o al momento definitivo de ya optar por un divorcio.

La normativa europea ha acogido al convenio regulador desde antes de instaurar el divorcio incausado, y usualmente lo utilizaban para la figura de la separación conyugal en la cual los consortes aportaban voluntariamente con propuestas para después plasmarlas en el documento que regiría sus relaciones post separación o post divorcio.

Al momento de regular estas relaciones se llevaban a cabo diferentes tipos de acuerdos, lo que generaba problemas en las relaciones familiares al momento de tener el convenio regulador.

La norma específica que se pueden dar varios acuerdos, pero el convenio en sí, es decir lo referente a lo previsto en la norma, llega a nacer solo cuando ha existido la homologación y para que esto suceda es necesario que todo lo estipulado en el documento vaya acorde a la ley.

De igual manera los acuerdos se pueden dar en temas parciales, visitas, designación del hogar y el menaje, consignaciones a uno de los cónyuges, entre otros, pero para que tenga la fuerza de un convenio regulador es necesario que se tomen en cuenta todos los temas que prevé la norma, pueden llegar a existir varios acuerdos parciales pero no un convenio.

Como explicamos anteriormente la diferencia que existe entre un acuerdo, o transacción con un convenio regulador es el contenido mínimo que debe tener el mismo. En un acuerdo, al ser privado, los cónyuges pueden estipular lo que ellos crean y quieran lo que puede conllevar violaciones a las normas, pero al querer convertirlo y usarlo dentro de un proceso de divorcio, el acuerdo debe sufrir una transformación a un convenio y aquí la discrecionalidad de la cual gozaban los cónyuges se verá limitada por la norma.

Para el caso de las capitulaciones matrimoniales, que de igual forma pueden existir entre los cónyuges, estas como han sido realizadas con un abogado y ante un notario pueden ser utilizadas en el convenio regulador en lo respectivo a la distribución de los bienes.

De igual forma los acuerdos pueden llegar a carecer de valor en un proceso judicial porque pueden violar derechos y normas estipuladas en la ley, es común que para la redacción del convenio, en lo pertinente más que nada a los hijos, se tome en cuenta la ley que regula a los niños, niñas y adolescentes, para nuestro caso sería necesario que lo estipulado en el convenio vaya de la mano

con lo que estipula el Código de la Niñez y la Adolescencia para de esta manera no violar o transgredir ningún derecho o principio propio de esta materia.

Conjuntamente con la utilización del código antes mencionado, es necesario recalcar que lo relativo a los niños, niñas y adolescentes en lo que tiene que ver con alimentos, tenencia y visitas es materia transigible así lo estipula el Código de la Niñez y Adolescencia y el Código Orgánico de Función Judicial, en cual se recalca que en cualquier momento se debe motivar a los cónyuges a la conciliación y a llegar a acuerdos satisfactorios en esta materia.

El convenio tiene que ser ratificado para que de esta forma se pueda cumplir con lo que se estipula, también debe ser parte de un proceso, es decir se vuelve un presupuesto de admisibilidad de la demanda, en el caso de nuestra legislación esta sería la implementación que se quisiera dar al convenio regulador en conjunto con el divorcio sin causa.

Al ser varias veces confundido con acuerdos privados que se dan entre los cónyuges, el carácter contractual del convenio regulador es a su vez tanto afirmado como negado pues se asegura y se niega que su contenido puede ser legal o no. Por esto la norma ha buscado siempre que prevalezca la autonomía de la voluntad de los intervinientes pero que al mismo tiempo se respete el aspecto legal.

El convenio regulador como hemos visto, no es un acuerdo, puede carecer de legalidad y esto perjudica a la relación conyugal y familiar.

Fuera de esto, puede darse la posibilidad de que los acuerdos a los que han llegado los cónyuges cumplan con lo estipulado en la ley y sean transformados en un documento válido y eficaz, pero es necesario que sea judicialmente homologado para poder tener plenos efectos en el divorcio.

### **3.2.2 El convenio regulador visto como una transacción sometida a condición**

Algunos autores denominan al convenio regulador como una transacción la cual está sometida a una condición dado que es necesario que exista una homologación judicial. (Montero, 2003, p. 723)

Se puede entender que el documento que termina siendo redactado por los cónyuges, es una transacción sometida a una condición pues es necesario que cumpla con distintos parámetros los cuales son la norma. Al ser necesario que exista la intervención legal es justo que su aprobación sea mediante un juez para que el cumplimiento de lo especificado en el documento sea tanto válido como eficaz.

Carlos Lassarte (2014, p. 74) también ha explicado la necesidad de la aprobación judicial al definirlo como “un documento en el que se recoge los acuerdos o pactos que los cónyuges adoptan en caso de crisis matrimonial, es a su vez sometido a control judicial.”

Al aprobar el convenio regulador se logra hacer que el documento sea válido mediante el acatamiento de la norma lo cual hará que su cumplimiento se realice de manera eficaz, surtiendo plenos efectos. Al no lograr su eficacia se puede exigir el mismo mediante medidas complementarias.

La mayoría de autores ubican al convenio regulador como un negocio jurídico del Derecho de Familia, que debe contar con las posiciones antes mencionadas para que pueda surtir pleno efecto, es decir es necesario que sea auto compuesto por los intervinientes para un mejor y mayor cumplimiento y a su vez debe ser homologado judicialmente para un control legal.

Como vemos, la autonomía de la voluntad juega un papel importante también en la creación de la propuesta de convenio regulador, de igual forma su aprobación

o homologación judicial es necesaria para que de esta forma se pueda cumplir con la normativa local, se explica en otra sentencia que:

El convenio regulador tiene carácter de negocio jurídico entre cónyuges, con el contenido de autorregulación de sus intereses donde el juez se limita a homologarlo después de que se compruebe que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos, es decir es una transacción sometida a condición y es precisamente esa homologación judicial la que dota al convenio regulador de fuerza ejecutiva. (SAP Castellón, 2001.)

La doctrina española, mexicana y argentina han hecho una clara especificación de lo que es necesario que contenga el convenio regulador y el mismo debe ser aplicado según la particularidad de cada caso, aun así estas mismas normas no definen expresamente al convenio regulador, como dijimos en líneas anteriores solo han explicado lo que debe contener para que sea aprobado. Se ha definido que es necesario que la propuesta de convenio regulador contenga:

- La determinación de la persona a cuyo cuidado quedan los hijos y el régimen de visitas.
- Atribución del uso de la vivienda.
- La contribución alimentaria, forma de actualización y garantías.
- Liquidación del régimen económico o reparto de bienes.

Estos presupuestos son los que la doctrina cree que son necesarios para poder organizar la relación post divorcio, varían según la situación de cada familia y la necesidad de la misma, esto significa que puede incluirse otro tipo de cláusulas pero no puede excluirse lo que la norma en cada legislación designe.

En el caso de España explica en un solo apartado lo que debe contener que es el cuidado de los hijos y el régimen de comunicación y estancia. Para México, aclara específicamente en su artículo 267 que se debe acompañar a la demanda

de divorcio la propuesta de convenio, el cual regulara las consecuencias inherentes de la disolución del vínculo matrimonial, explica que los requisitos deben ser la designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos, el derecho de visitas, la obligación de entregar alimentos, la designación del hogar, administración de bienes y liquidación de sociedad conyugal.

