

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA**

**Compatibilidad Constitucional para la Posibilidad de la
Implementación del Divorcio sin Causa por Voluntad Unilateral**

María Teresa Borja Pazmiño

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención de título de abogada

Director: Farith Simon Campaña

Quito, noviembre de 2011

© Derechos de Autor
María Teresa Borja Pazmiño
2011

*A mis papis, y a mis hermanas, Sofi y Valen
por su ejemplo, cariño y apoyo incondicional.*

A mi abuela Tere por su fortaleza y fe

*Mi especial agradecimiento a Farith Simon
por introducirme al maravilloso mundo del derecho de
familia, por ser un gran profesor,
y por su paciencia a lo largo de mi carrera.*

*Agradezco a Xavier Almeida
por su apoyo y tiempo*

RESUMEN

El matrimonio se encontraba protegido por la anterior Constitución ecuatoriana. Por lo mismo, era lógico mantener un divorcio rígido de carácter contencioso de catálogo causal. El derecho constitucional del libre desarrollo de la personalidad se encontraba limitado, ya que el cónyuge no podía decidir sobre sus actos y solicitar el divorcio cuando quisiera. No obstante, esta limitación era jurídica, porque el derecho se veía restringido por una protección constitucional. La Constitución actual no protege al matrimonio, por lo que el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad se encuentra limitado en la actualidad por un divorcio regulado en ley de menor jerarquía. Bajo esta óptica, el divorcio contencioso vigente es inconstitucional. El objeto de este ensayo es determinar si existe tal inconstitucionalidad, y en caso de haberla, proponer una reforma al sistema.

El primer capítulo expone el sistema de divorcio y matrimonio actual en el Ecuador; el segundo, analiza el concepto del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la desprotección al matrimonio y la inconstitucionalidad del divorcio contencioso. Finalmente, el tercer capítulo plantea una solución al problema jurídico y plantea una propuesta de reforma, en base a la implementación de un divorcio sin causa por voluntad unilateral.

ABSTRACT

The institution of marriage was protected by prior Ecuadorian Constitutions. It would have been logical to maintain a rigid, contentious divorce, with a catalog of causes: the constitutional right to a free development of the personality was limited because the spouse could not decide upon her/his actions and request a divorce if wanted. This limitation was legal because the right was constitutionally restricted. On the other hand, the latest Ecuadorian Constitution does not protect marriage and therefore the constitutional right to the free development of the personality is limited by a law or lower rank. Under this light, current divorce must be unconstitutional. The purpose of this essay is to explore whether current divorce is unconstitutional, and if it be, to propose reforms to the system.

The first chapter analyzes the current divorce and marriage system in Ecuador; the second, looks at the concept of the right to a free development of the personality, the non- protection of marriage, and the unconstitutional character of current divorce. Finally, the third chapter proposes a solution to the judicial quandary by means of a reform which is characterized by the implementation of a causeless divorce by unilateral decision.

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. MATRIMONIO Y DIVORCIO, REALIDAD ECUATORIANA	4
1.1 Matrimonio.....	4
1.1.1 Características del matrimonio	4
1.1.2. Naturaleza Jurídica	7
1.1.3 Evolución del Matrimonio en el Ecuador.....	12
1.2 Disolución del vínculo matrimonial.....	18
1.2.1 Divorcio	18
1.2.1.1 Divorcio por mutuo consentimiento o consensual.....	19
1.2.1.2 Divorcio Contencioso	20
1.2.2 Contexto Histórico del Divorcio.....	24

CAPÍTULO II

2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A DERECHOS Y PRINCIPIOS.....	28
2.1 Libre Desarrollo de la Personalidad	29
2.1.1 Definición	29
2.1.2 Naturaleza jurídica del derecho	34
2.2 Protección de la familia en la Constitución, desprotección al matrimonio....	38
2.3 Sistema de divorcio ecuatoriano como limitante al derecho de libre desarrollo de la personalidad.....	49

CAPÍTULO III

3. DIVORCIO	57
-------------------	----

3.1 Tipos de Divorcio.....	57
3.1.1 El divorcio sin causa.....	62
3.1.2 Divorcio sin causa en otras legislaciones: España, México y Suecia.....	65
3.2 Validez de la implementación del divorcio sin causa bajo la Constitución ecuatoriana y bajo las nuevas perspectivas del derecho de familia.....	71
3.2.1 Lineamientos para reforma.....	78
3.2.2 Cónyuge Débil.....	80
4. Conclusiones.....	84
Bibliografía:	88

INTRODUCCIÓN

La promulgación de la actual Constitución en el año 2008, un instrumento neoconstitucional, supone la necesidad de varios cambios jurídicos, que recién están empezando a tomar forma en la normativa inferior. La existencia de una Constitución innovadora, no le disminuye su carácter de supremo, por lo que toda norma jurídica en el interior del Estado, debe ceñirse a ella, en fondo y forma.

El matrimonio se encontraba protegido por el artículo 37 de la anterior Constitución ecuatoriana; así, la vigencia de un sistema de divorcio contencioso por catálogo causal, era el producto directo de esa protección. Esa Constitución consideraba que el matrimonio era la raíz de la familia, la cual se encontraba también protegida bajo el mismo articulado. Era imposible concebir que un Estado que protegía al matrimonio como núcleo fundamental de la sociedad, instaurara un divorcio de carácter liberal a cambio de un sistema sanción. Como resultado de esta protección, el sistema de divorcio debía mantener carácter rígido, y que, el mejor sistema se estimaba que fuera uno contencioso de catálogo causal. Como resultado es que las causales de divorcio son vistas como actos ilícitos que tienen como fin último la búsqueda de un responsable de la ruptura matrimonial.

Por otro lado, el derecho de libre desarrollo de la personalidad se encuentra consagrado en el artículo 66 numeral 5 de la Constitución. Anteriormente, este derecho se encontraba limitado por un divorcio contencioso que tenía su fundamento en una protección constitucional al matrimonio, como ya se ha mencionado. Esta limitación era totalmente jurídica, en la argumentación que los derechos establecidos en la Constitución pueden ser limitados por esta, por referencia directa de esta a otra norma, por el derecho de terceros, por los derechos humanos, y, por el orden público del Estado. Sin embargo, la Constitución vigente ya no protege al matrimonio, sino más bien consagró sólo una protección a la familia. Por lo mismo, el derecho constitucional de libre desarrollo de la personalidad se encuentra ahora limitado por un tipo de divorcio contencioso regulado en una norma de carácter jerárquico inferior. En este sentido, el divorcio contencioso por causales es inconstitucional, porque limita un derecho consagrado en la Constitución actual sin razón o fuente.

Esta incompatibilidad del sistema de divorcio actual con la Constitución es el punto de partida de mi tesina, cuya trascendencia radica en el estudio de la violación al derecho de libre desarrollo de la personalidad. Este derecho ha sido aceptado a nivel mundial, incluso el Ecuador lo ratificó con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por lo que debe ser respetado en todo el aparato normativo del país.

Es recién a partir de la Segunda Guerra Mundial que los derechos humanos, fundamentales y constitucionales, empiezan a cobrar fuerza, por lo que no se encuentran totalmente delimitados, y se crean dificultades de aplicación.

En este trabajo pretendo investigar si de hecho existe tal inconstitucional y proponer un sistema de divorcio, que no atente contra la Norma Suprema. Considero que el divorcio sin causa por voluntad unilateral, es el óptimo como reemplazo al divorcio contencioso por catálogo causal vigente. Es más, sostengo que es el único apto para que mantenga armonía jurídica, sin alterar el principio de protección a la familia, consagrado en el mismo instrumento jurídico.

Para justificar la hipótesis planteada, el primer capítulo analiza el matrimonio, su concepto, regulación, caracteres, naturaleza jurídica, y evolución histórica. El matrimonio es la fuente del divorcio (tema de la tesina), por lo que es necesario su análisis. En base a la comprensión de cómo se forma el matrimonio, se entiende como termina. El propósito de este estudio es también analizar la perspectiva de los ecuatorianos respecto del matrimonio. Luego se explicará el divorcio, su concepto, efecto y evolución histórica. Lo que se busca con esto, es entender los divorcios vigentes en el Ecuador, específicamente el contencioso por causales.

El segundo capítulo estudia por un lado, el derecho de libre desarrollo de la personalidad y por otro, los efectos de la desprotección al matrimonio en la Constitución. Debido a que la jurisprudencia y doctrina local no han delimitado qué se entiende por libre desarrollo de la personalidad, el capítulo presenta este concepto basado en fuentes internacionales; además, hace un estudio sobre su naturaleza jurídica. Respecto del matrimonio, comenta sobre su desprotección y se analiza a la familia en cuanto a su concepto, evolución, y naturaleza jurídica. El capítulo concluye con un análisis de cómo el divorcio contencioso, por sus características, viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad; y como, conjuntamente con la desprotección al matrimonio hace imperativo reemplazar este sistema de divorcio por uno alternativo.

El objetivo del último capítulo es buscar una solución para la inconstitucionalidad del divorcio contencioso y a la vez demostrar la hipótesis. Por lo mismo, comienza presentando conceptos sobre todos los tipos de divorcios vigentes en las legislaciones. Esto demuestra la viabilidad de cada divorcio y los pros y contras de cada uno de ellos. Se concluye estableciendo que el divorcio sin causa por voluntad unilateral es el más adecuado para reemplazar el sistema de divorcio vigente. A continuación se realiza un estudio de legislación comparada que contempla el divorcio sin causa por voluntad unilateral, en países que lo tienen vigente como es el caso de México, Suecia, y España. Finalmente, se hace un estudio de la aplicabilidad de este divorcio en el Ecuador, en relación a su Constitución y a perspectivas del derecho de familia y se propone un modelo de reforma.

CAPÍTULO I

1. MATRIMONIO Y DIVORCIO, REALIDAD ECUATORIANA

El matrimonio es una institución jurídica de gran importancia para las personas debido a que muchas lo han celebrado, o lo harán en algún momento de su vida. Por lo mismo, su regulación jurídica afecta a un gran porcentaje de la población.

Por otro lado, el divorcio es una institución jurídica vigente en el país, cuyo efecto principal es la disolución del vínculo matrimonial, previamente establecido. Debido al incremento de parejas ecuatorianas, y de igual manera a nivel mundial, que recurren a la disolución de sus matrimonios mediante el divorcio, es imperativo este estudio.

1.1 Matrimonio

La institución del matrimonio data a épocas muy remotas, por lo mismo su regulación jurídica es también antiquísima. Marco Monroy Cabra, en su obra *Derecho de Familia y de Menores* cita al *Digesto*, que estipula que el matrimonio se define como: “[...] la sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, por mutuo socorro, a llevar el peso de la vida, y para compartir su común destino.”¹ El concepto de matrimonio, ha variado en el transcurso del tiempo, de forma simultánea con la evolución del derecho de familia.

La legislación ecuatoriana define al matrimonio en el artículo 81 del Código Civil, dentro del Libro III: De las personas, como: “[...] un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.” Se torna necesario entonces precisar que en el Ecuador el matrimonio es aquella unión que proviene del consenso de voluntades (mediante acto jurídico) entre personas de distinto sexo, con unas obligaciones predeterminadas por la normativa.²

1.1.1 Características del matrimonio

De conformidad con el articulado presentado, Luis Parraguez en su obra *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*, estipula que los caracteres fundamentales del matrimonio son los siguientes: contrato, solemnidades, y objetivos claros.

¹ Marco Gerardo Monroy Cabra. *Derecho de Familia y de Menores*. 7ima ed. Bogotá- Colombia: Ediciones Librería Profesional, 2001. pág 217.

² Lo mencionado se encuentra acorde al Artículo 67 de la Constitución del Ecuador que plantea: “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contratantes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”

En primer lugar, como en cualquier negocio jurídico bilateral que genera obligaciones recíprocas para las partes, el matrimonio es un contrato porque su existencia depende del consenso de voluntades. No obstante, esta terminología se ha visto altamente criticada ya que si bien la voluntad de los contrayentes es fundamental para la formación del vínculo matrimonial, las relaciones jurídicas que nacen del acto se encuentran regidas por la normativa. Por ende, las partes, y la autonomía de su voluntad, no pueden alterar la esfera de desenvolvimiento del matrimonio (derechos y obligaciones); es decir, no tienen ningún rol en sus efectos.³ Por otro lado, es discutible su carácter contractual, porque no se aplican las reglas patrimoniales del contrato, aunque sea un acuerdo de voluntades con eficacia jurídica. En base a eso, es posible estipular que no se trata de un contrato, pero sí de un negocio jurídico.

La segunda característica, es la solemnidad del matrimonio. Se considera como tal ya que es eficaz una vez que ha cumplido con las formalidades necesarias impuestas por la normativa. Finalmente, y de acuerdo con el articulado, los fines últimos del matrimonio son la convivencia, auxilio y procreación.⁴

Guillermo Borda en su obra *Manual de Derecho de Familia*, incluye otros caracteres de la misma institución, y esboza que estos son: la unión de hombre y mujer en igualdad de condiciones; unión permanente en el sentido de que no es un contrato que busca o quiere su terminación, sino que en caso de no existir un divorcio se terminará el vínculo matrimonial tan solo con la muerte; monogámico; y finalmente, legal, ya que se debe de haber celebrado bajo autoridad competente, amparado por la normativa vigente.⁵

Ya se mencionó que a *prima facie*, de acuerdo a lo que estipula el Código Civil, el matrimonio es un contrato. Se le da este carácter a partir de la Revolución Francesa, con el fin principal de incluirlo dentro de las relaciones jurídicas civiles, sacarlo de la jurisdicción eclesiástica (institución que había mantenido el monopolio del matrimonio) y con la intención de que pueda darse por terminado como cualquier contrato civil (rescisión, resciliación, y por resolución). La Revolución elimina así el sentido de indisoluble que le había sido otorgado hasta aquel momento por la Iglesia.

³ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Tomo II. 7ma ed. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. pág. 185 -186.

⁴ *Ibíd*em, pág. 186.

⁵ Guillermo Borda. *Manual de Derecho de Familia*. 9ena ed. Buenos Aires –Argentina: Editorial Perrot, 1984. págs. 33-34.

Como ya se indicó, la terminología de ‘contrato’ ha sido criticada; por lo mismo, cuando se hace referencia al matrimonio se debe distinguir entre dos partes de este: matrimonio–fuente o matrimonio-acto, y matrimonio-estado. “Matrimonio- fuente es, pues, el acto por el cual la unión se contrae, y matrimonio-estado es la situación jurídica que para los cónyuges deriva del acto de celebración.”⁶

Esta distinción se forja con el fin de separar el acto jurídico constituyente que forma el matrimonio, en donde es necesario el consentimiento personalísimo y libre de vicios de las partes, como en todos aquellos negocios jurídicos donde la autonomía de la voluntad juega un rol vital, de, las relaciones jurídicas que se forman a partir del acto, las cuales se encuentran sujetas a la norma, en atención a un interés social.⁷ Es del matrimonio- estado que nace el estado de familia, que será presentado posteriormente en la tesina. La doctrina se ha expresado en relación a esta diferenciación:

[...] si bien la voluntad de los contrayentes tiene una función inicial determinante porque es fundamental para su existencia y validez, pierde incidencia después de la celebración ya que los efectos del matrimonio se encuentran rígidamente regulados por la ley de tal suerte que los contrayentes tienen muy pocas posibilidades de alterarlos.⁸

Por otro lado, en cuanto a los fines del matrimonio, es decir el propósito o razón de existir del matrimonio, la doctrina ha desarrollado el tema y ha concluido que los objetivos finales de este son: “[...] la comunidad de vida (vivir juntos), mutua asistencia física y espiritual, procreación (que comprende la satisfacción de las necesidades sexuales), crianza y educación de la prole.”⁹ De cierto modo son los mismos que ya expone el artículo 81 del Código Civil, pero la doctrina los desarrolla de manera más extensa y explícita.