Argentina, a su vez, especifica que la propuesta de convenio regulador debe acompañar a la petición de divorcio y agrega que la omisión de esta propuesta impide dar trámite a la petición, de igual forma explica que al ser el divorcio peticionado por solo uno de los cónyuges el otro puede ofrecer una propuesta de convenio diferente, es necesario acompañar a la propuesta documentos habilitantes en los que se funde el contenido y en el caso de faltar pueden ser pedidos de oficio. Aclara que la propuesta será revisada por el juez, y se llamará a una audiencia, aun así, específica que en el caso de que exista controversia entre las propuestas entregadas por los cónyuges no se suspenderán los efectos del divorcio. En el artículo siguiente de su código especifica el contenido del convenio regulador que no es diferente a lo antes ya mencionado de otras legislaciones.

Sustentando a la normativa argentina, la ex asambleísta Doctora María Paula Romo, justifica que es necesario hacer una diferencia entre la relación que existe en los cónyuges y la relación que existe con los hijos y los bienes, aclarando que los conflictos conyugales no deben ser trasladados a la relación parental que existe.

Al convenio regulador se lo puede terminar denominando como un pacto jurídico del Derecho de Familia que es sometido a condición, pues aunque prima la autonomía de la voluntad de los cónyuges es necesario que la misma vaya acorde a las normas antes explicadas, de esta manera el juez pueda revisar su validez y eficacia.

### **3.3 El convenio regulador y el divorcio sin causa**

La legislación Argentina ha profundizado el estudio del convenio regulador, por ello, es necesario rescatar y priorizar la idea de que las controversias surgidas por la falta de armonización en el convenio regulador no deben suspender el proceso de divorcio.

Comparto esta idea sustentada en lo antes explicado por la ex asambleísta María Paula Romo, pues como ella explico, en el caso de que se llegue a un litigio el mismo se dará en lo pertinente al patrimonio más no en la necesidad de comprobar la culpabilidad de uno de los cónyuges.

Al intervenir la idea del convenio regulador en el divorcio es necesario hacer una diferenciación sobre cómo el documento puede acompañar tanto a la propuesta de divorcio por mutuo consentimiento como al divorcio unilateral.

Para la demanda de divorcio por mutuo consentimiento, como se ha llegado a la decisión en conjunto con el otro cónyuge, se entiende que lo relativo a la relación post divorcio no será problemático dado que los cónyuges van a tener acuerdo total en lo relativo a los hijos, tenencia, alimentos, vivienda, bienes, entre otros.

En el caso del divorcio unilateral el convenio regulador es presentado mediante una propuesta de un cónyuge hacia el otro en el cual se debe estipular lo que la norma ha especificado. Esta propuesta es puesta en conocimiento del otro cónyuge quien deberá dar una respuesta en la cual acepta lo propuesto o da una nueva opción. Si se llega a un acuerdo en ciertos puntos de las propuestas de convenio regulador el juez los homologara, Dejando los demás desacuerdos para dirimirlos basado en la ley y en su criterio judicial.

La finalidad de intervenir al convenio regulador dentro del divorcio sin causa es la de incentivar a los cónyuges para que de una manera pacífica logren llegar a acuerdos que ayudarán a su relación tras el divorcio. Se entiende que cuando

los cónyuges han llegado al divorcio están lo suficientemente preparados en los efectos y las consecuencias que derivaran del mismo.

Se valora la autonomía de la voluntad de los cónyuges porque cada uno presenta una propuesta basados en lo que serán sus derechos y obligaciones tras el desvanecimiento del vínculo, manteniéndose dentro de lo establecido por la norma por tal razón es necesario que la propuesta de convenio sea redactada en conjunto con un abogado.

Autores argentinos han mantenido la idea de que el convenio regulador “es una herramienta jurídica más relevante que la práctica judicial ha mostrado en materia de divorcio, es significativo para resolver conflictos. “De igual forma han especificado que “es un acto jurídico familiar en el cual es necesario que exista la voluntad de ambos cónyuges y que esta puede darse al momento de su creación o alcanzarse durante el trámite.” (Carlucci & Herrera, 2015)

Aun así los autores antes citados recalcan sobre un punto importante, el cual es que la ley no obliga a los cónyuges a ponerse de acuerdo sobre la propuesta, ya que esto sería limitar de cierta forma su autonomía de la voluntad, explican que la ley mediante el juez, lo que hace es homologar las partes en las cuales los cónyuges coinciden y tratar de dirimir y solucionar en las que no.

En el caso de la presentación de la propuesta del convenio regulador en un divorcio sin causa, se explicó anteriormente que en el caso de que no se llegue a una homologación del convenio, el proceso de divorcio continua hasta que se emita la sentencia, y explica Chechile (2012) que la idea de la no dilatación de la sentencia es que bajo la excusa de discrepancia, los efectos prolongan indefinidamente el decisorio y esto lo único que hace es empeorar la relación entre los postulantes.” Encontramos lógico el argumento dado que al prolongarse la decisión del divorcio basado en discrepancias entre los cónyuges estas pueden y varias veces son usadas como herramientas que se usan para

influnciar en la mayoría de las veces en forma negativa en los hijos, y esto genera más problemas familiares como puede ser la alienación parental.

La misma autora habla sobre la importancia e implementación del convenio regulador en el divorcio incausado, y nos acogemos a esto, al explicar que para que se pueda desarrollar y cumplir plenamente con sus efectos es necesario que los abogados que acompañan en el proceso de creación de la propuesta actúen de manera conciliadora, buscando llegar a una solución y no generando un conflicto mayor.

Al crear la figura del convenio regulador se busca que primen los principios de autonomía de la voluntad, al ampliar la esfera real y concreta de libertad permitida para los esposos que actualmente no existe, principio de igualdad y principio de responsabilidad que cada persona y más aún los cónyuges tienen.

Es necesario hacer más nuevamente las palabras de Ana María Chechile (2012) al explicar que “la ley no cambia la personalidad conflictiva que pueden tener los litigantes, pero si debe intentar ayudar, mediante la búsqueda de una función altamente educativa al intentar cerrar caminos de litigio y es obvio que en algún caso se va a necesitar la ayuda e intervención del juez” y esto es lo que se busca con el convenio regulador en el caso del divorcio sin causa.

Varios de los argumentos utilizados han salido de autores argentinos y claramente se debe ver a esta legislación como ejemplo a seguir para la aplicación del convenio regulador en conjunto con el divorcio sin causa en la legislación ecuatoriana.

La incorporación del convenio regulador en la legislación ecuatoriana se realizará revisando normas complementarias como en el caso de niños, niñas y adolescentes, se deberá regir a lo que estipula el Código de la Niñez y Adolescencia en su título tercero, cuarto y quinto en los cuales se estipula sobre tenencia, visita y alimentos respectivamente. Así mismo, para la liquidación de la sociedad conyugal o administración de bienes de la misma se deberá regir a

lo que estipule el Código Civil tomando en cuenta las últimas reformas realizadas a este cuerpo normativo, y si ha existido la designación de un administrador de la sociedad conyugal al momento del matrimonio.

El convenio regulador al ser un documento que requiere homologación judicial gozará de la posibilidad de realizar modificaciones cuando exista un cambio de circunstancias en la vida de los cónyuges, pues no tiene efecto de cosa juzgada.

La modificación del convenio regulador de igual forma debe hacerse mediante un proceso judicial en el cual se explique al juez las nuevas circunstancias de los integrantes de la familia para que el juez verifique que no se viola ningún derecho o norma y de esta forma poder proceder a su aprobación y cumplimiento.

#### **3.4 Debate sobre el divorcio sin causa y el convenio regulador**

En un debate entre los assembleístas Virgilio Hernández y Luis Fernando Torres, se habló sobre la implementación del divorcio sin causa en la legislación ecuatoriana, las respuestas y posturas que tuvieron fueron las siguientes.

El assembleísta Torres comenzó afirmando que el “divorcio unilateral es escandaloso y que es perjudicial para todos.”

Por su lado, el legislador Hernández no está de acuerdo en que existan causales, afirma que es el libre consentimiento, el amor, los intereses o los nexos los que unen a las personas, por tal motivo es inadecuado que se tenga que establecer causales, pues en este sentido se afecta a la condición sobre todo de las mujeres. Es por la existencia de causales que sustentan a los tratos crueles o la violencia, al estado habitual de falta de armonía o las amenazas graves, la tentativa contra la vida de uno de los cónyuges como autor o cómplice, que él está en contra de las causales, afirma que el divorcio por causales manda la respuesta de que hay un culpable y como esto queda en la sentencia los hijos sabrán en un futuro cuál de los dos es el culpable de la finalización de la relación.

El asambleísta Torres afirma que no está bien que en algunos asambleístas exista una visión sociológica-laica de la familia, por su parte él afirma que la familia ahora y después es y será el núcleo fundamental de la sociedad, enfatiza en que en la reforma al Código Civil existía algunas propuestas que contienen una carga en contra del concepto de familia como tal y que quiérase o no la familia es una realidad natural y es la que marca la evolución de una sociedad. También afirmó que estamos en una época en la que se ha flexibilizado todo, y por ende en el tema de los divorcio por causales, tal como están ahora estipulados, son motivos de explosión lo que genera que exista mucho impacto sobre los hijos, sobre las familias pero mayormente sobre la esposa.

En replica a esto el asambleísta Virgilio Hernández recalcó que no hay interés de afectar a la familia pero que es importante entender que esta noción de familia tradicional patriarcal se ha modificado y que cuando se legisla sobre esta es necesario tener nuevos parámetros. Habló sobre el divorcio por causal la dificultad que este genera, afirmó una vez más el cómo esto permite que el divorcio signifique muchas veces una condena y un mecanismo de profundizar la discriminación y re victimización de la mujer.

Para Virgilio Hernández, el divorcio no debería tener causales, él explica que si el matrimonio es basado en el libre consentimiento de igual forma debería ser el divorcio, puso como experiencia comparada a la legislación argentina en la cual tras su reforma se expone tres causas, entre las cuales se habla sobre el divorcio declarado judicialmente, recalca que se establece un procedimiento en el cual puedan ponerse de acuerdo que sería el divorcio por mutuo consentimiento, o de forma contraria quien propone establece una propuesta de solución de bienes, de hijos, en general de los temas de la sociedad conyugal que sería el divorcio sin causa conjuntamente con la propuesta de convenio regulador, si hay acuerdo el juez pone en firme de lo contrario el juez sentencia, le parece importante esta legislación por el avance en función de derechos que posee.

La legislación a la que se refiere el asambleísta Hernández, es a la que nos hemos referido a lo largo de la tesis, contempla al divorcio incausado y hace una

breve referencia sobre lo que es el convenio regulador, tema que tratamos con anterioridad.

Luis Fernando Torres afirma que es necesario primero saber cómo se ve al matrimonio, si se lo ve como un convenio se puede hacer mediante una sola voluntad, pero el matrimonio es un contrato solemne y que no puede terminarse unilateralmente sin consecuencia alguna dado que inclusive en cualquier contrato cuando termina unilateralmente hay pago de indemnizaciones, afirma que no puede ser tan fácil porque está de por medio la familia, una parte que ha actuado de buena fe, hijos y adicionalmente bienes; también explico sobre los cambios que se están dando en las causales a lo cual afirmo que los mismo son interesantes dado que se mejora la redacción en cuanto a la sevicia, a los tratos crueles y la sentencia condenatoria, aun así se mantuvo en que es importante que no se le vea al divorcio como un instrumento tan fácil cuando las dos partes no están de acuerdo.

En respuesta a esto el asambleísta Hernández, comparte en la idea de que hay una mejora en la redacción, hablo de igual forma sobre la causal que estipulaba la enfermedad grave o contagiosa y afirmo que está bien que ya no sea una causal, dijo también que cuando hay un divorcio por causales los hijos ven a una parte que es la acusada y esa parte es su papa o su mama, que lo que actualmente tenemos es una legislación anacrónica, y que es necesario ver el Derecho de Familia en el Ecuador enfatizando en la necesidad que se tiene de realizar ajustes.

Por su lado el asambleísta Torres explico que el ve que es necesario simplificar las causales, hablo sobre la evolución histórica que se ha tenido en el Derecho desde el primer Código Civil, en lo respectivo al divorcio por causales, hablo sobre la pelea judicial en la que no intervienen únicamente las partes si no también los abogados al tener que probar causales casi imposibles. Hablo sobre los intervinientes del divorcio determino que terminan siendo las partes, la familia, y a los hijos quienes enfrentan un proceso demasiado doloroso por esta

razón el cree que es necesario que el aporte sea simplificar las causales, hacerlas más claras. En respuesta a la causal de enfermedad grave, tratada anteriormente por el asambleísta Hernández, afirmo que no puede divorciarse el cónyuge sano, que debe existir solidaridad entre una pareja, hablo sobre el artículo 67 de la Constitución en concordancia con el artículo 68 y el 69 los cuales especifican como debe concebirse a la familia y que es la célula fundamental de la sociedad.

Volviendo al tema de la familia, el asambleísta Hernández afirmo que la misma es en diversas formas y que así lo estipula nuestra Constitución, que las normas en cuanto al Derecho de Familia aún son arcaicas en nuestra legislación. Mediante este argumento explico que es necesario ver a la Constitución y a su vez a los tratados internacionales de Derechos Humanos.

Tras revisar las posturas que tuvieron ambos asambleístas se puede concluir que es necesaria una reforma integral al Código Civil de nuestra legislación y más que nada a lo pertinente con los temas del Derecho de Familia, acepto el legislador Hernández un punto importante que se ha tratado de visibilizar a lo largo de esta tesis y es el hecho de que es necesario que se tome en cuenta a la modernización que ha existido en la sociedad para que la misma puede ser protegida de mejor manera por parte de la ley, respetando principios inherentes al ser humano y que se encuentran especificados tanto en nuestra legislación nacional como en los tratados internacionales.

Aun así, existe por parte del asambleísta Torres una fuerte crítica a las modernas tendencias que se están llevando a cabo internacionalmente al querer mantener ideas clásicas sobre lo que es la familia y sobre su protección, aún mantiene en gran parte de su discurso una idea de desigualdad, al enfatizar en que la eliminación de causales perjudicaría mayormente a la mujer.