Si bien la mayoría de las doctrinas han acordado con los fines mencionados anteriormente, en la actualidad, se puede decir que estos fines han sido modificados por las connotaciones, y clases que ha adquirido el matrimonio, y por la evolución y fuerza que han tomado los derechos individuales. Por ejemplo, en el Ecuador, el caso de mayor trascendencia sería el de los matrimonios en donde uno de los cónyuges se encuentra

⁶ Augusto Cesar Belluscio. *Manual de Derecho De Familia*. Tomo I. 4ta edición. Buenos Aires- Argentina: Ediciones Depalma, 1986. pág. 141.

⁷ Eduardo A Zannoni. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. Tomo I. 5ta ed. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. pág. 183.

⁸ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Tomo II. 7ima ed. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. pág. 185.

⁹ Marco Gerardo Monroy Cabra. *Derecho de Familia y de Menores*. 7ima ed. Bogotá- Colombia: Ediciones Librería Profesional, 2001. pág. 217.

viviendo en el extranjero (fenómeno muy común debido al alto índice de migración) donde es muy complicado un auxilio real, y menos aún una convivencia. También ha cambiado la perspectiva de la procreación como fin del matrimonio. Ahora esta no se considera de carácter obligatoria, puesto que se ha ponderado el derecho individual de la persona a decidir cuántos hijos desea tener, por sobre la procreación de la familia. Esto se encuentra establecido por la Constitución en su artículo 66 numeral 10 que plantea: “[e]l derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántos hijos e hijas tener.” Por lo tanto, se puede estipular que los fines del matrimonio no son de carácter constante, sino que por el contrario se ven modificados por las necesidades y tendencias de la sociedad.

Al igual que cualquier negocio jurídico, en el matrimonio existen requisitos de existencia y validez. Una vez que se han estudiado los caracteres del matrimonio, es necesario el siguiente análisis:

[1] la doctrina jurídica, puesto que no hay texto legal al respecto, plantea como requisitos de existencia del matrimonio los siguientes: 1) diferencia de sexo de los contrayentes, 2) expresión del consentimiento, 3) celebración ante un funcionario autorizado. Sus requisitos de validez, estos sí contenidos en la ley, son: 1) que el consentimiento sea libre y espontáneo, 2) que los contrayentes sean capaces, 3) cumplimiento de las solemnidades legales esenciales.¹⁰

Si llegase a faltar alguno de los requisitos de existencia, el efecto será la inexistencia del vínculo matrimonial, mientras que en el caso de los requisitos de validez su efecto será la nulidad declarada por la autoridad competente.

1.1.2. Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica de una institución se analiza en virtud de las reglas jurídicas aplicables a esta; no obstante, no se ha llegado a un consenso en lo que se refiere a la misma, en lo que respecta del matrimonio. Las divergencias de tesis se dan, generalmente, debido a que la doctrina no ha sabido diferenciar al matrimonio- estado del matrimonio-fuente o acto (acto de celebración). Por lo mismo, se anotarán las principales teorías existentes.

En primer lugar, está la tesis denominada *Concepción Contractual Canónica* la cual plantea que:

¹⁰ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Tomo II. 7ma ed. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. págs. 190 -191.

[e]l mismo contrato es el sacramento [...] y el mismo sacramento es el contrato, sin que pueda decirse que el sacramento se compone, como de elementos o partes integrantes, del contrato natural y de la bendición del sacerdote. Por consiguiente, tratándose de matrimonio entre cristianos, si no hay contrato válido no hay sacramento; y si no hay sacramento no hay contrato. Ni la voluntad de los contrayentes ni ninguna autoridad humana puede disociar una cosa de la otra.¹¹

Podría decirse que esta tesis propone, en primer lugar, que el contrato y el sacramento, existen en un mismo momento, siendo por lo tanto inseparables. El perfeccionamiento se da con el consentimiento¹² de las partes (obviamente ante una autoridad religiosa) y es por ello que es un contrato. Lo mencionado se encuentra establecido en el canon 1057 del Código de Derecho Canónico que plantea: “§1. [e]l matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir.” Además, el mismo articulado le da su carácter de indisoluble.

Además, esta tesis plantea que: “[...] luego de la celebración del matrimonio, los deberes y derechos que apuntan a la satisfacción de los fines de la unión conyugal, no están librados a la voluntad o a la autonomía privada como en un contrato civil cualquiera.”¹³ Por lo mismo, se equipara al matrimonio-estado, al plantear que las obligaciones de los cónyuges se encuentran establecidas un Estado religioso o un ser supremo, y no por la voluntad de las partes.

En segundo lugar, coexiste la *Concepción Contractual*, la cual trae a colación como elemento fundamental la voluntad libre de los contrayentes. Esta tesis es la máxima expresión de la Revolución Francesa y de su Constitución, puesto que plantea que el matrimonio es un mero contrato, que busca una secularización de la institución religiosa y a su vez desea dar protección a la individualidad y autonomía del ser humano. Bajo esta concepción se instaura el divorcio, porque, al igual que cualquier contrato, es posible su terminación basada en el rol del consentimiento que fue dado para su nacimiento.

Esta tesis clásica y tradicional, predominante durante el siglo XIX, plantea que:

[...] debe tenerse en cuenta que la institucionalización de la unión intersexual [...] que llamamos matrimonio, se logra a través de un acto jurídico, es decir, un acto volunta-

¹¹ Miguélez Domínguez, citado en, Eduardo A Zannoni. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. Tomo I. 5ta ed. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. pág. 190.

¹² Código de Derecho Canónico, canon 1057, §2: “El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio.”

¹³ Gustavo A Bossert, y Zannoni, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 2nda ed. Buenos Aires –Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989. pág. 56.

rio, lícito, que tiene por fin inmediato establecer las relaciones jurídicas conyugales [...] el matrimonio es un acto libre y personalísimo de los contrayentes ya que el consentimiento de ambos asume existencia del acto.¹⁴

Se considera correcto el planteamiento de esta tesis, en cuanto que el vínculo matrimonial se forma mediante la voluntad libre de las partes. Esta teoría fue muy criticada porque deja de por lado el matrimonio-estado, que se refiere precisamente a las relaciones jurídicas instituidas a partir del acto, en donde los derechos y obligaciones se encuentran regidos por la norma, y son independientes de los cónyuges (en el sentido que ellos no pueden alterar los derechos y obligaciones provenientes del matrimonio).

No obstante, contradiciendo a lo mencionado previamente esta tesis insinúa que:

[s]e considera que el matrimonio, como acto jurídico, responde a la libre voluntad [...], pero a la vez, la libre voluntad trasciende a la relación jurídica matrimonial, considerando también que esta relación jurídica está gobernada o debería estarlo en la mayor medida posible, por la autonomía de la voluntad que, entonces les permite a los cónyuges, si fracasan en su unión, rescindirla o disolverla, de mismo modo que pueden las partes de un contrato rescindirlo o revocarlo de acuerdo a la normas generales.¹⁵

Finalmente, esta visión *Contractual* se vio de cierto modo alterada por la *Concepción Civil Moderna* (doctrina con la misma tendencia pero de carácter más contemporáneo) que plantea que la voluntad y la autonomía de las personas siguen siendo primordiales para la existencia del matrimonio; sin embargo, esto no quita el hecho de que posteriormente las relaciones nacidas de este, se encuentren sujetas a una disciplina normativa. En base aquellos argumentos lo denominan como un ‘contrato de derecho familiar’.¹⁶

En contraposición a la *Concepción Contractual* nace la teoría o tesis del matrimonio como *Institución*.

Esta tesis no presenta el matrimonio como acto jurídico, sino como estado de familia y sostiene por lo tanto que si bien el matrimonio en su forma es un acto contractual, en el fondo es un acto de institución, por cuanto funda una familia que exterioriza su realidad independientemente de sus componentes. Es decir, el estatuto de los casados está por encima de los intereses particulares de los contrayentes.¹⁷

¹⁴ Gustavo A Bossert, y Zannoni, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 2nda ed. Buenos Aires –Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989. págs. 52-53.

¹⁵ *Ibídem*, pág. 57.

¹⁶ Eduardo A Zannoni. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. 5ta ed. Tomo I. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. pág. 193.

¹⁷ Hernán Gómez de Piedrahita. *Derecho De Familia*. Bogotá - Colombia: Editorial Temis, 1992. pág. 70.

Según la literatura, en un inicio esta tesis fue presentada por La Breda, pero desarrollada en su totalidad por Maurice Hariou. Básicamente planteaba que el matrimonio es el gatillo en la formación de la familia. Debido a que la familia se encontraba protegida por norma y por su importancia e interés social, se debía dejar en consideración de los legisladores, el marco donde se desenvuelva el matrimonio y más que ello, las relaciones jurídicas provenientes de este. Presentan como argumento principal y al mismo tiempo critican el hecho de que:

[...] el matrimonio no pertenece al orden jurídico de los contratos, porque no se permite a los contrayentes estipular libremente todo cuanto deseen, y por lo tanto habría que establecer, si ello fuese posible, tantas excepciones a los principios generales de los contratos, que a la larga quedarían sin ninguno de los principios que orientan a las convenciones contractuales.¹⁸

La teoría del matrimonio como *Institución* concluye que, los cónyuges entregan en cierta medida autonomía y voluntad, y en general su desarrollo y fines propios, a una institución que se encuentra previamente delimitada bajo un régimen legal determinado y es superior a ellos mismos, la institución familiar.

Siendo ambas tesis ya presentadas las más trascendentales de la historia, aparece a partir de ellas, la *Concepción Mixta*, que es un intento de fusionar las dos teorías anteriores. Son seguidores de esta tesis Rouast, Planiol y Ripert y Julliot de la Morandière. La razón para la creación de una teoría intermedia es precisamente que:

[I]a teoría contractual pone el acento en el consentimiento de las partes expresado en el acto de celebración; la institucional, por el contrario, en la inderogabilidad por las partes del régimen legal a que quedan sometidas como consecuencia de ese acto, del complejo de derechos y deberes de los cuales no pueden apartarse. Fácil es advertir que su contraposición es en cierta medida falsa, ya que la primera tiene en vista primordialmente el matrimonio-acto, y la segunda matrimonio-estado.¹⁹

En base aquella argumentación, que realiza una contra crítica a las tesis anteriores, la *Concepción Mixta* define que el matrimonio es un contrato, puesto que para su perfeccionamiento se necesitan de voluntades libres y soberanas; mientras que posteriormente, este vínculo jurídico se verá subordinado a la ley en cuanto a los efectos jurídicos y obligaciones de las partes.

¹⁸ Hernán Gómez de Piedrahita. *Derecho De Familia*. Bogotá - Colombia: Editorial Temis, 1992. págs. 69-70.

¹⁹ Augusto Cesar Belluscio. *Manual de Derecho De Familia*. Tomo I. 4ta edición. Buenos Aires-Argentina: Ediciones Depalma, 1986. pág. 147.

En este punto es necesario considerar las teorías más modernas de la naturaleza jurídica del matrimonio, no obstante, han tenido menos seguidores en lo que respecta.

Por la teoría del *Acto Jurídico Familiar* se entiende que el matrimonio es un acto jurídico en el cual es vital la concurrencia de la voluntades de las partes para su existencia y validez, que tiene como objetivo primordial la creación de relaciones jurídicas de familia, las mismas que nacen de un acto administrativo (por lo mismo hay potestad estatal) y sus consecuencias se encuentran regladas por el derecho objetivo.²⁰ Para esta teoría los actos jurídicos son familiares, estos pueden ser definidos como: “[...] manifestaciones de voluntad unilateral o plurilateral que tienen por objeto crear situaciones jurídicas permanentes en relación con el estado civil de las personas.”²¹ Pero, más que nada son actos jurídicos que transfieren o ceden derechos para que sean reglados por la norma. Esta tesis se encarga de resaltar que la familia tiene un valor trascendental como núcleo de la sociedad, por lo que sus relaciones y actos tienen que estar sometidas a legislación. Son seguidores de esta tesis Puig Brutau, Zannoni, Díaz de Guijarro, Borda, Mazeaud, entre otros.

Las mayores innovaciones que se encuentra en esta tesis es definir a los actos jurídicos como familiares, e incluir como requisito que las voluntades de los contrayentes se realicen ante un funcionario competente, quien a su vez perfeccionara el vínculo jurídico. A pesar de considerarse lo último de carácter muy relevante, se cree que las anteriores teorías no lo mencionaron debido que ya lo presuponían y daban por sentado. El carácter de solemne presupone que se realice ante un funcionario público.

Como último caso, se encuentra la teoría *Acto Jurídico del Poder Estatal* que muchos han denominado como la del *Acto Complejo*. Esta tesis plantea que el matrimonio:

[...] se trataría de la intervención formal y sustancial del oficial público encargado del Registro Civil, ante el cual los contrayentes deben manifestar su consentimiento. Ello “hizo decir a Cicu que lo que constituye el vínculo matrimonial, no es el consentimiento de los contrayentes, sino el pronunciamiento del oficial público: “la voluntad concordante de los esposos- dice- no es más que la condición para el pronunciamiento: éste y solo este es constitutivo del matrimonio”.²²

²⁰ Eduardo A Zannoni. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. 5ta ed. Tomo I. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. pág. 197.

²¹ Nidia del Carmen Gallegos Pérez. *La teoría del hecho y acto jurídico aplicada al derecho familiar*. Tabasco- México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2006. pág. 120-121. En línea. http://books.google.com.ec/books?id=dDa395de3ReC&pg=PA18&dq=acto+jur%C3%ADdico+familiar&hl=es&ei=yMauTszNIsiqgwecp_SpCA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false

²² Eduardo A Zannoni. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. Tomo I. 5ta ed. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. págs. 193- 194.

Es decir, plantea que es necesaria la concurrencia de tres voluntades distintas para la celebración del matrimonio; la de los futuros cónyuges y la de la autoridad para su perfeccionamiento.²³ Esta tesis expresa de forma similar lo mencionado ya por la teoría del *Acto Jurídico Familiar*, con la única diferencia que esta última da un rol vital al funcionario, incluso incluyéndolo como otra parte. Esto se incluye en esta tesis con el objetivo de recalcar la importancia que tiene el Estado dentro del matrimonio.

Una vez planteadas las disquisiciones doctrinarias respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio, he decidido optar por la visión de Luis Parraguez Ruiz en su obra *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia* cuando estipula respecto del matrimonio: “[...] que una correcta definición de su naturaleza debe reconocer, como principio generador, un acto jurídico sui generis, y como principio de permanencia el marco de legalidad que le da carácter institucional.”²⁴

Basándose en lo anteriormente analizado, solo se puede concluir que el matrimonio se encuentra compuesto por dos partes distintas. Para comenzar, es un contrato por excelencia, ya que para su existencia se necesita de un consenso de dos voluntades, es decir que hay un acto jurídico constituyente. Como se mencionó en un inicio, si bien no es necesariamente un contrato, obviamente es un negocio jurídico bilateral. En esto, yo me encuentro en favor de lo planteado por la *Concepción Contractual* y de sus seguidores tales como Gangi y Barbero. Considero aún así que de este acto, acto voluntario, nacen a su vez relaciones jurídicas regidas por la disciplina de la normativa. En esta disciplina normativa, la voluntad de los contrayentes ya no es relevante, por cuanto se miran prioritariamente los intereses protegidos por el Estado y por el orden público.²⁵ Por lo mismo, los deberes y obligaciones de los cónyuges se encuentran reglados por la norma.