La necesidad de que no exista daño entre los cónyuges, que termina al mismo tiempo perjudicando a la familia y a los hijos, es la respuesta favorable que

obtiene la implementación del divorcio sin causa, y esta como vimos es sustentada, apoyada y enfatizada por el legislador Hernández quien va más allá de lo que hemos explicado al abrir el abanico hacia la culpabilidad que deja un divorcio causal.

De igual forma el asambleísta antes mencionado, brevemente habló sobre el convenio regulador, explicando la implementación que se dio de este documento en la legislación argentina y sobre lo que contiene.

El convenio regulador lamentablemente no ha sido muy discutido en la legislación ecuatoriana, aun así, la Función Judicial ha buscado dar fortaleza a la capacidad de negociación que tienen las personas mediante la mediación que puede llegar a existir en los cónyuges, es necesario recalcar que en el ámbito del Derecho de Familia, lo pertinente a los alimentos, la tenencia y el régimen de visitas es materia transigible por tal motivo se puede llevar a cabo una conciliación que termine siendo homologada por un juez para convertirlo en un convenio regulador.

### **3.5 Realidad Nacional, un estudio para la implementación de la propuesta**

El derecho a la intimidad es un derecho personalísimo, se encuentra reconocido tanto en nuestra Constitución como en los tratados internacionales antes citados, habla sobre evitar la interferencia de terceros en la vida privada de una persona incluyendo su ámbito familiar.

Es fundamental que se lleve a cabo en nuestro país la constitucionalización del Derecho de Familia para que la protección legal se realice de una manera integral, y no sea solo para las familias matrimoniales sino para todo tipo de familia como claramente especifica nuestra Constitución. Lamentablemente en la práctica la protección a la familia, como especifica nuestra Constitución, deja algunos vacíos legales más que nada en lo pertinente a las familias ensambladas, transnacionales, entre otras. Así mismo es necesario que las

leyes que tenemos vayan de la mano con la sociedad en la que vivimos para que se beneficie y no se perjudique a los miembros de la familia y de la colectividad.

### **3.5.1 Necesidad de implementar el divorcio incausado y el convenio regulador en la legislación ecuatoriana**

La necesidad de esperar un tiempo determinado para motivar una solución a la de la pareja y poder solicitar el divorcio, probar los hechos por los que tuvo que pasar la familia, implica una intromisión arbitraria en la intimidad y libertad personal, como consecuencia se puede decir que el legislador busca y mantiene una actitud en la cual prioriza la sanción culposa, la limitación legal en cuestión resulta arbitraria y desajustada con la realidad.

La necesidad de una implementación del divorcio sin causa en la legislación ecuatoriana se ve por la realidad social que tenemos, mediante las cifras arrojadas en las encuestas realizadas a personas que han pasado o que se encuentran envueltos en un proceso de divorcio.

De igual manera nuestra Constitución contempla la libertad como derecho fundamental de las personas para así poder desarrollarse de mejor manera.

Para comenzar es necesario como base tomar el artículo 66 de nuestra Constitución el cual habla sobre el derecho de libertad, dentro de este artículo es se hace mayor énfasis en el numeral 3, dispone la integridad personal la cual incluye una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como privado, las causales de divorcio contemplan que se podrá divorciar cuando existe violencia intrafamiliar haciendo que sea necesario llegar a este punto de desarmonización familiar para solicitar el divorcio, cuando la propia Constitución mediante el Estado asegura, previene y protege a la vida de las personas y que este se lleve a cabo libre de violencia.

En el acápite 5 del artículo antes expuesto se contempla el libre desarrollo de las personas sin limitar el mismo, lo cual hace ver que se puede llevar a cabo la

implementación del divorcio sin causa dado que no se puede limitar el proyecto de vida de las personas y más aún por un vínculo en el cual no se tiene más la voluntad de permanecer.

El artículo 66 numeral 18 y numeral 20 de la Constitución van de la mano, el derecho al honor, al buen nombre y el derecho a la intimidad personal y familiar respectivamente son violados al mantener un sistema de causales en las cuales es necesario encontrar un culpable mediante pruebas que pueden ser verdaderas o falsas, fallando completamente al honor de las personas al necesitar probar ante terceros que ha sido culpable de cometer algún delito o de faltar algún deber matrimonial; de igual manera la intimidad de las personas y de la familia se ve violado al llevar a cabo juicios públicos en los que se entra en la atmosfera familiar para acreditar faltas propias de la familia mediante la exteriorización de la inestabilidad familiar que existe.

Por el lado de la responsabilidad de las personas para hacer cumplir los derechos antes mencionados tenemos el artículo 83 numeral 5 en el cual se dispone que se debe respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento, que se encuentren contemplados tanto en nuestra Constitución como en los tratados internacionales firmados y ratificados por el país, este artículo se puede ver sustentado por el artículo 84 de la Carta Magna en el cual se dispone que deberá existir adecuación de la ley y de las demás normas jurídicas existentes en la Constitución así como en los tratados internacionales para garantizar la dignidad del ser humano, la cual al mantener un catálogo de causales está siendo violada.

Aun así, es necesario revisar nuevamente el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador en el cual se habla sobre los principios para el ejercicio de los derechos, en este artículo el numeral 3 es de importancia para el desarrollo de esta implementación al hablar sobre la directa e inmediata aplicación que debe existir de los derechos y garantías de los seres humanos, de igual forma el numeral 7 en el cual habla sobre el reconocimiento a los derechos y garantías que se establecen en los tratados internacionales para que se lleve de mejor

manera el desenvolvimiento de las personas favoreciendo la dignidad de las mismas.

La culpa que persiste tras mantener un régimen de causales cerradas es lo que ha creado mayores problemas, entre estos la alienación parental, que es una relación jurídica y afectiva por medio de la cual los padres se vinculan con sus hijos. Esta relación se ve gravemente afectada al mantener la idea de la culpabilidad en uno de los cónyuges, afectando no solamente a la familia si no a la sociedad. Mediante la existencia de la culpa muchas veces se logra maliciosamente influenciar en la mente de los hijos, quienes terminan siendo los mayores afectados por un problema ajeno a ellos pues de igual forma es necesario diferenciar, como ya lo hicimos en capítulos anteriores, la relación parental y la relación conyugal.

El daño psicológico y la afectación en las relaciones afectivas que deja un divorcio con causales en la familia, es lo que se busca eliminar mediante la implementación del divorcio sin causa. A su vez, la implementación del convenio regulador también facilitaría estos problemas pues se busca que se genere un daño menos invasivo en la familia. Se explica esto, ya que un divorcio siempre va a modificar las relaciones familiares, igual va a existir un desgaste, sin embargo lo que se busca mediante esta propuesta es que las consecuencias post divorcio sean menos dañinas.

La ex asambleísta María Paula Romo considera que el implementar esta figura en la legislación ecuatoriana sería un avance dado que la realidad en la que vivimos nos obliga a cambiar, y que es necesario que el Estado busque facilitar las decisiones que están ya tomadas, afirma a su vez que el divorcio siempre será algo difícil pero que conjuntamente con el convenio regulador lo que se busca es que la discusión no verse sobre la culpa de uno de los cónyuges sino más bien se refiera directamente sobre los vínculos generados a lo largo de la sociedad conyugal. Las opiniones dadas por la ex asambleísta evidencian que es necesario hacer un cambio en nuestra legislación, para proteger de mejor manera a la familia en general. Asegura, que es necesaria que la norma sea

cumplida como se especifica, pues existen varias contradicciones entre nuestras leyes porque existen algunas normas especificadas en nuestra Constitución pero que al momento de la práctica no pueden ser efectivas.

También aclaro que el país aún mantiene una ideología antigua y tradicional acerca de la concepción de las familias y de las diferentes relaciones que de esta nacen. La religión en nuestra legislación ha sido trascendental y ha buscado mediante la moral lograr fundamentarse de manera importante en el derecho, no solo en nuestro país si no mundialmente, pero es necesario para el caso de nuestra legislación, recordar que el Ecuador, como ha especificado en su Constitución, es una país con ética laica y de derechos humanos, por ello es necesario, como ya lo hicimos, remitirnos a documentos internacionales trascendentales para el Ecuador y para los propios derechos.

Por lo mencionado anteriormente, es pertinente explicar que los conceptos máximos de ética, dependen de muchos aspectos, no solo de carácter religioso. Es obligación de nuestro Estado, establecer normas que respeten la autonomía de la máxima ética, nuestra legislación debe fundamentarse en una visión laica que le permita garantizar y respetar los derechos de sus ciudadanos sin que la norma se polarice únicamente en un grupo determinado y así lo determina el artículo 3 de nuestra Carta Magna en el cual se especifica que es deber primordial del Estado garantizar la ética laica para el sustento del quehacer público y del ordenamiento jurídico. (Constitución del Ecuador, 2008)

La necesidad que en la actualidad se tiene en el país para llevar a cabo la implementación del divorcio sin causa y el convenio regulador, sería una respuesta a los derechos que como vemos están siendo violados, sería una constitucionalización del derecho de familia, lo cual es necesario tanto para el buen desarrollo de las personas intervinientes como para un avance en la sociedad, en la familia y en el ámbito civil del Ecuador el cual a pesar de ser tratado en la reforma del Código Civil, aun deja varios vacíos y mantiene varias violaciones a derechos humanos reconocidos nacionalmente e internacionalmente.

### 3.5.2 Justificación Internacional de importancia para el Ecuador

Es necesario recalcar que la implementación de estas dos figuras en la legislación ecuatoriana, agilizaría, modificaría y daría una mejora al sistema de justicia que actualmente tenemos, la implementación del divorcio sin causa es una respuesta a la libertad de intimidad que cada persona posee, que se encuentra estipulado en nuestra Constitución y a su vez en tratados internacionales y sentencias como ejemplo tenemos a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas VS Chile y Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica*, en el cual ambas sentencias se fundamentaron en el artículo 11 de la Convención América de la siguiente forma:

El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. (*Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, 2012)

De igual forma para el caso de *Atala Riffo* la Corte se fundamentó de la siguiente manera:

El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida

privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. (Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012)

Se concluye con que el artículo 11 de la Convención, explicado anteriormente, prohíbe la injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas y vida privada de la familia. “La Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”. (Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012)

La autoridad pública, como leemos en líneas anteriores, y como ya hemos fundamentado no debe tener interés en mantener una relación que ya no es viable, no debe buscar culpables y no debe entrometerse en el ámbito de la privacidad de las personas y menos aún de la familia.

Conjuntamente con lo especificado por la Corte Interamericana varios autores han desarrollado el tema de la intimidad personal entre esos tenemos a Alberto Lyon (2007, p. 115) quien explica:

La libertad personal es un derecho de la personalidad, sin ella el individuo humano se encuentra imposibilitado de manifestarse como él es en sí mismo, por lo tanto su privación, perturbación o menoscabo lo priva de una parte esencial de lo que es su propia persona.

Al entrometerse en la esfera de la privacidad tanto individual como familiar, se viola derechos fundamentales de cada persona, la necesidad de buscar una causa por la cual se rompió el vínculo, viola completamente esta esfera antes explicada, perjudica a la familia y los contrayentes, genera odios innecesarios en las relaciones familiares afectando a los vínculos que existen entre los integrantes de la familia, y enfatizando en el concepto de culpa.

El derecho a la intimidad puede ser violado de dos formas, mediante una fiscalización intrusiva y también mediante la difusión del conocimiento del que se dispone de su intimidad personal. (Puelma, 2007, p. 157)

Como explica el autor anteriormente citado, al necesitar probar las causales por las cuales uno accede a un proceso de divorcio viola el derecho a la intimidad de cada ser humano, la fiscalización intrusiva es la que realiza el Estado al necesitar pruebas fehacientes para poder disolver el vínculo, y la difusión del conocimiento del que se dispone se da al llevar a cabo procesos públicos en los cuales cualquier persona puede tener acceso para saber la causa del divorcio, como explicamos anteriormente, también la resolución mediante una sentencia es prueba clara de que uno de los cónyuges fue el culpable.

Hemos explicado, anteriormente, que no debe ser prioridad del Estado mantener un vínculo ficticio que la mayoría de veces se encuentra ya disuelto, debería respetar y brindar el apoyo necesario para que los cónyuges puedan hacer de mejor manera a un proceso de divorcio y llegar a un acuerdo beneficios en el convenio regulador. Mantener una postura cerrada por parte del ente regulador únicamente afecta a los intervinientes de la familia, viola a la intimidad y a la autonomía de la voluntad de los contrayentes, el Estado debe buscar ser un acompañante en las decisiones de los contrayentes y de familia para buscar que no se violen derechos inherentes, esto no significa que debe ser un fiscalizador y juzgador de las relaciones.

Mantener estas dos violaciones perturba el derecho, y es necesaria que sean modificadas para de esta forma poder proteger la intimidad de las personas.

### **3.6 Propuesta**

El divorcio sin causa, es una respuesta positiva del derecho a la intimidad que tiene cada persona y que tiene la familia, como hemos dicho anteriormente, este derecho es inherente de cada persona y a su vez no se encuentra únicamente estipulado en nuestra Constitución sino también en tratados internacionales los

cuales son de aplicación inmediata y que en el caso que nos compete no solo han sido estipulados en la norma si no también tomados en cuenta para la fundamentación de sentencias, que vimos anteriormente las cuales han sido tanto relevantes para la jurisprudencia como para el avance del Derecho, al permitir su pleno cumplimiento.

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reflejan que debe existir un cambio en cuanto a la protección que actualmente se está brindado a la familia, y el derecho a la intimidad es uno de los más importantes en el Derecho de Familia.

Es necesario que conjuntamente con la demanda de divorcio incausado se acompañe de un documento, indispensable para su presentación, de una propuesta de convenio regulador en el cual se estipulen los presupuestos que la propia norma designe. Para el caso de nuestra legislación es necesario que en el convenio regulador se tome en cuenta los hijos y lo respectivo a sus alimentos, el régimen de visitas y la designación de los bienes que pertenecen a la sociedad conyugal en el caso de haberlos.