1.1.3 Evolución del Matrimonio en el Ecuador

El derecho debe adecuarse a la forma en que las sociedades evolucionan, por lo mismo, lo que busca, es reglar la conducta de los ciudadanos en una época actual. Por

²³ Hernán Gómez de Piedrahita. *Derecho De Familia*. Bogotá - Colombia: Editorial Temis, 1992. págs. 69-72.

²⁴ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Tomo II. 7ma ed. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. pág. 186.

²⁵ Eduardo A Zannoni. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. Tomo I. 5ta ed. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. págs. 183-185.

otro lado, el matrimonio como institución, jurídica y no jurídica, ha ido evolucionando de distinta manera y el Ecuador en la actualidad, debería adecuarse a los cambios a los que están expuestos los ciudadanos. Es por esta razón, que al presente, el derecho se ha ajustado y se aceptan (dependiendo la legislación) las uniones de hecho del mismo sexo (o, su matrimonio), cambios de sexo y transgénicos, adopción por parejas homosexuales, entre otros. Todos obviamente relacionados con el tema de tesina: el derecho de familia.

El matrimonio nace como una institución social. Inicialmente las distintas religiones manejaban su regulación y la esfera en la que se desenvolvía su modo de existencia. A medida que evolucionaba la sociedad el matrimonio emerge como una institución económica, que tenía como fin principal la reproducción y defensa de intereses familiares. En los inicios de Roma, tenía aquel carácter, pero eran las costumbres y tradiciones que lo definían y hacían existente y válido frente a terceros.

Posteriormente, en la misma Roma (Época Clásica), fue concebido como una institución estatal, donde el Estado poseía competencia sobre su creación y regulación. En esta época existían, a diferencia de la actualidad, varios tipos de matrimonio (pero el que más se equipara al matrimonio ecuatoriano regulado en el Código Civil es el *iustae nuptiae*, es decir el matrimonio entre dos ciudadanos con capacidad legal) debido a que los habitantes poseían distintas calidades jurídicas en cuanto a su capacidad legal.²⁶ En general, el matrimonio en Roma se trataba de: “[...] una institución social con relevancia jurídica que consiste en una permanente situación, en un *status*, de convivencia de dos personas de sexo distinto con la voluntad de ser marido y mujer (*affectio maritalis*) y constituyentes de una sociedad doméstica.”²⁷

El matrimonio en Roma se tiñe de una profunda concepción humanitaria. Surge la célebre definición de MODESTINO: “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, difini et humani iuris communicatio*”. La jerarquización del matrimonio romano se percibe nítidamente con la elevación jurídica de la *affectio maritalis*; un sentimiento que se incorpora vívidamente a los romanos, y que debía ser continuo y duradero para entender existente el vínculo matrimonial. Vale decir que la *affectio* se tradujo en un requisito esencial del matrimonio-estado y, en consecuencia, en un elemento intencional y sustancialmente ético. [...] De lo dicho bien se observa que el mantenimiento de

²⁶ Hernán Gómez de Piedrahita. *Derecho De Familia*. Bogotá - Colombia: Editorial Temis, 1992. pág. 61-62.

²⁷ Alfredo Di Pietro. *Manual de Derecho Romano*. 4ta ed. Buenos Aires- Argentina: Ediciones Depalama, 1995. pág. 368.

la asociación conyugal no se consideró producto de un imperativo legal, sino del libre y espontáneo sentimiento de los esposos.²⁸

Hasta entrada la Edad Media, el matrimonio continuó manteniendo este carácter, cuando en el reinado de Carlomagno en el siglo IX, la Iglesia Católica gana influencia y se convierte en el ente controlador y regulador de todo el derecho de familia.²⁹ Si bien el descubrimiento de América se da a la luz del Renacimiento, no se cambió esta tendencia en Europa, por lo que la misma se vio implementada en las colonias.

Hasta el año 1889, en base a la influencia de España en el Ecuador, el Código Civil ecuatoriano estipulaba que el derecho canónico era el regulador sobre materia de familia y por lo mismo, eran sus autoridades las únicas competentes para la celebración del matrimonio y para la verificación de su existencia o validez. Es más, apenas en el año 1873, se realiza un avance, y los no católicos pudieron contraer matrimonio, aún así, rigiéndose por leyes civiles y derecho canónico.³⁰

Con la Revolución Liberal en el poder en el Ecuador, la institución del matrimonio se vuelve laica, siendo el Estado el único competente para su regulación y esfera de desenvolvimiento. Sin embargo, es posible todavía encontrar influencia de la Iglesia Católica en su regulación. Posteriormente, uno de los últimos y mayores cambios jurídicos que se dan respecto del matrimonio (recién a mediados de siglo XX), es el establecimiento de la igualdad de cónyuges respecto a derechos y obligaciones.³¹ De esta igualdad surgen cambios en el Código Civil, que nivelan la situación de equidad entre los esposos, en casos como domicilio, igualdad de derecho sobre los bienes de la sociedad conyugal, deudas etc., que se dan a partir de 1982 como resultado de la ratificación de Convención sobre la Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer.³²

Finalmente, el cambio jurídico más relevante, para efectos de esta tesina, es precisamente la transición de la protección al matrimonio y la familia, en la Constitución de

²⁸ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág. 49-50.

²⁹ Hernán Gómez de Piedrahita. *Derecho De Familia*. Bogotá - Colombia: Editorial Temis, 1992. pág. 61-62.

³⁰ Juan Larrea Holguín. *Manuel Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. 5ta edición. Quito- Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998. pág. 160.

³¹ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Tomo II. 7ma ed. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. pág. 188.

³² Farith Simon. "Familia: apreciaciones desde el derecho". *Familia y Políticas Sociales*. Rafael Urriola. Quito-Ecuador: ILDIS-UNICEF, 1995. pág. 35

1998, a sólo una protección a la familia en la Constitución actual (Montecristi, 2008).

Esta, en su artículo 67 plantea:

[s]e 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.

En contraste, la Constitución ecuatoriana de 1998 en su artículo 37 estipulaba:

[e]l 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.

Al comparar ambos artículos se puede notar que se da un cambio radical, deja de ser el matrimonio el protegido aunque se sigue reconociendo a la familia como el único y principal núcleo de la sociedad. Los posibles efectos de este cambio serán tratados posteriormente en la tesina, tanto como el cambio de perspectiva respecto de la familia.

Habiendo esbozado brevemente un bosquejo histórico del tema del matrimonio en el Ecuador, y en congruencia con lo mencionado al inicio, en cuanto a la necesidad de que el derecho se adapte y regule a la sociedad a la que preside es de vital relevancia mostrar los cambios sufridos en el pensamiento de los ciudadanos ecuatorianos con respecto a la institución del matrimonio.

Generalmente el Ecuador se ha caracterizado por ser una sociedad altamente católica, también es cierto que el Estado se proclamó como laico³³ y que la Iglesia ha perdido seguidores. Desde la creación del Estado como República, hasta probablemente mediados del siglo XX los ciudadanos ecuatorianos (en su mayoría puesto que no se puede generalizar), según el tratadista Juan Larrea Holguín, opinaban respecto del matrimonio:

[...] los creyentes, además, a la luz de la revelación sostenemos con toda firmeza cual es el fundamento de ese carácter sagrado. Primeramente, la finalidad primordial del matrimonio, la procreación, es una participación en la obra divina de la creación según los planes de Dios que crea las almas. Por otra parte, es esencial en el matrimonio en el derecho recíproco de los cónyuges sobre el cuerpo del otro en orden a la procreación, y el

³³ Artículo 1 Constitución del Ecuador: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”

cuerpo del hombre, para el cristiano es algo santo. Sagrado es por lo tanto el vínculo que da ese derecho y conforme al pensamiento de Dios el uso del poder procreador.³⁴

Por las razones descritas anteriormente, se mantuvo la visión católica contractual del matrimonio. Es interesante mencionar que de acuerdo a este enfoque, el fin principal del matrimonio es la procreación, y por lo mismo, la formación de la familia. Es por ello que la familia y específicamente el matrimonio, se encontraba protegido constitucionalmente hasta el año 2008, por cuanto se lo consideraba como un núcleo social que debía ser protegido en interés posterior de la familia.

Si bien el matrimonio fue sacado de la esfera de competencia de la Iglesia para ser trasladado hacia la del Estado, Juan Larrea Holguín, continuaba alegando que:

[...] es pues necesario admitir que el matrimonio está regulado por el Derecho Natural, que es una institución de Derecho Natural, no una invención arbitraria de un legislador humano. Por eso el matrimonio tiene cualidades esenciales inmutables, y unos fines igualmente invariables... Evidentemente solo el matrimonio unitario –entre un solo hombre y una sola mujer- e indisoluble –por toda la vida-, es el dispuesto por la naturaleza del mismo hombre para satisfacer perfectamente los fines intrínsecos del mismo matrimonio: procreación, educación, ayuda mutua.³⁵

En otras palabras, el matrimonio seguía siendo una institución indisoluble (aún a pesar de la posibilidad legal de darlo por terminado mediante divorcio) en donde el fin primordial era la perduración de la especie.

En contraposición al punto de vista anterior, existían posiciones que estipulaban que el Estado debe ser laico: “[l]a ley no debe estar hecha ni para los católicos ni para los no católicos, y es por ello que la absoluta separación entre las cosas de la religión y las cosas del estado, viene a ser la única garantía para la realización de unos y otros.”³⁶ Solo con la separación del Estado y la Iglesia, se entrega a los ciudadanos órganos jurídicos competentes, encargados de velar por sus derechos y garantías, en lo referente al derecho de familia.

La visión del matrimonio continúa cambiando, actualmente está entrando de lleno en un proceso de revolución. Es obvio que ha disminuido la influencia de la Iglesia pero lo importante es el cambio hacia una protección del interés del individuo. Esto comienza por el hecho de que los derechos humanos cobran mayor fuerza y particularmente, se

³⁴ Juan Larrea Holguín. *Manuel Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. 5ta edición. Quito- Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998. pág. 158.

³⁵ *Ibidem*, págs. 156-157.

³⁶ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. 7ma ed. Tomo II. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. pág. 282.

empieza a considerar al ser humano como la piedra angular de la sociedad, puesto que sin su existencia sería imposible la perduración de la especie. En la actualidad hay un cambio extraordinario en la forma de concebir a la pareja. Según Luis Parraguez nace una visión liberal respecto del humano que plantea:

[c]on flujos y reflujos, la libertad de conciencia se ha incorporado al patrimonio axiológico del hombre contemporáneo; y con la salvedad de algunos lamentable extremos fundamentalistas, existe un esfuerzo universal para que la tolerancia sea el signo rector de un sistema de relaciones donde todos los hombres, liberados por el ejercicio de la razón, aprendan a convivir en el respeto del pensamiento ajeno.³⁷

Es decir, las tendencias de carácter más moderno, defienden la tolerancia con respecto a que cada individuo realice lo que desea; es decir básicamente la *individualidad* de la persona, y por lo mismo, es más importante el cónyuge dentro del matrimonio, que el matrimonio *per se*. A pesar de las tendencias modernas, podría decirse que en el Ecuador todavía hay ‘señales’ de proteccionismo estatal como por ejemplo: no toros, no casinos, ley de educación, etc.

En base a estos argumentos anteriores, ha cambiado la visión del matrimonio y ha dejado de tener en primer lugar, como fin último, la procreación. Mauricio Luis Mizhari plantea que la visión del matrimonio en el postmodernismo se caracteriza por:

[v]erificarse en la vida social un autónomo y particular desarrollo de la sexualidad; se gesta una disociación de la reproducción, en tanto aquella no jugará exclusivamente en función de esta. Asimismo, adquiere un matriz relevante la naturaleza recíproca de nexo sexual, en cuanto que ambos esposos darán y recibirán de manera bilateral y mutua.³⁸

Una realidad vivida de lo expuesto anteriormente es la aprobación en muchas legislaciones mundiales del matrimonio homosexual. Posiblemente en la actualidad debe entenderse al matrimonio y a la familia como un medio para el desarrollo individual. En segundo lugar, y lo que es más importante, hay más protección al individuo *per se*, que al matrimonio; los intereses del individuo se encuentran por encima del matrimonio. Son tan importantes los derechos individuales que la familia actual está para servir los fines últimos de los miembros que la componen (que será tema posterior en la tesina). Finalmente, actualmente los cónyuges son seres independientes y como ya se mencionó anteriormente, iguales en derechos y obligaciones. Según el artículo 67 de la Constitución vigente: “[e]l matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre

³⁷ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. 7ma ed. Tomo II. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. págs. 282-283.

³⁸ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág 75.

consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”

1.2 Disolución del vínculo matrimonial

En el Ecuador el matrimonio se disuelve o termina por muerte, sentencia ejecutoriada de nulidad, sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva (muerte pre-sunta) y sentencia ejecutoriada de divorcio como se estipula en el artículo 105 del Código Civil. Respecto de la disolución del vínculo matrimonial, Eduardo Zannoni aclara que: “[l]a disolución del matrimonio importa la extinción de la *relación jurídica matrimonial* y, por ende, de su *contenido*. Esto quiere decir que la mentada disolución no opera en referencia a la estructura del acto jurídico como tal.”³⁹

Para efectos de la tesina, tan sólo interesa hacer un análisis de la disolución del matrimonio por divorcio, donde la terminación del vínculo matrimonial se da cuando no ha cumplido los fines del matrimonio o las respectivas obligaciones⁴⁰.

1.2.1 Divorcio

La tesina ha tratado ampliamente el tema del matrimonio, a pesar de que su propósito es enfocar el divorcio, por cuanto sólo puede haber el mismo cuando ha existido anteriormente un vínculo jurídico matrimonial. Eduardo Zannoni define el divorcio como la: “disolución del vínculo matrimonial mediante sentencia judicial.”⁴¹ Es la disolución del vínculo matrimonial entre dos cónyuges vivos, mediante sentencia.

Aún cuando pueda considerarse repetitivo, el efecto principal del divorcio en el Ecuador (más no el único), es la disolución del vínculo matrimonial lo que implica dejar en aptitud a la persona para volver a casarse. Para efectos de la tesina, se hablará de divorcio, refiriéndose obviamente tan sólo al divorcio vincular, del cual se refiere la definición anteriormente estipulada. Según Parraguez: “[p]or divorcio vincular o perfecto se entiende [...] aquella modalidad que extingue el vínculo matrimonial habilitando a

³⁹ Eduardo A Zannoni. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. Tomo II. 5ta ed. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. pág. 1.

⁴⁰ Julio J López De Carril. *Derecho De Familia*. Buenos Aires- Argentina: Abelardo Perrot, 1984. pág. 305.

⁴¹ Eduardo A Zannoni. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. Tomo II. 5ta ed. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. pág. 9.

los ex cónyuges para contraer nuevas nupcias.”⁴² En el caso del Ecuador existen tan solo dos tipos de divorcio vincular, por mutuo consentimiento y contencioso.

1.2.1.1 Divorcio por mutuo consentimiento o consensual

Por un lado, está el divorcio consensual o de mutuo consentimiento, el cual se encuentra estipulado en el artículo 107 del Código Civil, el mismo que plantea:

[...] por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges...

Entiéndase a este divorcio como un acuerdo de voluntades entre los cónyuges para dar por terminado el matrimonio. En el caso en particular, las causas le son indiferentes al derecho y no tienen que expresarse ante la autoridad, aunque el vínculo se disuelva por decisión judicial.

Este tipo de divorcio fue implementado por primera vez en Francia, a raíz de la Revolución (1789) y bajo la que en aquella época era la nueva *Concepción Contractual* (véase página 8), la cual había sido definida recientemente. Como el matrimonio comienza a ser un contrato, en aquella época, jurídicamente era posible su terminación mediante resciliación o mutuo disenso. El enfoque de los franceses era enteramente contractual. El matrimonio era un negocio jurídico que creaba, y modificaba obligaciones. Bajo este precepto, podía disolverse en base al consentimiento entregado para su formación: el divorcio era un acto jurídico. Actualmente es errónea esta visión, ya que las partes no deciden sobre los derechos y obligaciones que nacen del acto del matrimonio sino la ley, además que la extinción del vínculo y de las obligaciones no se da en base al consentimiento de las partes sino mediante resolución judicial.

Avanzando en el tema, en cuanto al procedimiento, cabe mencionar que este tipo de divorcio puede realizarse actualmente en el Ecuador ante un juez competente o ante notario. El divorcio ante notario, creemos que se trata de un proceso de jurisdicción voluntaria, ya que las partes buscan el mismo fin, el de lograr la disolución del vínculo matrimonial. Según Hernando Devis Echandía, la jurisdicción voluntaria “se ejercita a solicitud de una o más personas que necesitan darle legalidad a una actuación o precisión a un derecho, sin que exista desacuerdo al hacer tal solicitud; es decir que se ejerci-

⁴² Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. 7ma ed. Tomo II. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. pág. 284.

ta *inter volentes o provolentibus*.”⁴³ Cuando el caso se ventila ante un juez de lo civil, sigue siendo consensual, excepto cuando se traten asuntos de orden público (menores de edad) o de falta de acuerdo, será un proceso contencioso.

1.2.1.2 Divorcio Contencioso

En el Ecuador existe además el divorcio contencioso, que se encuentra en la legislación en el artículo 110 del Código Civil. Entiéndase que en este caso uno de los contrayentes no está de acuerdo en dar por terminado el matrimonio, por lo mismo hay voluntades encontradas. Al ser contencioso, Hernando Devis Echandía considera que: “se ejercita entre personas que requieren la intervención del órgano jurisdiccional a fin de que se desate una controversia o litigio existente entre ellas, sobre el cual no han podido llegar a un acuerdo, es decir, que ella se ejercita *inter invitos o adversus volentes*...”⁴⁴ Por lo mismo, es un proceso con un demandante y un demandado.

En un proceso contencioso, el vínculo matrimonial tan sólo podrá darse por disuelto mediante este tipo de divorcio, cuando los hechos puedan adecuarse a una o más de las causales impuestas por la normativa en el artículo ya mencionado⁴⁵. Por lo mismo, es un sistema de divorcio causado o causal (mediante catálogo causal, o con una lista

⁴³ Hernando Devis Echandía. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. 2nda ed. Bogotá Colombia: Editorial Temis, 2009. pág. 96.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 96.

⁴⁵ Art. 110 del Código Civil del Ecuador: “Son causas de divorcio:

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

En lo que fuere aplicable, las causas previstas en este artículo, serán apreciadas y calificadas por el juez, teniendo en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse. El divorcio por estas causas será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas, con la salvedad establecida en el inciso segundo de la causal 11. de este artículo.”

taxativa de causales), y genéricamente un divorcio sanción (este término será ampliado en el capítulo tercero en esta tesina).

El divorcio por causales se encuentra caracterizado por que tiene como:

[...] evidencia –como principio rector- la necesidad de que se invoque por él o los cónyuges la presencia de un obrar culpable, de naturaleza grave y aprehendido en la respectivas figuras, el cual, debidamente acreditado en un proceso de conocimiento ampliado y sustentándose en conductas posteriores a la celebración del matrimonio, autorice al juez competente a dictar la sentencia de emplazamiento en el nuevo estado de familia.⁴⁶

Es decir, estas causales expresadas en el articulado tipifican hechos imputables a uno de los cónyuges, por lo cual una de las partes necesariamente tiene que ser declarada culpable. Al cónyuge que sus actuaciones se adecuan a la causal se le denomina como culpable; mientras que el “[c]ónyuge perjudicado o cónyuge inocente, es aquél que no ha dado lugar a la configuración de la causa de divorcio, habiendo más bien sufrido las consecuencias de la misma provocada por el otro cónyuge”⁴⁷ En conclusión sobre la definición y funcionamiento de este tipo de divorcio se plantea que existe:

[...] la necesidad de que un cónyuge atribuya al otro algún hecho ilícito de los comprendidos en una enumeración taxativa que formula la ley. Ello tenía plena justificación en épocas pasadas, en que, con rigurosa exclusividad y como sucedía en nuestro Código Civil, reinaba de manera pura el régimen de la inculpación en las distintas legislaciones. El divorcio –al que se podía acudir en casos extremos y precisamente determinados- estaba previsto entonces como una *excepción*. En esas condiciones no habría lugar para la discrecionalidad del juzgador; la posibilidad del divorcio debía quedar “encerrada” en una enumeración detallada y casuística que pulcramente determinaba el ordenamiento.⁴⁸

Continuando, se puede establecer que los caracteres de las causales de este divorcio son: a) taxativas, ya que solo podrá darse lugar a la terminación del vínculo matrimonial bajo las situaciones específicas planteadas por el articulado y se agotan en este; b) gravedad, ya que ponen en riesgo la relación entre los cónyuges; c) imputabilidad, en el sentido de culpabilidad de uno de los miembros y en incumplimiento de sus deberes dentro de la relación conyugal; d) derecho a invocar, ya que solo el cónyuge lesionado posee legitimación para demandar el divorcio; e) la causal debe configurarse poste-

⁴⁶ María Josefa, Méndez Costa, y D'Antonio Daniel Hugo. *Derecho De Familia*. Volumen I. Buenos Aires - Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2001. pág. 426

⁴⁷ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Tomo II. 7ma ed. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. pág. 337.

⁴⁸ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág. 194.

riormente a la celebración del matrimonio; y finalmente, f) obligación de prueba de la existencia de la causal.⁴⁹

En cuanto a la característica de imputabilidad definida por la culpabilidad, Mauricio Luis Mizrahi desarrolla de manera exhaustiva el tema y a su vez estipula que:

[...] resulta necesario que, por una parte, un cónyuge impute al otro perpetración de hecho que la ley enmarca en el ámbito de las *conductas objetivas antijurídicas*; pero, que por otra parte es indispensable que medie también una *atribución subjetiva* de responsabilidad; es decir que tales conductas se atribuyan a un a título de dolo o culpa: por ello el juicio [...] concluye con la aplicación de la sanción del divorcio; sanción en razón de los efectos punitivos que- tras la sentencia- recaerán sobre el cónyuge condenado. Es la teoría tradicional que rigió la materia: “todo divorcio comporta una falta.”⁵⁰

Por las razones que menciona Mizhari, el divorcio por causales puede sólo llevarse a cabo cuando uno de los cónyuges ha actuado o incurre en algunas de las causales mencionadas (las cuales se caracterizan por tener en su mayoría un carácter *antijurídico*) en el ordenamiento jurídico.

El divorcio por causales está implementado y regulado en la mayoría de sistemas jurídicos a nivel mundial, bajo la óptica que se tenía en el siglo XIX sobre la perpetuidad del matrimonio. En esta, el divorcio tenía que ser visto como algo excepcional y había una sanción de culpabilidad para el cónyuge que había incurrido en algún hecho que se adecuaba a las causales de la normativa.

El pensamiento de que el divorcio se considera como una alternativa excepcional sigue prevaleciendo hasta la actualidad en el pensamiento jurídico, por lo que ni siquiera es visto como una opción sino por el contrario, como un recuso extraordinario. De acuerdo a Jorge Adolfo Mazzinghi, el hecho de que uno de los cónyuges incurra en alguna de las causales presupone un daño al otro, ya sea en un bien moral o en uno económico.⁵¹

Una vez estipulada la concepción del divorcio contencioso por causales, es necesario mencionar el procedimiento que rige a este sistema en el Ecuador. Por ser un proceso contencioso, como queda dicho anteriormente, es necesario un demandado y un demandante. En el caso del Ecuador, el divorcio puede ser solicitado tan sólo por el cón-

⁴⁹ María Josefa Méndez Costa, y Daniel Hugo D'Antonio. *Derecho De Familia*. Volumen I. Buenos Aires - Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2001.págs. 429 - 433

⁵⁰ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág. 193.

⁵¹ Jorge Adolfo Mazzinghi. *Derecho De Familia: Separación Personal y Divorcio*. Tomo III. Buenos Aires- Argentina: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1999. Universidad Austral. pág. 87

yuge que se creyere perjudicado de acuerdo al artículo 110 del Código Civil. La única excepción a este requisito es la causal de abandono, donde a partir de los tres años de ‘abandono’, puede cualquiera de los cónyuges solicitar el divorcio.

De acuerdo a la legislación vigente, el proceso se tramitará en juicio verbal sumario según lo estipulado en el artículo 118 del Código Civil. El juez competente para el proceso es el señalado por el artículo 117 del Código Civil que estipula: “la demanda de divorcio se propondrá ante el juez del domicilio del demandado, y si éste se hallare en territorio extranjero la demanda se propondrá en el lugar de su último domicilio en el Ecuador.” Por lo mismo, el juez competente para conocer el proceso y dictar la sentencia es el del domicilio del demandado.

Luis Parraguez Ruiz plantea de manera concreta como las causales se tienen que ver reflejadas en la demanda al estipular:

[e]l artículo 71 del Código de Procedimiento Civil exige que toda demanda debe ser clara y contener, entre otras menciones, los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con claridad y precisión (numeral 3º). Aplicada esta norma procesal a la demanda de divorcio contencioso, significa que el actor debe señalar con claridad y precisión la causal del artículo 109 en que funda su pretensión, y describir sus fundamentos de hecho, es decir la forma concreta en que se han dado los elementos constitutivos de la causal invocada, puesto que esos serán los puntos controvertidos sobre los que recaerá la prueba.⁵²

Respecto de este punto es necesario mencionar que todo proceso de divorcio contencioso tendrá un término probatorio (para verificación de la correspondencia entre hechos y causal) posterior a la contestación a la demanda (trabada la *litis*)⁵³. Uno de los temas más llamativos del divorcio contencioso es que pese al allanamientos de la otra parte, esto no surte efecto y la causal debe igual ser probada en el proceso y el juez puede incluso rechazarla.

Si bien se considera de suma importancia el procedimiento del divorcio contencioso, lo temas mencionados anteriormente son aquellos de mayor relevancia para efectos de la tesina. Por este motivo se omitirá consideración del resto de temas procesales. Finalmente, el último tema relevante para este punto es el de la sentencia. Para Luis Parraguez Ruiz, en su libro *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*, la sentencia de divorcio surte efecto a partir de la inscripción en el Registro Civil correspondiente. No obstante, personalmente considero que la sentencia que declara el divor-

⁵² Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. 7ma ed. Tomo II. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. pág. 345.

⁵³ *Ibidem*, pág. 343.

cio, surte efectos desde el momento que se encuentra ejecutoriada o en firme; la inscripción en el Registro Civil es relevante sólo para casos de nupcias ulteriores.

1.2.2 Contexto Histórico del Divorcio

Históricamente, el primer antecedente del divorcio, a nivel mundial, fue el repudio (institución jurídica conocida como el rechazo de uno de los cónyuges). Esto fue introducido en su derecho por israelitas, hindúes, germanos, romanos, espartanos, egipcios, entre otros. Obviamente, cada uno de ellos poseía su propia regulación, siendo incluso posible en algunos casos extremos el repudio invocado por parte de la mujer. Tanto el divorcio como el repudio, poseen el mismo efecto principal, el de la terminación del vínculo matrimonial.⁵⁴

Posteriormente, en Roma se establece la institución del divorcio, por primera vez en términos casi modernos (del modo más similar a la actualidad), regulado en las Leyes de las XII Tablas. Debido a que la *affectio maritalis*⁵⁵ (elemento subjetivo) era un requisito indispensable para la constitución del matrimonio, la falta de esta durante la unión, lo daba por terminado. Fue una institución de carácter natural puesto que suponía la bifurcación o apartamiento de los destinos de los cónyuges.⁵⁶

La institución del divorcio fue evolucionando en Roma, pero siempre de manera proporcional a lo que iba mutando a su vez el matrimonio. Por lo mismo es que a inicios del Principado, el divorcio podía tan sólo ser solicitado por el hombre, puesto que se trataban de matrimonios *cum manu*⁵⁷. En cambio, durante el Imperio, con la incremen-

⁵⁴ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. 7ma ed. Tomo II. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. págs. 273-274.

⁵⁵ Elementos del Matrimonio Romano:
"El matrimonio, en Roma, comporta dos elementos. Uno, subjetivo- interno, de derecho intencional- el *consensus* que, plasma en la *affectio maritalis*, esto es, la intención recíproca de los contrayentes de tenerse por marido y mujer y que no bastará, en principio, con ser inicial, sino deberá renovarse día a día. Y un segundo elemento objetivo- externo, de hecho o material – la *coniunctio*, que plasma el *honor matrimonii*, la convivencia conyugal, entendida no en sentido material, sino ético." Panero Gutiérrez, Ricardo. *Derecho Romano*. 3era ed. Valencia - España: Tirant lo Blanch, 2004. pág. 293.

⁵⁶ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. 7ma ed. Tomo II. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. pág. 274-275.

⁵⁷ "Matrimonio Cum Manu: necesidad de que la mujer se someta a la *manus* del marido o de su paterfamilias si era *alieni iuris*. Ello se realiza mediante una convenio in manum, por cualquiera de las tres formas. De esta manera se desligaba de su familia para entrar a formar parte en la de su marido.1) confarreatio, 2) coemptio, 3) usus (convivencia ininterrumpida durante un año). Ley XII Tabla y Usurpatio trinocitii."

"Matrimonio Derecho Romano." Universidad de las Palmas de Gran Canaria. En línea.
<https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:HaJG9H7R9VoJ:www.ulpgc.es/descargadirecta.php%3Fcodi-go_archivo%3D7049919+affectio+maritalis+definici%C3%B3n&hl=es&gl=ec&pid=bl&srcid=ADGEEES

tación del matrimonio *sine manu* (la mujer seguía perteneciendo a su familia de origen), el divorcio podía ser propuesto por la mujer, por mutuo consentimiento o repudio, e incluso sin justa causa (divorcio que fue eliminado por los emperadores cristianos, obligando a expresión de alguna causal de carácter legal por alguno de los cónyuges).⁵⁸

Finalmente, cuando Justiniano hace la reordenación del derecho, y por lo mismo su compilación en esta materia, distingue los cuatro tipos de divorcio que se encontraban vigentes en Roma, los cuales fueron: *divortium ex iusta causa*, *divortium sine causa*, *divortium communi consensu* y *divortium bona gratia*.⁵⁹ Es importante mencionar esto, puesto que son estos tipos de divorcios consagrados en Roma los que se encuentran vigentes hasta la actualidad en muchos sistemas jurídicos a nivel mundial.