El convenio regulador se encontrará de igual manera incorporado en el Código Civil en el cual se especificará que debe tener como contenidos mínimos para que de esta forma pueda ser homologado judicialmente. Como es de conocimiento por lo anterior especificado, la propuesta de convenio regulador deberá manejar presupuestos contenidos en la norma como es el caso de la designación del hogar, la guarda y custodia de los hijos, el régimen de visitas, los alimentos y la designación de los bienes que existen en la sociedad conyugal y bajo ninguna forma lo que se llegue a proponer puede ser fuera de la ley.

La propuesta de convenio regulador que sea presentada por el cónyuge que solicite el divorcio deberá ser aceptada por el otro, o a su vez si se tiene algún cambio deberá presentar una propuesta diferente a la primera dejando al juez para que decida conforme a derecho lo que es mejor tanto para los hijos como

para los cónyuges divorciados. En este caso es necesario que el juez de igual forma tome en cuenta la situación familiar y base la aceptación o negación de la propuesta del convenio regulador basado en su sana crítica. También es necesario que al ser aceptada cualquiera de las propuestas que beneficie de mejor manera a la familia se lleva a cabo su homologación judicial para que el cumplimiento se realice de mejor manera. La modificación que se puede dar al convenio regulador dependerá de las diferentes circunstancias que puedan darse en la familia, como se explicó, la modificación será de igual forma mediante lo que diga la ley y necesitará la aprobación judicial para su eficaz cumplimiento.

La necesidad que se tiene del convenio regulador, como hemos explicado en líneas anteriores, es diferenciar a la relación conyugal de la relación filial y patrimonial. A su vez una propuesta de convenio regulador abarca la negociación de los cónyuges para llegar a un acuerdo sobre temas relativos en si a bienes e hijos más no a la relación entre ellos.

Al momento se busca que en el país se lleve a cabo la solución de conflictos de mejor manera, la implementación del divorcio sin causa y del convenio regulador ayudaría a que esta línea que pretende la justicia actualmente en el Ecuador se desarrolle de mejor manera, como hemos dicho, se necesita evitar mayores conflictos y solucionar todo mediante la voluntad de las partes y en total armonía.

Como explicamos, la implementación de estas figuras en la legislación ecuatoriana llevaría a cabo a un cambio de educación tanto en las personas, funcionarios y abogados como en la sociedad para poder llevar los conflictos de mejor manera y poder llegar a acuerdos que beneficien no solo a una parte si no a la totalidad de la familia, algo que al momento no tenemos.

Actualmente el Consejo de la Judicatura busca realizar un cambio trascendental en la justicia ecuatoriana, evitar conflictos y llegar a acuerdos, tener mejores resultados en cuanto a pensiones de alimentos, visitas y en general en cuanto a los niños por la importancia del principio del interés superior del niño, llegar a

acuerdos en ámbitos patrimoniales, ente otros, las figuras antes mencionadas ayudarían al cambio que se propone.

La búsqueda de la implementación de estas figuras no es la de perjudicar a la familia, o la de dar mayor libertad a los cónyuges, al contrario busca evitar conflictos mayores que pueden desencadenar en ciertos casos en delitos o en eliminación por completo de relaciones familiares, la sociedad ha hecho que las familias cambien y a su vez también debe cambiar la protección a la misma, la relación conyugal puede no funcionar pero no por esto es necesario fraccionar la relación parental. Comentan, conjuntamente con mi pensamiento el Papa Francisco, al establecer lo siguiente:

“Hay casos en que la separación es inevitable, a veces inclusive moralmente necesaria, para sustraer a los hijos de la violencia y la explotación y hasta de la indiferencia y el extrañamiento” (Diario El Comercio, s.f.)

Es necesario buscar mejor protección y esto se da mediante la constante reforma normativa del Derecho de Familia, ya hemos evidenciado un cambio positivo en la doctrina, la jurisprudencia y la norma existente en otros países. Y la nueva visión que está tomando la religión generara más cambios positivos.

La implementación de estas dos figuras buscara una reforma en la familia y en sus relaciones, mejorar la figura del divorcio y de igual manera la relación que queda tras la ruptura del vínculo.

En líneas anteriores hemos abarcado lo pertinente a la propuesta de incorporación del divorcio sin causa y el convenio regulador en la legislación ecuatoriana y la misma se daría de la siguiente manera:

Se eliminaría el artículo 107 y 110 del Código Civil dejando en uno solo lo siguiente:

Artículo innumerado.- Del Divorcio. El divorcio se solicita por ambos cónyuges o por uno de ellos, por la simple expresión de la voluntad, sin necesidad de probar ninguna causa que haya generado la ruptura del vínculo matrimonial.

Conjuntamente con la solicitud de divorcio, el o los solicitantes acompañarán una propuesta de convenio regulador.

La eliminación de las causales, eliminara de igual forma, el concepto de culpabilidad mediante el cual se designaba el cuidado de los hijos.

También es necesario implementar un artículo en el cual se especifique lo necesario al convenio regulador. El cual quedara de la siguiente manera:

Artículo innumerado. **Convenio Regulador.** Conjuntamente con la solicitud de divorcio, es necesario acompañar una propuesta de convenio regulador.

El convenio regulador contendrá lo siguiente:

- a) Designación del cuidado y tenencia de los hijos;
- b) Fijación de la pensión de alimentos a favor de los niños, niñas y adolescentes, discapacitados y menores a los 21 años que se encuentren estudiando y no trabajen;
- c) Establecimiento del régimen de visitas que tendrá el padre o madre que no tenga la tenencia de los hijos;
- d) Disolución de los bienes de la sociedad conyugal;

De existir otras cláusulas que los cónyuges quisieran contemplar en el convenio regulador, estas serán aprobadas por el juez.

De no existir un acuerdo en la propuesta unilateral del convenio regulador, el otro cónyuge podrá presentar una propuesta diferente, teniendo el juez que

homologar en las partes en las que se llegue a un acuerdo mutuo. De no ser así, el juez intervendrá para solucionar los conflictos actuando de acuerdo con la ley y con su sana crítica.

Si no llegan a un acuerdo en lo respectivo a los bienes de la sociedad conyugal, el juez deberá nombrar un curador que los resguarde y realizara el respectivo peritaje, para resolver como corresponda.

Los cónyuges podrán sugerir al juez el nombre de una persona para que sea curador en un plazo no mayor a tres días; la decisión final la tomara el juez. Esta medida se mantendrá hasta que los ex cónyuges solucionen esta situación, mediante un acuerdo o por orden judicial.

En el caso de que la falta de acuerdo verse sobre la pensión alimenticia a favor de los niños, niñas y adolescentes que existan, el juez fijara una pensión alimenticia provisional, pudiendo la misma ser adecuada al acuerdo al que lleguen los ex cónyuges. Se tratara de igual manera lo relativo a las visitas.

El no llegar a un acuerdo en las propuestas de convenio regulador no imposibilita que se dicte la sentencia de divorcio, es decir, el matrimonio termina en la audiencia, aunque los cónyuges no hayan llegado a un acuerdo, teniendo el juez que actuar conforme a lo ya estipulado.

En cuanto a la pensión de alimentos, tenencia y visitas podrá ser cambiada conforme a lo que se estipule en la norma, dentro de sus respectivos procesos especiales.