No obstante, a raíz del crecimiento del cristianismo se instauró la indisolubilidad del matrimonio y su perpetuidad, basados en el argumento principal, del carácter sacramental de este; esto eliminó en Occidente la institución del divorcio.

La Revolución Francesa, inspirada en el derecho de libertad del ser humano y su individualidad, transformó al matrimonio, dándole a su vez un doble carácter, jurídico y laico. Introducido el matrimonio en ámbito de las relaciones civiles y de los contratos, vuelve a ser posible su terminación por divorcio. Posteriormente, la Literatura del siglo XIX difunde la filosofía de que el divorcio es la máxima expresión de libertad. En Francia se dicta la Ley de Divorcio (que instaura el divorcio consensual), posteriormente ratificada por el Código Napoleónico. Años más tarde, en el año de 1884, se instaura el

gZR5WoZ7Drzu3MWbl5LeEtYNqvdcB2fH5SxFLvM2iYgqdBBDymlb0P2cCbW9yRCpd8fnSruRz4P
Mj6RIbmAemktnEkUSAdQzPjvtMUmMdUrr_jVtze9ysdxBtjQ66zQ7ya&sig=AHIEtbQUiejFoZxxjwhx
0JsR1VxDgBtLsw#>

⁵⁸ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Tomo II. 7ma ed. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. pág. 274-275.

⁵⁹ “1) El *Divortium ex iusta causa* se produce por causa legal e implica la voluntad de uno de los cónyuges y la culpabilidad del otro. Entre las principales *iusta causae*, cabe citar: el adulterio; el intento de lenocidio del marido- esto es la propuesta de prostitución de su mujer-; el abandono del hogar del marido; las malas costumbres de la mujer y las insidias del otro cónyuge. Las sanciones para el cónyuge culpable, son de carácter patrimonial y personal. 2) El *Divortium sine causa* se produce sin causa legítima-*iusta causa*-, acto unilateral de uno de los cónyuges e iguales efectos de los del divorcio anterior para el cónyuge culpable. 3) El *Divortium communi consensu* exige acuerdo entre los cónyuges, a quienes Justiniano les aplica las mismas penas anteriores y, por su arraigo social, Justino II declara libres de sanción. 4) El *Divortium bona gratia*, se basa en un motivo previsto por la ley pero que no implica culpabilidad en el otro cónyuge, por lo que no cabe sanción alguna. Posibilitan, entre otros motivos, este divorcio: la impotencia incurable; el voto de castidad tras tres años de nupcias; la locura y la cautividad de guerra tras cinco años sin noticias.” Panero Gutiérrez, Ricardo. *Derecho Romano*. 3era ed. Valencia - España: Tirant lo Blanch, 2004. pág 302 – 303.

divorcio sanción, con un catálogo legal de causales, las cuales obligan a la configuración de un cónyuge culpable y la violación a las obligaciones maritales.⁶⁰

Terminado este breve esbozo de la historia general del divorcio, donde reposan los antecedentes de éste en el Ecuador, es necesario trazar los lineamientos del divorcio y su evolución en el país.

El divorcio como institución jurídica entra por primera vez en vigencia en la Ley de Matrimonio Civil, en 1903. Este se concedía tan solo en los casos en que la mujer hubiese sido adúltera y para contraer ulteriores nupcias se debía esperarse un plazo mínimo de 10 años.⁶¹

Los grandes cambios al divorcio se dan en las reformas de 1904, 1910 y 1912 donde se introducen nuevas causales de divorcio, además del divorcio por mutuo consentimiento. A partir de 1935, este último podía realizarse mediante un proceso sumarísimo o en forma tácita luego de una separación ininterrumpida por el lapso de tres años. Además, se suprimió el divorcio no vincular o la simple separación de cuerpos. En el año de 1940 se elimina el proceso sumarísimo para los divorcios por mutuo consentimiento y el divorcio tácito.⁶²

En 1958 se restablece la institución de la separación conyugal judicialmente autorizada y en 1962 se reforma la norma, prohibiéndose a su vez contraer ulteriores nupcias antes de un año de la sentencia de divorcio. En el año de 1981 se reforma el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil mediante la Ley 73 entregando la facultad a cualquiera de los cónyuges para solicitar la terminación y liquidación de la sociedad conyugal. Finalmente, la Ley 73 (RO 256 del 18 de agosto de 1989) elimina permanentemente la institución de la separación judicialmente autorizada y modifica el artículo 109 del Código Civil reduciendo los plazos de abandono como causal de divorcio.⁶³ (En la actualidad el articulado no ha sido modificado sino que se encuentra en el artículo 110 del Código Civil debido a la última codificación realizada).

⁶⁰ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Tomo II. 7ma ed. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. pág. 276-277.

⁶¹ Juan Larrea Holguín. *Manuel Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. 5ta edición. Quito- Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998. pág. 160-162.

⁶² *Ibíd*em, págs. 160-162.

⁶³ *Ibíd*em, págs. 160-162.

A lo largo del capítulo se ha analizado, en primer lugar el matrimonio, sus acepciones y características, y, su naturaleza jurídica; se concluye que la naturaleza jurídica es relevante porque es necesario saber cuáles son las reglas jurídicas que regirán sobre el matrimonio. Por lo mismo, se determinó que el matrimonio se encuentra compuesto por un acto jurídico inicial, en donde la autonomía de la voluntad juega un rol vital. No obstante, posteriormente el matrimonio se encuentra gobernado en cuanto a obligaciones y derechos por normas establecidas, en donde los contrayentes no poseen autoridad y por lo mismo no pueden alterar los efectos de estos: se crean relaciones jurídicas que la legislación se encarga de regular. Estas relaciones son las creadoras del 'estado de familia'. Por otro lado, se ha establecido que el derecho debe adaptarse a la evolución de la sociedad en la que existen los ciudadanos que gobierna. Para ilustrar, se ha realizado un resumen histórico sobre la evolución del matrimonio y un análisis sobre la permuta que ha ocurrido en los pensamientos de los ciudadanos respecto a este.

Este capítulo también ha estudiado los tipos de divorcios vigentes actualmente en el Ecuador y las transformaciones que ha sufrido la normativa respecto de este tema. El propósito principal del estudio del divorcio contencioso, actualmente imperante, es el de demostrar que este tipo de divorcio se opone al derecho de libre desarrollo de la personalidad, consagrado en la Constitución. Esto es lo que se tratará en el capítulo siguiente; también se realizará, un análisis de cómo el cambio constitucional ocurrido, el de la desprotección al matrimonio (punto previamente mencionado durante este capítulo) permite la implementación de otro tipo de divorcio, el mismo que no sea inconstitucional.

CAPITULO II

2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A DERECHOS Y PRINCIPIOS

Siendo la Constitución la norma suprema que rige a un Estado, trata de reflejar un consenso de los valores de la sociedad a la que rige. Los ciudadanos, en búsqueda de convivencia y respeto de sus derechos, optan por agrupar sus voluntades y subyugarlas al derecho. Así es que, gobernantes y gobernados, se ven sometidos a un sistema de primacía del principio de legalidad, logrando garantía y protección de sus derechos individuales.⁶⁴

Por esta razón, los derechos establecidos en este instrumento jurídico poseen carácter constitucional y pueden ser definidos, según Luis Castillo Córdova, como:

[...] aquellas concretas expresiones de la dignidad, libertad e igualdad humanas dispuestas jurídicamente, que han sido recogidas – expresa o implícitamente – en la norma constitucional, y que vinculan positiva y negativamente al poder político al punto de legitimar su existencia y actuación.⁶⁵

En base a que la Constitución establece la protección de la esfera de los derechos individuales, el ciudadano podrá exigir su respeto al resto de la colectividad y al Estado. Estos derechos son entonces de carácter prioritario y se han sido elevados jerárquicamente, para velar por una mayor protección.

En relación a la aplicación de los derechos, el artículo 11 de la Constitución ecuatoriana vigente, establece:

[I]os derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación [...] Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables.

El artículo establece de manera clara que los derechos y garantías constitucionales son de directa e inmediata aplicación. Entiéndase por esto que los mismos, son exigibles y vigentes, pese a que no se encuentren regulados en otras leyes de menor jerarquía o tratados internacionales. Además, el individuo o las comunidades pueden exigir su cumplimiento, que incluso pueden ser aplicados de oficio, por el servidor público.

⁶⁴ Mariano Azuela Guitrón. “Concepto y Evolución del Estado de Derecho”. *Estado de Derecho*. Barra Mexicana de Abogados. México: Editorial Themis. 1997. págs. 13 y 15.

⁶⁵ Luis Castillo Córdova. *Los Derechos Constitucionales: Elementos para una Teoría General*. Lima – Perú: Palestra Editores. 2007. págs. 111.

Uno de los derechos vectores de la Constitución, a pesar de su falta de tratamiento, especialmente en el Ecuador, es precisamente el del libre desarrollo de la personalidad. Este derecho debe verse reflejado y protegido en todo el Estado (parte institucional, legal y social): el mismo que conjuntamente con nuevos principios, como el de la desprotección del matrimonio, posibilita cambios jurídicos institucionales que beneficiarán a la población.

2.1 Libre Desarrollo de la Personalidad

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra consagrado en la Constitución ecuatoriana vigente en el capítulo sexto: *Derechos de Libertad*, bajo el artículo 66, numeral cinco, que estipula que se lo protegerá y garantizará: “sin más limitaciones que los derechos de los demás.” En base al artículo constitucional, se considera que el mencionado es un derecho de libertad. Si bien este es un derecho constitucional y por tanto tienen los ciudadanos la facultad de exigir su cumplimiento, su concepto y sus limitaciones no han sido desarrolladas, en otras normas del ordenamiento jurídico, en jurisprudencia, o en doctrina local.

Conjuntamente con la Constitución, este derecho, se encuentra protegido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 22, que expresa:

[t]oda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada de Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.⁶⁶

2.1.1 Definición

Debido a la importancia normativa del derecho, es necesario hacer una delimitación objetiva de su alcance. Para tal efecto es preciso recurrir a jurisprudencia y doctrina extranjera, de la cual se logrará extraer los elementos constitutivos del derecho en cuestión. Cabe mencionarse que los derechos humanos, en cuanto a la individualidad de la persona, se han visto exhaustivamente tratados a nivel internacional y han sido estimados de vital importancia desde hace por lo menos tres décadas. Esto se da debido a la consideración de que es el ser humano la piedra angular de la sociedad, por lo que sus intereses deben verse protegidos ante todo y sobre todo.

⁶⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) el 10 de diciembre de 1948. Publicada en el Ecuador en Registro Auténtico el 10 de diciembre de 1948

El derecho al libre desarrollo de la personalidad es obviamente un derecho de libertad, que tiene su base principal en la dignidad intrínseca del ser humano.⁶⁷ Entiéndase a la dignidad como aquel valor característico del ser humano que le entrega de alguna manera superioridad sobre el resto de los seres y objetos existentes, debido a su capacidad intelectual.⁶⁸ Según Antonio Pelé: “[d]esde ahora, la dignidad humana no sólo tiene un alcance vertical (la superioridad de los seres humanos sobre los animales) sino también un alcance horizontal (la igualdad de los seres humanos entre ellos sea cual sea el rango que cada uno pueda desempeñar en la sociedad).”⁶⁹

En base a los instrumentos de los derechos humanos se puede concluir que la dignidad humana es precisamente la razón para proteger los derechos de libertad. Por ejemplo, en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se establece que: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.”⁷⁰

El derecho de libre desarrollo de la personalidad se basa en la individualidad de la persona, como elemento único frente a terceros y por lo mismo, es una especie dentro del derecho genérico de libertad.

Efectivamente, desde el punto de vista filosófico, la llamada libertad psicológica, contrapuesta a la libertad física, es la propiedad del ser humano para que el conocimiento de lo que va a hacer, se determine por una acción u omisión de ella, o entre varias posibilidades escoja una. [...] Las libertades que se garantizarán estarán en el plano de la moralidad y de las sanas costumbres a fin de conseguir para los pueblos su prosperidad y para que en las naciones, ya sea en el campo nacional o en el internacional, florezca la paz.⁷¹

Este derecho, si bien es un derecho de libertad, se encuentra altamente ligado con la psicología, que es la rama de la ciencia encargada del estudio de la personalidad, la misma que define como, aquella que:

[...] está formada por una serie de características que utilizamos para describirnos y que se encuentran integradas mediante lo que llamamos el yo o "sí mismo" formando una

⁶⁷ José Joaquín Flor Vásconez. *Los Derechos Humanos de Personalidad*. Quito- Ecuador: Cevallos Editora Jurídica, 2011. pág. 487

⁶⁸ Antonio Pelé. “Una aproximación al concepto de dignidad humana”. *Revista Universitas*. España: Universidad Carlos III de Madrid. pág 10. En línea. http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf

⁶⁹ *Ibíd*

⁷⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) el 10 de diciembre de 1948. Publicada en el Ecuador en Registro Auténtico el 10 de diciembre de 1948

⁷¹ José Joaquín Flor Vásconez. *Los Derechos Humanos de Personalidad*. Quito- Ecuador: Cevallos Editora Jurídica, 2011. págs. 492- 493.

unidad coherente. Entre estas características se encuentra lo que en psicología se denominan rasgos (como agresividad, sumisión, sociabilidad, sensibilidad...); conjuntos de rasgos (como extroversión o introversión), y otros aspectos que las personas utilizan para describirse, como sus deseos, motivaciones, emociones, sentimientos y mecanismos para afrontar la vida. Es decir, la personalidad es la forma en que pensamos, sentimos, nos comportamos e interpretamos la realidad.⁷²

Se puede definir entonces a la personalidad como el conjunto de elementos que constituyen a cada persona individualmente, y la distinguen del resto de la colectividad. Habiendo ya detallado claramente ambos aspectos, de psicología y libertad, es el momento de dar un concepto jurídico sobre lo que se entiende como el derecho de libre desarrollo de la personalidad. Cabe mencionar que el boom del análisis de este derecho, se da a partir de la última década.

Cortes mexicanas, han definido al derecho del libre desarrollo de la personalidad como “el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera.”⁷³ Por lo mismo, se puede destacar que el derecho de libre desarrollo consta de *decisiones de carácter personal* en donde *no existe imposición o influencia de cualquier fuerza externa, incluyéndose al Estado (o de su legislación)*. Además, el fin supremo de la protección de este derecho será que el individuo consiga cumplir cualquiera de sus *objetivos de vida*.

Lo dicho anteriormente ha sido enfatizado por el mismo tribunal mexicano, incluyendo además un elemento necesario, el de *capacidad* para auto determinarse, que se plantea de la siguiente manera:

[e]l concepto de autonomía de la personalidad comprende toda decisión que incida en la evolución de la persona en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de juicio suficientes para tomarla. Su finalidad es comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida.⁷⁴

⁷² "Personalidad: Definición, Desarrollo, Trastornos..." CEPVI.

En línea. <<http://www.cepvi.com/personalidad2.shtml>>.

⁷³ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México). Sentencia n° SM-JDC-0184-2011. Caso Julio Meade Perales vs. Comité Ejecutivo Nacional del Partido Acción Nacional. 27 de Junio de 2011. Disponible en: <http://tribunal-electoral.vlex.com.mx/vid/-285365831>

⁷⁴ *Ibidem*

Esto, a su vez, ha sido corroborado por Claudia López Díaz que afirma que, “[e]l ejercicio concreto de este derecho exige un presupuesto básico: que la persona tenga la capacidad síquica, volitiva y cognitiva para auto determinarse.”⁷⁵ Por lo tanto, se debe enfatizar, que es un derecho del cual son *titulares todas* las personas, sin distinción.

Quisiera indicar que de acuerdo a las jurisprudencias citadas, este derecho actúa en un ámbito netamente personal y además: “se traduce en la libertad de opción y de toma de decisiones de la persona, siempre que no se interfieran o cercenen los derechos de los demás o el orden jurídico.”⁷⁶ Es decir, aparte de que no pueda existir ningún tipo de injerencia, y que pueda el ser humano tener una gama de opciones sobre las cuales decidir, este derecho se verá *limitado* siempre por el derecho de terceros. Por lo mismo, si bien es un derecho *independiente* (no depende de nadie y nada más en cuanto a normativa u otro derecho) e inalienable, se lo considera relativo porque está restringido por la libertad del resto de la colectividad y por el ordenamiento jurídico. Con respecto a esto, Gregorio Badeni opina que:

[I]a libertad constitucional es esencialmente limitada, pero siendo también el hombre esencialmente libre, tales límites, para su ejercicio a través de los derechos subjetivos, deben ser impuestos por ley en función del principio de legalidad y su interpretación debe ser restrictiva. No toda limitación legal resulta aceptable, sino solamente aquella que este dotada de razonabilidad.⁷⁷

Ya se ha dicho anteriormente que el derecho de libre desarrollo de la personalidad (en general y no solo en su carácter constitucional) se encuentra limitado por la esfera de los derechos de los terceros y por la razonabilidad; sin embargo, esta no es la única restricción que se encuentra para su ejercicio ya que: “[I]a Constitución prevé una libertad limitada y condiciona la validez de esos límites a la igualdad, razonabilidad y debido procedimiento legal. Las regulaciones a la libertad tampoco son absolutas, sino razonables en función del bien común.”⁷⁸ Por lo tanto, tomando en consideración los términos expuestos por los autores que se han interesado en la “razonabilidad” y el “bien común”, el siguiente límite al derecho puede entenderse que es el orden público.

⁷⁵ Claudia López Díaz. "Acciones a Propio Riesgo." *Revista Cenipec*. Universidad De Los Andes. Enero 2006. En línea. <http://doctrina.vlex.com/vid/acciones-propio-riesgo-56841234>

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Gregorio Badeni. *Tratado de Derecho Constitucional*. 2da ed. Tomo I. segunda edición. Buenos Aires – Argentina. La Ley S.A.E. 2006. pág. 460.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 461

A su vez, la Corte Constitucional colombiana ha dado otras perspectivas y elementos constitutivos del derecho de libre desarrollo de la personalidad, al haber fallado lo siguiente:

[l]a primera consecuencia que se deriva de la autonomía consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo; si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables, e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, solo por ella deben ser decididos [...] Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético; dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia.⁷⁹

Es precisamente aquí donde se destacan los siguientes elementos que constituyen lo que es el derecho de libre desarrollo de la personalidad:

a) el primero, es que es un derecho para que el ser humano le dé *sentido a su existencia*, entendiéndose en este elemento como que la persona posee la voluntad necesaria para decidir y ejercer sobre todos sus actos en general: “jurídicos” y “no jurídicos”. El acto jurídico se entiende como: “el que se realiza con el propósito o la intención de obtener un efecto jurídico, que puede ser la creación, modificación, o extinción de un derecho o situación jurídica...”⁸⁰;

b) el segundo es precisamente una *facultad entregada* al individuo *en su totalidad*, para que éste la ejerza sin más limitaciones, es decir sin requisito alguno para su ejercicio. De acuerdo a Riccardo Guastini esto significa que se debe considerar al derecho de libertad como un derecho fundamental de abstención, en donde el Estado debe omitir ciertas acciones para permitir al ser humano el ejercicio completo del derecho⁸¹, es decir, la persona posee la potestad total sobre su derecho.

Puede decirse que el último elemento del derecho de libre desarrollo de la personalidad es precisamente la autonomía de la voluntad. Este concepto, proveniente de la filosofía kantiana, se refiere al hecho de que es el ser humano quien dicta su propia moral y por ende decide sobre todas las decisiones de su vida. Si bien es un término que se

⁷⁹ Corte Constitucional (Colombia). Sentencia No. C-221/94. Despenalización de la dosis de consumo personal. 5 de mayo de 1994. Disponible en: <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43558121>

⁸⁰ Arturo Alessandri, y Somarriva, Manuel. *Derecho Civil: Parte Preliminar y Parte General*. Antonio Vodanovich. Tomo II. 5ta ed. Santiago de Chile- Chile. Editorial Ediar-Conosur, 1991. pág. 133.

⁸¹ Riccardo Guatino. *Estudios de Teoría Constitucional*. Mexico DF- México: Doctrina Jurídica Contemporánea. 2007, pág. 216.

ha utilizado con más frecuencia en el ámbito del derecho privado, en donde los individuos pueden pactar sobre sus relaciones jurídicas en base a su voluntad⁸², también es de gran utilidad para este caso. La autonomía de la voluntad o voluntad individual, se refiere a que es el propio ser humano el que puede decidir sobre todos sus actos jurídicos.

Habiendo identificado los elementos que componen al derecho de libre desarrollo de la personalidad y tomando en consideración todas las definiciones propuestas por la jurisprudencia y la doctrina, voy a proponer una definición. Diría entonces, que el derecho de libre desarrollo de la personalidad es aquel derecho reconocido por la norma (Constitución e instrumentos internacionales, en este caso) a todas las personas; las mismas que podrán decidir libremente sobre todos sus actos, escogiendo de una gama de opciones, especialmente en virtud de que puedan alcanzar todos sus objetivos de vida, y en base a estos lleguen a dar sentido a su existencia. El derecho al libre desarrollo de la personalidad ha de ejercerse sin ninguna imposición ajena al sujeto activo y los únicos limitantes serán los derechos de terceros, la Constitución y el orden público del Estado. Este derecho se ejerce en dos momentos: uno presente y uno futuro. El presente, en cuanto a la facultad de realizar en un momento preciso, actual, los actos jurídicos que desee; y en un futuro, por cuanto estos actos actuales son los que forjarán y ayudarán a conseguir ciertos objetivos de vida y darle sentido a la existencia del sujeto.

2.1.2 Naturaleza jurídica del derecho

Es muy cierto que una definición de lo que constituye el derecho de libre desarrollo de la personalidad es muy relevante; así mismo, es necesario realizar un análisis de su naturaleza jurídica, porque de esta manera se denota la importancia del derecho *per se*. Ya que se ha estipulado que es un derecho constitucional y se ha delimitado su concepto, ahora es necesario mencionar que debe entenderse como un derecho fundamental.

Para afirmar lo anterior, se ha adoptado la tesis de Luigi Ferrajoli quien define a los derechos fundamentales como:

[...] todos aquellos derechos subjetivos⁸³ que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o perso-

⁸² Álvaro Ortiz Monsalve, y Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil: Parte General y Personas*. Tomo I. Decimocuarta ed. Santa Fe de Bogotá- Colombia: Editorial Temis S.A., 1997. pág 508.

⁸³ “[E]l derecho subjetivo es un poder o facultad atribuido a una voluntad por el derecho objetivo para la protección de un interés, o, a la inversa, que es un interés protegido por el derecho objetivo mediante el otorgamiento de un poder o facultad a una voluntad.”. Edmundo Gatti. *Derechos Subjetivos y Relaciones Jurídicas*. Buenos Aires – Argentina: Abelardo- Perrot. 1992. pág 14.

nas con capacidad de obrar; entendiéndose por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas.⁸⁴

Farith Simon Campaña en su artículo, *La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana*, plantea que existen cuatro visiones distintas de los derechos fundamentales: iusnaturalista- individualista, historicista, estatalista, y formalista o estructuralista. Farith Simon coloca la definición de Luigi Ferrajoli en la visión estructuralista o formalista, y es esta visión por la que yo opto.

Es una definición teórica, por tanto no se refiere a la normas de un ordenamiento jurídico concreto o que estos derechos se encuentren sancionados en una ley o en una constitución. Es decir un derecho fundamental es tal no por su contenido específico (por tanto es una definición avalorativa) sino porque son “derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto a tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar” [...] Es una definición formal o estructural o formal “por tanto se dirige a identificar los rasgos estructurales, que en función de dicha finalidad, convenimos en asociar a esta expresión, y que determinan la extensión de la clase de derechos denotados por ella, cualesquiera que sean” [...] Es una definición estipulativa, por lo tanto ni verdadera ni falsa, “sino solamente más o menos adecuada a la finalidad explicativa de la teoría en relación con cualquier ordenamiento, cualesquiera que sean los derechos (e incluso si no hubiera derechos) allí tutelados como fundamentales.”⁸⁵

Podría argumentarse, en base a la definición anterior, que los derechos fundamentales son inherentes a la persona y son aquellos que están reconocidos por el derecho objetivo. Consecuentemente, en base a su reconocimiento en un ordenamiento jurídico, surge la obligación de que el Estado vele por los mismo (tiene por lo mismo, la obligación de accionar el aparato estatal en caso de violación a estos derechos) y el respeto de los ciudadanos. En base a lo mencionado, el derecho al libre desarrollo de la personalidad que se encuentra constitucionalizado es exigible respecto de terceros.

“[L]os derechos subjetivos (o derecho en sentido subjetivo) están referidos a las facultades o poderes de que son titulares las personas y cuya función es la satisfacción de sus necesidad. Encaminado en su aspecto interno o activo, el derecho subjetivo presupone: a) un titular, ósea, el sujeto al cual se le atribuye por el ordenamiento jurídico; b) el gobierno o ejercicio mediante la exteriorización de un poder o voluntad o señorío de querer; c) la función o contenido del derecho, esto es, la satisfacción de necesidades (o intereses) humanas de las personas físicas o intereses colectivos de las personas jurídicas.” Álvaro Ortiz Monsalve, y Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil: Parte General y Personas*. Tomo I. Decimocuarta edición. Santa Fé de Bogotá- Colombia: Editorial Temis S.A., 1997. pág 232.

⁸⁴ Luigi Ferrajoli. “Derechos Fundamentales”. *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid- España: Editorial Trotta, 2001. pág 22.

⁸⁵ Farith Simon. “La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana”. *Revista jurídica Iuris dictio Año x No. 13*. Quito- Ecuador: Colegio de Jurisprudencia Universidad San Francisco de Quito, Septiembre 2010. pág 21.

En general, los derechos fundamentales se componen de dos elementos. Por un lado, son derechos subjetivos de libertad, por lo mismo, el ejercicio de los mismos se encuentra en la esfera individual del ser humano y además, son principios que han pasado a ser parte de un ordenamiento jurídico positivo. Son exigibles *erga omnes*.⁸⁶

Si bien la Constitución ecuatoriana ha reconocido de forma expresa tan sólo a un derecho como fundamental, esto no significa que no existan otra gama de este tipo de derechos: el derecho al libre desarrollo de la personalidad es claramente uno de ellos. Obviamente, la Corte Constitucional, como interpretadora del órgano supremo, es la única competente para la interpretación de los derechos fundamental⁸⁷. Sin embargo esto no obsta para que se pueda sentar una visión personal en la tesina. Por lo mismo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad puede ser calificado como un derecho fundamental y su protección y exigencia contra el Estado y terceros, es imperativa.

Otra parte de la doctrina ha establecido que los derechos fundamentales son además, derechos humanos, que han sido constitucionalizados o incluidos en derecho objetivo.⁸⁸ Esta visión nace a partir de la prerrogativa que los derechos fundamentales son anteriores al Estado, mientras que los derechos constitucionales, son aquellos que han sido ya institucionalizados. El argumento principal para establecer que el derecho al libre desarrollo de la personalidad se considera como un derecho fundamental es precisamente el que:

[s]on derechos fundamentales los reconocidos y expresadas en normas- principios del sistema jurídico prescritas en la Constitución de la República y en los tratados o convenios internacionales de derechos humanos, y que por nacer en esas fuentes de producción normativa se denominan también derechos constitucionales.⁸⁹

Por lo mismo, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental ya que se encuentra consagrado en la Constitución y también ha sido reconocido bajo un instrumento internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos. De acuerdo

⁸⁶ Alexei Julio Estrada. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá-Colombia: Universidad del Externado de Colombia, 2000. pág. 66.

⁸⁷ Se considera imposible tomar como referencia cuales se entienden por derechos fundamentales de acuerdo a las interpretaciones de las Corte Constitucional puesto que esta ha confundido ampliamente los conceptos, llegando incluso a contradecirse en sus fallos. Farith Simon. “La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana”. *Revista jurídica Iuris dictio Año x No. 13*. Quito- Ecuador: Colegio de Jurisprudencia Universidad San Francisco de Quito, Septiembre 2010.

⁸⁸ Robert Alexy. “Los Derechos Fundamentales”. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá- Colombia: Universidad del Externado de Colombia, 2003. pág 36

⁸⁹ Jorge Zavala Egas. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil-Ecuador: Edilex S.A., 2010. pág 117.

a la norma suprema del Ecuador, los derechos reconocidos en un instrumento internacional tienen igual eficacia que los derechos constitucionales y también son de aplicación inmediata y directa.

No parece necesaria esta distinción sobre la naturaleza jurídica del derecho de libre desarrollo de la personalidad ya que igualmente se encuentra protegido por la Constitución y además, no parece poseer ningún tipo de relevancia jurídica. La importancia de analizar la naturaleza jurídica, radica en el hecho de que al estipular que el derecho de libre desarrollo de la personalidad se ofrece como derecho humano, derecho constitucional y derecho fundamental, su carácter es supremo, y su protección debe ser ilimitada. Además, el hecho de caracterizarlo como un derecho fundamental implica la facilidad de ubicar cuál es el derecho subjetivo contenido en este y en este caso en particular, la facultad de exigir al Estado (sujeto obligado) su cumplimiento.

Ya se ha estipulado anteriormente que el derecho de libre desarrollo de la personalidad también es un derecho humano; es por ello, que se considera necesaria una ampliación respecto del tema. Es muy complicado llegar a una definición concreta de ‘derechos humanos’ puesto que el uso del concepto se ha escindido dependiendo de las distintas perspectivas y ámbitos sociales, a lo largo del tiempo. Generalmente existen contradicciones ya que por un lado se plantea que los derechos humanos son el resultado claro de ideologías ius-naturalistas (existe universalidad de los derechos para todos los seres), y por el otro que son una secuela de la evolución de la individualidad del ser humano y por lo mismo pueden ir variando conforme al ámbito social.⁹⁰

No obstante, si bien no se ha definido el término concretamente, en un ámbito internacional, se ha llegado al acuerdo de que los derechos humanos son la manera más aproximada y precisa de entregar garantías (en un mundo contemporáneo) necesarias al individuo, a fin de que este tenga una vida de buena calidad. Los derechos humanos son parámetros mínimos para cerciorarse que la persona tiene una vida digna y protegen derechos tales como la vida, libertad, seguridad, etc.⁹¹

Se puede concluir que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho constitucional, fundamental, y humano. No obstante, es su carácter de subjetivo el que más se destaca y en base a esto puede la persona exigir su cumplimiento.

⁹⁰ Antonio Enrique Pérez Luño. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ta ed. Madrid-España: Editorial Tecnos S.A., 1999.

⁹¹ Jack, Donnelly. *International Human Rights*. Boulder- Oxford : Westview Press, 1998. pág 34.