Es necesario, en el caso de esta propuesta, modificar lo relativo al procedimiento que se llevaría a cabo. El actual COGEP, que al momento ha sido aprobado y entrara en vigencia en los meses próximos, designa un proceso para el divorcio por causa, obviamente al eliminar las causales este proceso quedaría sin ninguna aplicación y deberá ser necesario implementar un nuevo proceso

judicial, al no ser parte de la tesis la aplicación de un proceso es importante mencionar que debería darse como sugerencia un juicio ágil y oportuno para llegar al fin del vínculo matrimonial, para esto se sugiere que el proceso que se podría llevar a cabo sea mediante una única audiencia, en la cual se presentara la demanda conjuntamente con la propuesta de convenio regulador, y será obligación del juez decretar el divorcio pudiendo, como ya se explicó, haber desacuerdos en lo relativo al convenio regulador.

La presentación de la demanda, solo deberá acompañarse del convenio regulador, dado que ya no será necesario para ninguno de las partes la presentación o solicitud de pruebas.

En esta única audiencia, el juez revisara el convenio, homologara en caso de que se llegue a un acuerdo eficaz y dictara sentencia; para el caso en el cual no se llegue a un acuerdo se actuare conforme a lo que estipula el artículo propio del convenio regulador sin dejar de tener en cuenta que de cualquier forma la sentencia de divorcia será dictada.

Una vez enunciados como quedarían los artículos, es necesario recalcar que la implementación de los mismos, conllevan en ellos el divorcio sin causa y el convenio regulador tratados a la largo de la tesis.

## 4 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 4.1 Conclusiones

El dinamismo de la sociedad ha modificado la estructura familiar cambiado por tal motivo su forma de regulación y protección. Es deber del Estado preocuparse y generar normas que ayude al adecuado desenvolvimiento de la familia, cualquiera sea su tipo, y sus integrantes. El Derecho de Familia, materia perteneciente al Derecho Civil, es el encargado de fijar los principios rectores para la eficacia y validez de la norma.

La necesidad de brindar una mejor protección para la familia y para cada uno de sus integrantes ha hecho que diferentes legislaciones reformen su normativa interna para de esta manera dar un mejor cumplimiento y a la vez una protección más amplia para las instituciones pertenecientes al Derecho de Familia, se han realizado cambios representativos en instituciones como el matrimonio, la unión de hecho, el divorcio y la filiación.

El Ecuador, ha modificado en el último año su Código Civil, reformado las causales de divorcio. Lamentablemente la norma aún mantiene un sistema cerrado de causales buscando la culpabilidad de uno de los consortes para poder acceder al proceso, no ha existido una reforma en cuanto a la protección hacia los derechos de las partes y de la familia.

La necesidad de mantener a uno de los cónyuges como culpable aún se mantiene a pesar de las reformas que se dieron, existieron propuestas por parte de varios asambleístas para incluir la figura del divorcio incausado pero aun así estas no fueron tomadas en cuenta, otros asambleístas vieron a estas posturas como un cambio radical en la institución de la familia tradicional, desconociendo que este tipo de familia también ha cambiado.

El sistema cerrado de causales de divorcio que aún mantenemos genera una violación clara al derecho de la intimidad de las personas y de la familia, derecho

que se encuentra estipulado en nuestra Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Ecuador, retrocediendo en cuanto a la idea de la constitucionalización del Derecho de Familia, corriente jurídica que se ha adoptado últimamente en las demás legislaciones.

Los derechos derivados de la dignidad e intimidad de las personas, toman un reconocimiento especial, pues son necesarios para el desenvolvimiento pleno de los ciudadanos por ello el Estado debe garantizar este, desarrollo mediante normas y políticas públicas que se deben realizar de manera directa e inmediata. Mantener un sistema de causales de divorcio desconoce la realidad, dado que se mantiene un alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y su familia.

Los tratados internacionales de Derechos Humanos, ratificados por el Estado, protegen la intimidad de las personas y de la familia, pero aun así este derecho se ve transgredido. Los derechos, de cada persona y de la familia que se encuentran en la Constitución y en la normativa internacional son irrenunciables, inalienables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

La autonomía de la voluntad de los cónyuges es primordial al regular la situación de su familia, nadie mejor que ellos conoce cómo se maneja internamente las relaciones familiares, por esto es necesario que el Estado respete y proteja este principio brindando la norma específica para su cumplimiento y para enfatizar en los cónyuges la capacidad de negociar que ellos tienen, esto generará que se pueda llegar a acuerdos más satisfactorios. La norma necesita ser un acompañante en el proceso de negociación más no un veedor de la situación que generó el divorcio.

El convenio regulador es una herramienta que permite tratar de mejor manera lo relativo a la situación de la familia, haciendo una clara diferencia entre la relación conyugal y la relación parental, evitando que los conflictos de la ruptura matrimonial interfieran en el desarrollo armónico de la relación filial e incluso permite establecer acuerdos sobre los bienes adquiridos por la sociedad

conyugal. Es necesaria la implementación de esta figura conjuntamente con el divorcio sin causa, pues hay que diferenciar la situación conyugal de la situación familiar, si se mantiene un divorcio por causal no se podrá llegar a un acuerdo beneficioso dado que el litigio se fundamenta en el incumplimiento de algún deber matrimonial, lo cual generalmente ocasiona más problemas familiares entre estos la alienación parental, y esto es lo que se busca evitar.

La búsqueda de una fusión entre la normativa nacional e internacional, es decir modernizar nuestro sistema con la constitucionalización del Derecho de Familia, es lo que hace que en nuestro país sea necesaria la implementación del divorcio sin causa y del convenio regulador y como hemos visto a lo largo de la tesis, esta reforma puede ser posible dado que nuestra normativa interna actual permitiría esta reforma en el Derecho de Familia y cumpliría con la protección de los derechos explicados generando un cambio positivo en el Derecho Civil y en la sociedad.

## **4.2 Recomendaciones**

La propuesta de la implementación del divorcio sin causa y el convenio regulador deberá darse mediante un proceso en el cual se eduque tanto a los jueces como a los abogados que van a formar parte del nuevo sistema, es necesario que se actualice a los integrantes de la justicia para que de esta forma se pueda también educar a la sociedad, es necesario que contemos con un sistema de Derecho de Familia en el cual se respete sus derechos, para que se pueda ofrecer una protección completa y moderna a la familia en el Ecuador.

Aún serán necesarias que se lleven a cabo más cambios en las normas referentes al Derecho de Familia en el Ecuador, existen varias incongruencias entre nuestros tratados internacionales, nuestra Constitución y nuestro Código Civil, los cuales mediante reformas legales podrán llegar a ser herramientas capaces de cumplir con los nuevos cambios que ha existido en el derecho, en la doctrina, la jurisprudencia y la norma.

Para reformar nuestra normativa interna se podrá tomar como ejemplo a la legislación de nuestros países vecinos, tomar en cuenta sus fortalezas y debilidades para de esta forma aprender de ellos y mejorar nuestro derecho, es necesario que se busque ir más allá del positivismo de la norma para cumplir plenamente con los derechos de cada persona, trasladando lo literal de la norma a la aplicación en la realidad y se podrá lograr esto si se lleva a cabo un estudio de nuestra sociedad y de los cambios que ha sufrido.