2.2 Protección de la familia en la Constitución, desprotección al matrimonio.

Previamente, en el capítulo I de la tesina, se menciona que uno de los mayores cambios jurídicos que ha sufrido el derecho de familia en el Ecuador, es precisamente el que la Constitución aprobada por la Asamblea Nacional en el año 2008, vigente, deja sin protección al matrimonio. Este instrumento normativo continúa consagrando a la familia, como núcleo fundamental de la sociedad. La desprotección al matrimonio obliga a que se den cambios jurídicos, pero más que ello, demuestra un cambio de pensamiento respecto a esa institución.

La Constitución del Ecuador en su artículo 67 reconoce a la familia (en sus diversos tipos) como el núcleo fundamental de la sociedad; por lo mismo, la protege como fundamental. Al contrario, la Constitución del año 98, en su artículo 37, igualmente reconocía a la familia como núcleo de la sociedad, pero, posteriormente, protegía al matrimonio en sí. La protección al matrimonio como institución se daba precisamente porque se consideraba que éste era el percutor que daba inicio a la familia.

A su vez la familia se encuentra protegida por muchos instrumentos de derechos humanos. El más claro ejemplo es en La Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual en su artículo 17 numeral primero plantea: “[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”⁹²

Para entender los cambios que presupone esta la desprotección constitucional del matrimonio, en el 2008, hay que primero sentar el concepto de familia. Hay que aclarar que la familia da lugar a una noción social y a otra jurídica: sólo la segunda de éstas, es relevante para efectos de la tesina.

En el aspecto social se entiende a la familia en función de los lazos afectivos, a la sociedad, tradiciones y costumbres. Debido a la capacidad de la sociedad de evolucionar, el concepto de familia social es aquel que más va mutado su carácter. Por otro lado, la familia, en sentido jurídico, es aquella relacionada con los vínculos jurídicos que existen entre ciertos seres humanos. Es por ello que, cuando se mencione el término ‘familia’ se lo hará refiriéndose únicamente a su aspecto jurídico.

Eduardo Zannoni define a la familia como el: “[...] conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes, y recíprocos, emergentes de la

⁹² Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Publicada en el Ecuador en Registro Oficial Año IV, lunes 6 de agosto de 1984, No. 801

unión intersexual, la procreación y el parentesco”⁹³. Es el mismo autor, el que se encarga de aclarar que el concepto jurídico debe ir acoplándose a la población a la que le rige.⁹⁴

Se puede ver a la familia de dos formas distintas, una amplia y otra, restringida. En el primer sentido debe entenderse a ésta como el vínculo jurídico que existe entre las personas, ya sea por parentesco (colateral hasta el grado que así lo establezca la ley y sin límite de grado de forma ascendiente y descendiente) o por matrimonio; es decir, es cualquier tipo de vínculo jurídico que nazca de una relación de tipo conyugal o parental. En el sentido restringido, por otro lado, debe entenderse a la familia como constituida por los cónyuges y a los hijos de estos que se encuentren bajo su patria potestad. Se entiende a la familia como el núcleo o la comunidad doméstica. Debe tomarse en consideración a las familias mono parentales que generalmente no se las puede incluir dentro de ninguno de los dos tipos anteriores, las cuales existen en la vida ordinaria.⁹⁵

La familia está constituida por vínculos jurídicos bilaterales, los cuales a su vez crean efectos contra terceros: estos nacen por afecto o por sexualidad. De estos vínculos emerge lo que se denomina el ‘estado de familia’. De este estado se ha dicho que:

[e]stá dado por los vínculos jurídicos familiares que unen a una persona con otras, o bien por la ausencia de tales vínculos [...] Dichos vínculos jurídicos familiares son de dos órdenes: el vínculo conyugal que une con la persona con quien se ha celebrado matrimonio; y el vínculo parental o parentesco [...] Del estado de familia derivan los derechos subjetivos familiares y los deberes u obligaciones correspondientes [...]⁹⁶

No existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una definición de familia como tal. Lo que si se encuentra, son algunas acepciones de ésta, por ejemplo en el Código Civil en sus artículos 829, 222, y 27. Sobre este aspecto se ha pronunciado Farith Simon al estipular que:

[e]n el campo de lo jurídico, aún cuando no existe una definición taxativa en el derecho ecuatoriano, las normas se refieren a un grupo de personas que tienen entre sí una re-

⁹³ Eduardo A Zannoni. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. Tomo I. 5ta ed. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. pág 7.

⁹⁴ “[E]n la actualidad, se tiende al reconocimiento con mayores o menores alcances de la conyugalidad homosexual trátase de uniones civiles registradas o pactos de convivencia, como se los conoce en el derecho francés, o lisa y llanamente del matrimonio de homosexuales como lo admiten ciertas legislaciones como las de Holanda, Bélgica o España) y la homoparentalidad (vínculo de filiación de un niño con dos progenitores del sexo) que puede constituirse mediante la adopción por una pareja homosexual.” Eduardo A Zannoni. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. 5ta ed. Tomo I. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. pág 3.

⁹⁵ *Ibidem*, pág 7-12.

⁹⁶ Augusto Cesar Belluscio. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I. 4ta ed. Buenos Aires – Argentina: Ediciones de Palma, 1986. pág 33.

lación de parentesco (estado de familia) ya sea por consanguineidad, afinidad (vínculo matrimonial o unión de hecho) o adopción.⁹⁷

En base a lo expuesto anteriormente se puede plantear que el actual derecho ecuatoriano basa su definición de familia solamente en los vínculos jurídicos de parentesco. Esto se ve corroborado por algunos autores, uno de los cuales plantea que “[u]na de las más importantes relaciones jurídicas que genera la institución familiar es el parentesco, al que podemos definir como la relación de familia que vincula a dos o más personas.”⁹⁸ Es más, otro tratadista sostiene que: “[a]l menos en un sentido amplio, existe familia cuando entre determinados sujetos hay vínculos de parentesco.”⁹⁹ Se considera como parentesco a los grados de afinidad y consanguineidad establecidos por el ordenamiento jurídico, entre individuos.

Avanzando en el tema, se encuentra que la institución de la familia recibe protección por su importancia en el contexto de la comunidad. Por lo mismo, es necesario a la vez establecer el fin de la familia para lograr comprender por qué posee un carácter supremo, constitucional.

[L]a función inmediata de la familia se manifiesta en torno de tres centros: centro de perpetuación de la especie, centro de seguridad ética y económica y centro de imputación de los vínculos jurídicos. Estas funciones inmediatas de la familia no son indiferentes para el Estado y requieren indudable atención y permanente protección. No ya solo desde la perspectiva del derecho civil, sino también [...] a partir del propio derecho constitucional – como un reconocimiento que no hay sociedad sin preexistencia de la familia y que ‘esta es la piedra sobre la cual se asienta la sociedad.’¹⁰⁰

Una vez establecida la finalidad u objetivo de la familia, se logra entender que el fin último de su protección se fundamenta en que la familia es la forma de perpetuar la especie humana y las costumbres de la sociedad, a más de ser un eje económico. Subirla a un rango constitucional, es de cierto modo asegurar su perpetuidad. El Constitucionalismo Social plantea respecto de este tema, en palabras de un tratadista: “[p]ienso que llevar la familia a la jerarquía jurídico–constitucional, es reconocer expresamente la necesidad de su existencia como elemento esencial e indispensable para la vivencia so-

⁹⁷ Farith Simon. “Familia: apreciaciones desde el derecho”. *Familia y Políticas Sociales*. Rafael Urriola. Quito-Ecuador: ILDIS-UNICEF, 1995. pág 28.

⁹⁸ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Tomo II. 7ma ed. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. pág 179.

⁹⁹ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág 4.

¹⁰⁰ Eduardo A Zannoni. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. 5ta ed. Tomo I. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. pág 26.

cial y quien dice vivencia social dice sociedad y dice Estado.”¹⁰¹ En base a lo citado anteriormente, se protege la familia por ser la célula, política, económica y social. La unión de estas crea la colectividad, y por ende el Estado.

Una vez estipulado el objetivo, otro de los elementos que debe necesariamente ser analizado respecto de la familia, es precisamente su naturaleza jurídica. Como ya se mencionó previamente, ésta, ayuda a definir sobre qué bases jurídicas se rige la familia. La doctrina, al igual que lo que pasó con el caso del matrimonio, ha discurrido ampliamente sobre el tema. Es por ello que existen varias tesis en cuanto a su naturaleza jurídica, dentro de las cuales, algunas le otorgan personalidad jurídica, otras la plantean como órgano jurídico y finalmente otras, la denominan como institución.

A pesar de que todas estas tesis se encuentran parcialmente en lo correcto y obviamente poseen su peso jurídico, para mi investigación he decidido seguir la tesis de Eduardo Zannoni y Gustavo Bossert quienes esbozan que:

[...] carece de sentido pretender descubrir una específica naturaleza jurídica de la familia. No tiene asidero pretender que constituye una persona jurídica pues no existe norma de la que pueda derivarse que la familia, como tal, sea titular de derechos o deberes. Tampoco la familia constituye un organismo jurídico, como lo pretendió inicialmente Cicu¹⁰² en Italia, en el cual se pueda advertir una interdependencia entre los individuos que la componen y una dependencia a un interés superior, un poder familiar, que, a semejanza del poder estatal, trasciende en una estructura autoritaria.”¹⁰³

Por lo mismo, si bien se puede considerar a la familia como algo que se debe proteger jurídicamente, la naturaleza jurídica de la misma es un ligamen entre personas creado por un vínculo jurídico, siendo ésta relaciones que crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones. La naturaleza jurídica depende principalmente, de dónde se ubique a un concepto jurídico, es decir dentro de qué rama del derecho se la coloque.

Por un lado, existe doctrina que coloca a la familia dentro del derecho público, en base a que existe un interés de carácter superior, al cual se encuentran subordinadas las

¹⁰¹ Julio J López De Carril. *Derecho De Familia*. Buenos Aires- Argentina: Abelardo Perrot, 1984. pág. 81.

¹⁰² “Cicu definió la familia como un organismo y las relaciones familiares como relaciones de interdependencia entre individuos y dependencia de un interés superior o “relación de subordinación a un poder superior”. Ello le impidió reputar el derecho de familia como integrante del derecho privado, cuya característica sería la libertad. En el derecho privado, afirma Cicu, prima la fuerza operante de la voluntad libre; en cambio, en el derecho público la voluntad vinculada en una relación de subordinación a un fin superior, el del Estado.” Eduardo A Zannoni. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. Tomo I. 5ta ed. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. pág. 53.

¹⁰³ Gustavo A Bossert, y Eduardo A, Zannoni. *Manual de Derecho de Familia*. 2nda ed. Buenos Aires –Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989. pág 8.

voluntades de los individuos. Esto se da en razón de que el interés de la colectividad debe ser respetado más que lo deseos de un humano.

En contraposición existe la tesis que el derecho de familia, y por ende la familia, se encuentra dentro del derecho privado: estipula que son los intereses de la persona aquellos que priman por sobre cualquier cosa y su voluntad es vital. Esta tesis tiene como seguidor a Eduardo Zannoni que estipula que el derecho de familia, y la familia *per se*, se encuentra dentro del ámbito privado del derecho, específicamente dentro del derecho civil. Sin embargo, esto no significa que el orden público sea ajeno a su contexto¹⁰⁴. Es más, en el derecho privado si existe el interés público como un condicionante del interés particular.¹⁰⁵ Esta tesis a su vez es compartida a su vez por Díaz de Guijarro, Borda y Guastavino.

Ambas tesis presentadas anteriormente se consideran de carácter más bien tradicional. En la actualidad ha nacido una tesis, con la que me encuentro en su mayoría de acuerdo, que coloca a la familia dentro del derecho social, es decir otorgándole al derecho de familia una rama completamente autónoma.

Sostiene que el derecho público tiene como sujeto al Estado, y hay en él una relación de subordinación y de dependencia e interés de autoridad; hay un sujeto jerárquico y sujetos secundarios. El derecho privado, en cambio, tiene como sujeto a la persona o al Estado como particular, y su fuente normativa es la voluntad que sólo puede ser afectada por el orden público; no hay sujeto jerárquico, y las obligaciones y derechos nacen de aquella voluntad. Finalmente en el derecho social el sujeto es la sociedad, representada por los distintos entes colectivos con los cuales opera; por la naturaleza de la relación se está frente a una reciprocidad, y cuando ejerce un derecho se cumple con un deber y es recíproca la exigibilidad.¹⁰⁶

La cita anterior, explica de manera más expresa por qué se coloca a la familia dentro del derecho público, o dentro del derecho privado. Pero también, se encarga de demostrar que cuando la doctrina sitúa a la familia en un derecho social, lo hace en base de que si bien existe un individuo como tal y sus intereses son de carácter relevante, el individuo también tiene obligaciones dentro de la familia, como en cualquier vínculo jurídico.

Personalmente considero, que el ser humano es el elemento fundamental de toda sociedad. Por lo mismo, dentro de la familia, siguen siendo sus fines individuales de

¹⁰⁴ En el derecho civil, existen exponentes de relatividad de la autonomía privada en base a la función social como es el caso obvio del *rebus sic stantibus*, anulabilidad en casos de lesión subjetiva, o el abuso del derecho. Eduardo A Zannoni. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. Tomo I. 5ta ed. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. pág 55-56.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pág 55.

¹⁰⁶ Augusto Cesar Belluscio. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I. 4ta ed. Buenos Aires – Argentina: Ediciones Depalma, 1986. pág 26-27.

carácter relevante y debe ésta ayudar a conseguir sus fines individuales. Hay que plantear que realmente existe un carácter social que deviene tan sólo del hecho de que la familia se encuentra protegida de manera constitucional, debido a que su preservación tiene un interés estatal, por su finalidad (como se había mencionado anteriormente).

Precisamente esto lleva al siguiente punto de la tesina. Se van a topa algunas formas importantes de ver a la familia que han predominado en el mundo, en el pasado. En un inicio (por ejemplo en la teoría de Cicu), la familia era vista como un ente o poder superior, al cual estaban sujetadas las voluntades y los interés de sus miembros, esto es un claro ejemplo de lo que sucedía en Roma. Es así que por ejemplo Ulpiano estipula respecto de la familia: “[l]lamamos familia a muchas personas que, o por su naturaleza o de derecho, están sujetas a la potestad de uno solo.”¹⁰⁷ Es decir, en los inicios de Roma estaban todos los integrantes de la familia (*gens*) sujetos al *paterfamilias*, y por ende a la voluntad de uno y al servicio de la familia como “comunidad”, asentada sobre la religión. Existen distintas visiones respecto de este punto, mientras que cierta parte de la doctrina afirma que la autoridad recaía sobre el *pater*, otra, plantea que este poder existía solo en base a la existencia de religión, donde la voluntad de los integrantes estaba subordinada a esta.¹⁰⁸ Si bien esto hoy no se considera de carácter relevante, la visión que se tenía de la familia es realmente lo importante:

[e]l sujeto no se pertenecía a sí mismo; era un miembro inseparable de la familia respecto de la cual estaba esclavizado en alma, cuerpo y bienes. Así, con un desconocimiento absoluto de la libertad personal, nada en el hombre era independiente, pues ni siquiera existía la libertad de pensar. Todo estaba en pos del carácter sagrado y religioso de la organización familiar.¹⁰⁹

A medida que muta el derecho romano, se va lentamente eliminando a la familia como *gens* y al *paterfamilias* se le ponen límites. La comunidad familiar es reemplazada por las ciudades y, la familia pasa a ser aquel grupo nuclear reducido. No obstante, siempre se mantiene la visión de que se encuentra el integrante al servicio de una institución superior (cita anterior).