## REFERENCIAS

- Abeledo Perrot. (2013). Divorcio Vincular y separación personal. *El amor es eterno mientras dura, el lado positivo del divorcio sin expresión de causa.*
- Abeledo Perrot. (s.f.). Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, Z. S. S. c. P. E. H. N° AR/JUR/27099/2012.
- Abeledo Perrot. (s.f.). Juzgado de la Instancia de Familia. *Rio Gallegos N°2, O.N.E y P.J.L. N° AR/JUR/51456/2010.*
- Abeledo Perrot. (s.f.). N°: AR/JUR/46292/2013. *Juzgado de la familia N° 1, Mendoza, C.G.A y M.M.L.*
- Abeledo Perrot, Sánchez, M., & Jiménez , M. (s.f.). N°: AR/JUR/46292/2013.
- Álvarez Gómez Duque. (2003). *Elementos de derechos de familia.* Bogotá, Colombia: Leyer.
- Ambrossi, R. (1992). *La Familia.* Quito: Ministerio de Bienestar Social Dirección nacional de la mujer.
- Artavia Murillo y otros vs Costa Rica , 257 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de 11 de 2012).
- Asamblea Legislativa del Distrito Federal. (s.f.). *Código Civil para el Distrito Federal.* Recuperado el 8 de Febrero de 2015, de <http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a0d2628615e069b140.pdf>
- Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 239 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de 02 de 2012).
- Barros, R. M. (1989). *Manual de Derecho de Familia Tomo I.* Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Berdejo, J. L. (1997). *Derecho de Familia*. Barcelona: Jose Maria Bosch.
- Borda, G. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Carlos Lagomarsino, M. S. (1992). *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Carlucci, A. K., & Herrera, M. (15 de Marzo de 2015). Convenio Regulador en el Divorcio. *La Ley*, 3-4.
- Chechile, A. M. (2012). *El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Recuperado el 23 de Abril de 2015, de [www.abeledoperrot.com](http://www.abeledoperrot.com)
- Código Civil. (19 de Junio de 2005). Registro Oficial Suplemento 46. Quito, Ecuador.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (09 de Marzo de 2009). Registro Oficial Suplemento No. 544. Quito, Ecuador.
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. (07 de Julio de 2014). Registro Oficial No. 737. Quito, Ecuador.
- Código Orgánico General de Procesos. (22 de Mayo de 2015). Suplemento Registro Oficial No. 506. Quito, Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 449.
- Dai Zhenshui, & Vargas, C. A. (31 de Julio de 2013). Juzgado de Familia N° 7 de Viedma. *Divorcio por presentación conjunta*.
- Diario El Comercio. (s.f.). *El Papa considera que en algunos casos la separación es "necesaria"*. Recuperado el 16 de Mayo de 2015, de

<http://www.elcomercio.com/actualidad/papafrancisco-separacion-familia-iglesia.html>

Diario El Telégrafo. (s.f.). *La comisión de justicia recoge observaciones para reiniciar el segundo debate del nuevo código civil*. Recuperado el 18 de Enero de 2015, de <http://www.telegrafo.com.ec/justicia/item/en-acta-de-matrimonio-debe-constar-que-conyuge-administra-los-bienes-infografia.html>

Diario El Universo. (s.f.). *Abandono de hogar, entre las principales causas de divorcio*. Recuperado el 28 de Diciembre de 2014, de <http://www.eluniverso.com/2011/06/12/1/1382/abandono-hogar-principales-causas-divorcio.html>

Domínguez, A. G., Fama, M. V., & Herrera, M. (2012). *Derecho Constitucional de Familia Tomo 1*. Buenos Aires: Ediar.

García Falconí, J. (1989). Seminario teórico práctico de las Principales instituciones del derecho de familia en el Ecuador. *El divorcio por causales y su trámite*. Quito.

Herrera, M. (2014). *El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina*. Recuperado el 26 de Febrero de 2015, de <http://www.infojus.gob.ar/marisa-herrera-lugar-justicia-ruptura-matrimonial-segun-legislacion-se-avecina-dacf140464-2014-07/123456789-0abc-defg4640-41fcanirtcod>

Herrera, M. (Diciembre de 2014). El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Suplemento Especial de Familia en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley - Thomson Reuters.

- Kemelmajer de Carlucci, A., & Pérez, L. (2006). *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Lasarte, C. (2014). *Compendio de Derecho de Familia*. Madrid: Dykinson.
- León, S. D. (1994). *Divorcio Causales Objetivas*. Buenos Aires: Universidad.
- López, G. (2004). *Lo bueno, lo malo y lo feo del divorcio*. Quito: Albazul Offset.
- Lovato, J. (1957). *El divorcio perfecto*. Quito: Editorial Universitaria.
- Mazzinghi, J. (2002). *Derecho de Familia Tomo III*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma.
- Mazzinghi, J. A. (1999). *Derecho de Familia Tomo 1*. Buenos Aires, Argentina: Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Méndez, M. J., & D'Antonio, D. H. (2000). *Derecho de Familia Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Méndez, M. J., & D'Antonio, D. H. (2001). *Derecho de Familia Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (s.f.). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado el 14 de Enero de 2015, de [http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf)
- Ministerio de la Presidencia. (2005). *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*. Recuperado el 22 de Marzo de 2015, de [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-11864](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-11864)
- Mizrahi, M. (1998). *Familia matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma.

Molina de Juan, M. F. (2014). *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios*. Buenos Aires, Argentina: La Ley, Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia.

Montero Aroca, J., & Barona Vilar, S. (2003). *Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Naciones Unidas. (s.f.). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado el 30 de Mayo de 2015, de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Organización de los Estados Americanos. (s.f.). *La Convención Americana de Derechos Humanos*. Recuperado el 13 de Mayo de 2015, de [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

Organización de los Estados Americanos. (s.f.). *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Recuperado el 25 de Mayo de 2015, de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Pellegrini, M. V. (04 de Diciembre de 2014). El convenio regulador del divorcio en el Código Civil y Comercial. *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación*.

Puelma, A. L. (2007). *Personas Naturales* (3ra. ed.). Santiago de Chile, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Ramírez Fernández del Castillo, I. (2012). *El divorcio contencioso en México, algunas consideraciones respecto a su regulación actual*. México: Editorial Porrúa.

Rospiglioso, E. V. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley.

- Ruiz, L. P. (1999). *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano Personas y Familia* (Vol. 1). Cuenca, Ecuador: UTPL.
- Suhard, E. (1957). *La familia en el mundo moderno*. Buenos Aires: Ediciones del Atlantico.
- Unicef. (s.f.). *La Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado el 30 de Abril de 2015, de [https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN\\_06.pdf](https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf)
- Valpuesta, R. (2006). La proteccion constitucional de la familia. En U. A. Bolivar, *Revista de Derecho Foro, Derecho del comercio internacional*. Nacional.
- Varela, R. G. (1985). *La ley de Divorcio*. Madrid: Colex.
- Zannoni, E. (2002). *Derecho de Familia Tomo 1* (Vol. Tomo 1). Buenos Aires, Argentina: Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma.
- Zannoni, E. (2002). *Derecho de Familia Tomo 2*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.