¹⁰⁷ Medardo Nizama Valladolid. "La familia en el Derecho Romano y en el ordenamiento normativo actual." *Revista De Derecho Y Ciencia Política*, Vol. 66 (N° 1 - N° 2). Lima-Perú: Universidad UNMSM. En línea. <<http://http://www.unmsm.edu.pe/derecho/revistas/PDF/15nizama.pdf>>.pág 279.

¹⁰⁸ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág 39.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pág 44.

La Iglesia Católica tomó este modelo de pensamiento (adquirido de las *Novelas* y el *Corpus Iuris*) y lo fue desarrollando llegando a la conclusión de que el individuo está al servicio de la familia, pero más que nada a un ente superior, Dios.¹¹⁰ Todo esto se ve desarrollado en un contexto de derecho feudal, con una familia de carácter esclavista, sometida al imperio de la religión.¹¹¹ Hasta llegar a la familia actual, hay varios tipos de familia como es la industrial, moderna, y la familia en la sociedad disciplinaria. Sin embargo no existen muchos cambios en lo que respecta al organismo familiar, todavía siempre se encuentran los individuos al servicio de esta.

Finalmente, el Fascismo contempla a la familia como la célula ideológica del Estado,¹¹² donde se perpetúan los principios políticos. Por lo mismo, los integrantes continúan sirviendo a un ente superior, la familia, que responde al mismo tiempo a un Estado. Si bien los mencionados son meramente modelos, como se ha visto la familia va cambiando con el paso del tiempo.

No obstante, en la actualidad, la visión de la familia ha mutado radicalmente. Aunque la familia sigue siendo protegida jurídicamente, por ser vital para la sociedad, los integrantes dentro de esta son vistos ahora como independientes y no al servicio de la familia, sino por el contrario, ésta está al servicio de ellos.

El derecho de familia contemporáneo no se concibe como dirigido a imponer modelos de virtud personal; vale decir que no es admisible que obstruya la libre elección y materialización de los proyectos y estilos de vida de los individuos. Pero, claro está aquí es donde interviene el principio de inviolabilidad de la persona: el ejercicio de esa libertad de elección no podrá poner a los demás sujetos en situación de menor autonomía relativa. Dicho en otros términos: la necesidad de priorizar los proyectos de autorrealización personal – una marcada tendencia de la actualidad postmoderna- implica rescatar la dimensión de la convivencia del hombre con el hombre; de ahí la paralela vigencia de la regla de la solidaridad que, a nuestro juicio, se encuentra ínsita en el principio de inviolabilidad de la persona.¹¹³

¹¹⁰ Marta Morineau. *Bases "Históricas de la Familia Jurídica Romano- Canónica"*. En línea. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/6.pdf>. pág LXXII.

¹¹¹ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág 54.

¹¹² Nicos Ar Poulantzas. *Fascismo y dictadura: la tercera internacional frente al fascismo*. Vigésima primera ed. Buenos Aires- Argentina: Sigo XXI Editores S.A., 2005. pág 412. http://books.google.com.ec/books?id=9wiIrbNIHvIC&pg=PA412&lpg=PA412&dq=rol+del+individuo+en+la+familia+fascista&source=bl&ots=IKkAoHxcqv&sig=S0pjVvu3T1faEBalvuyXp8Em0v8&hl=es&ei=e9KVTqalA8KmsAKfk9DvAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CFMQ6AEwBw#v=onepage&q=familia&f=false

¹¹³ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. Pág 72.

La cita anterior recalca lo ya mencionado, pero estipula que los proyectos, objetivos, fines e intereses de los individuos, estos tienen que tratar de trabajar de manera común para conseguir que todos los fines se consigan de manera tolerante. Obviamente, ciertos intereses, como el de los menores, son de carácter superior y se vela prioritariamente por ellos. Por estar de acuerdo con el texto anterior, considero que los miembros siguen perteneciendo a una familia y esta sigue siendo protegida pero, se “asume que los intereses individuales se encuentran por encima de cualquier otro interés, la norma actúa como supletoria de la voluntad individual, dándole mayor importancia a la autonomía de la voluntad.”¹¹⁴ Por ende, la persona es la célula fundamental de la sociedad, pero tampoco se desprotege a la familia por ser ésta de interés social. “En nuestro criterio, el interés familiar como integración de núcleo, no es superior de ninguna manera la interés individual. Pensamos que el interés individual reside la causa y el impulso de la acción y el interés familiar es el que da la medida de la acción”¹¹⁵

El artículo 67 de la Constitución plantea: “[s]e 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.” Del artículo precedente se puede establecer que la Constitución vigente sigue la tendencia moderna, no se protege a la familia *per se*, sino por el contrario, a los miembros dentro de ésta, que están juntos, para que crezcan como individuos, con sus respectivos fines personales. La familia en el derecho ecuatoriano no está consagrada como sujeto de derecho, por lo mismo, los titulares de derechos y obligaciones son los miembros de ésta.

Si se concibiera al grupo familiar como un sujeto de derecho, sería factible comprobar con perfiles distintivos un interés propio de la familia considerada como persona jurídica, moral o de existencia ideal. Sin embargo, se ha replicado a esta teoría que los derechos son de los miembros y no de la familia, ya que el orden legal se estructura sobre la base de las personas físicas. Es decir que cualquier situación jurídica familiar está referida a seres individualizados [...]

La persona ya no está al servicio de la institución general de la familia, ahora, sino que está como vehículo para el cumplimiento de los fines de los individuos. De acuerdo al artículo 69 de la Constitución ecuatoriana, estos son:

¹¹⁴ Hernández Pérez, Mysalis. “El derecho de familia en su perspectiva social: visión desde Cuba”. *Revista Eudement, Contribución a las Ciencias Políticas*. Universidad de Málaga, diciembre 2009. En línea. www.eumed.net/rev/cccss/06/mhp2.htm

¹¹⁵ Julio J López De Carril. *Derecho De Familia*. Buenos Aires- Argentina: Abelardo Perrot, 1984. pág 212 - 213.

[...] proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1) Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo; 2) Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar; 3) El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes; 4) El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa; 5) El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. ; 6) Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción; 7) No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.

El gran cambio constitucional radica en la implementación de que ahora la familia se encuentra para la consecución los fines individuales de los miembros de ésta. Esto se entiende a partir del incorporado artículo 69 de la Constitución, citado anteriormente, que estipula que los objetivos a alcanzarse son de carácter individual y no colectivo.

El punto de vista de que el individuo se encuentra por sobre la familia, concuerda perfectamente con la visión presentada anteriormente del ‘derecho del libre desarrollo de la personalidad’: ambas en armonía con la visión sostenida en los últimos tiempos de que el ser humano es lo más importante de la sociedad, y por lo mismo sus derechos, objetivos e intereses deberán ser protegidos por sobre cualquier institución, siempre que violen derechos de terceros.

La tesina presenta como argumento principal que el individuo se encuentra ubicado por encima de todo, por cuanto es la piedra angular de la sociedad. La familia actúa como percutor de estos fines, siempre y cuando no se encuentren en contraposición entres sí. Una de las críticas fundamentales que se pueden formular al argumento presente es que en la Constitución ecuatoriana actual, el individuo está por debajo del colectivo, puesto que consagra que los derechos grupales y sociales se encuentran por encima de los intereses del individuo como tal.

Si bien tal objeción se encuentra en lo correcto, en lo que respecta a la familia, el individuo se encuentra por encima de ésta. En la evolución constitucional, la familia deja de ser un sujeto de derecho y, los derechos recaen precisamente en los integrantes. Reconociendo que la familia no es una institución, cada integrante se encuentra trabajando en una colectividad formada por vínculos de parentesco para alcanzar sus objeti-

vos. Estos vínculos son lazos formados por sexualidad o afecto. Esto se entiende a partir del artículo 67 de la Constitución que plantea: “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.” Cuando habla de sus fines, habla *per se* del individuo, estos como ya se mencionó, son posteriormente establecidos en el artículo 69 del mismo instrumento.

Una vez que se han establecido todas las bases en lo que respecta de la familia, es importante mencionar qué presupone el cambio constitucional con respecto a la desprotección del matrimonio. En el contexto de lo anterior, el tratadista Guillermo Borda define al matrimonio como: “[...] una sociedad del hombre y mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino.”¹¹⁶ En la Constitución del '98, se protegía el matrimonio porque se suponía que éste es la base para la formación de la familia; en la actualidad ya no se lo considera de esta manera. Sobre esto se ha pronunciado la doctrina del siguiente modo:

[t]radicionalmente el matrimonio había sido la base para la formación de una familia, sin embargo, en la actualidad no es así. El primero es sólo una de las vías para llegar a la segunda, teniendo en cuenta las tendencias modernas que experimentan las relaciones de pareja. Aún cuando la propensión en el mundo es a la adopción de las familias de tipo nuclear (padre, madre, hijos), es posible encontrar diferentes estilos de familia: unipersonales (de una sola persona), monoparentales (de un solo padre), ensambladas o reconstituidas o de “segundas nupcias”, padres criando hijos de sus matrimonios anteriores, padres que trabajan con madres que son amas de casa, padres y madres ambos trabajando fuera, parejas en unión consensual con o sin hijos, parejas de homosexuales, familias extensas y el transexualismo.¹¹⁷

Como se dice en la cita anterior, el hecho de que exista filiación, significa que existe familia, independientemente de que exista o no un matrimonio. Es decir, que en la actualidad, el Estado ecuatoriano se encuentra preocupado solamente en proteger los vínculos jurídicos de parentesco (que se concluyó anteriormente, esto es la ‘familia’) y no al matrimonio como tal. “Los cónyuges no son parientes. Entre ellos existe una relación de familia particular y específica, derivada del matrimonio”¹¹⁸ Por lo mismo, los

¹¹⁶ Borda, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 9ena ed. Buenos Aires –Argentina: Editorial Perrot, 1984. pág 45.

¹¹⁷ Mysalis Hernández Pérez. “El derecho de familia en su perspectiva social: visión desde Cuba”. *Revista Eudement, Contribución a las Ciencias Sociales*. Universidad de Málaga, diciembre 2009. En línea. www.eumed.net/rev/cccs/06/mhp2.htm

¹¹⁸ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Tomo II. 7ma ed. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. pág 184.

cónyuges son familia por matrimonio, y este ya no está protegido. Se puede presuponer que el Ecuador se encuentra interesado por proteger a la familia en un sentido amplio, y en dejar el matrimonio como vigente, pero no con protección constitucional. El matrimonio ya no constituye una base social y, los hijos menores ya se encuentran protegidos por varias normas, por lo mismo no es necesario abordar este tema.

En otras palabras, el Estado sigue protegiendo a los miembros pero no al matrimonio como institución (tema tratado en el capítulo primero), puesto que considera que hacerlo es de carácter obsoleto. La Constitución busca proteger vínculos jurídicos más amplios, como es el caso del artículo 40 numeral 6 de la misma que plantea para el caso de los migrantes que: “[p]rotegerá las familias transnacionales y los derechos de sus miembros.”

Si bien se puede considerar que este cambio constitucional ha liberalizado al derecho ecuatoriano, este cambio podría traer repercusiones a la familia como tal, creando una crisis sobre ésta. Sin embargo, la doctrina se ha pronunciado sobre el tema estableciendo que:

[...] la *crisis familiar* no pasan ni por la catequesis ni por el endurecimiento del sistema jurídico que la regula, ni menos todavía por insensatos regresos a instituciones del pasado, porque las causas no están en su propio orden interno. La crisis de la familia es la crisis de un modelo de desarrollo fracasado, y sus posibilidades de superación radican inevitablemente en la propuesta de un modelo alternativo que pueda satisfacer las aspiraciones elementales del ser humano.¹¹⁹

Por lo tanto, el cambio constitucional de desprotección al matrimonio solamente afecta a la familia, si los integrantes de ésta desean que así ocurra. Pero se debe recordar que todos los cambios se dan porque la sociedad evoluciona y:

[...] se desprende que el orden jurídico no tienen otra alternativa que transformarse al compás de la evolución de la sociedad, pues la movilidad de ésta convierte tarde o temprano a la regla del derecho – si se mantiene cristalizada- es un precepto caduco. En consecuencia, habrá que remover periódicamente las normas obsoletas si nuestra aspiración es mantener un derecho actualizado¹²⁰

Mauricio Luis Mizhari establece en la cita anterior, que a raíz de los cambios sociales nacen los cambios jurídicos. Lógicamente se entiende que el cambio constitucional, en donde se deja sin protección al matrimonio, proviene precisamente de un cambio en el

¹¹⁹ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Tomo II. 7^{ma} ed. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. pág 174.

¹²⁰ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág 175.

pensamiento de los ecuatorianos. Este cambio presupone que todas aquellas instituciones de carácter obsoleto y que vayan en contra de los cambios sociales deberán ser eliminadas de la normativa para mantener armonía en el ordenamiento jurídico.

2.3 Sistema de divorcio ecuatoriano como limitante al derecho de libre desarrollo de la personalidad

Se ha definido claramente el ‘derecho de libre desarrollo de la personalidad’, lo cual ha ayudado a sentar los parámetros necesarios para conocer su nivel de exigibilidad y aplicación. El propósito principal ahora es el de encontrar qué genera y no las violaciones al respectivo derecho.

“Los derechos de la personalidad, tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física. Son irrenunciables e imprescriptibles y la sociedad tienen la obligación de respetarlos, sin necesidad alguna de declaración por parte del sujeto.”¹²¹ Ciertamente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es subjetivo y por lo mismo exigible, pero el nivel de exigibilidad recae precisamente en saber qué facultades se tienen respecto de éste. Por esta razón se realizó todo un análisis previo.

Ya se ha mencionado repetidamente que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho humano y fundamental, pero más que nada, es un derecho de carácter constitucional. Por lo tanto, se considera necesario primero realizar un análisis de la Constitución, para comprender su significado.

Previamente al estudio de la Constitución, es importante mencionar que la misma es el producto de una revolución, por lo que se la considera como el producto del auge del neoconstitucionalismo ecuatoriano. Históricamente, a nivel internacional, el primer antecedente formal de este movimiento, del nuevo derecho constitucional, es la Ley Fundamental de Bonn (Constitución alemana de 1949) y la formación e instalación posterior de un Tribunal Constitucional en el mismo país en el año de 1951. El neoconstitucionalismo nace como producto del pos positivismo, y se entiende como aquél fenómeno jurídico en donde se juntan los dos paradigmas del derecho: el ius-naturalismo moderno (siglo XVI) y el positivismo.¹²²

¹²¹López De Carril, Julio J. *Derecho De Familia*. Buenos Aires- Argentina: Abelardo Perrot, 1984. pág. 204.

¹²² Luís Roberto Barroso. *El Neoconstitucionalismo y Constitucionalización del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008. En línea. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2538>>. pág 2 - 4

Por lo mismo, se mantiene el viejo Estado Constitucional de Derecho, pero se le da mayor importancia a la dignidad y a la ética, dándole fuerza a los derechos fundamentales; de esta manera, buscando su máxima protección. Asimismo, el neoconstitucionalismo, viene acompañado de un nuevo método de interpretación constitucional (tema que no considero relevante para efectos de la tesina).¹²³

Debe recordarse que históricamente el Estado Constitucional es una evolución gradual del Estado de Derecho. Ambos sistemas presuponen la existencia de una Constitución rígida, y, su principal vector es el principio de legalidad. Entiéndase a éste como: “la obligación que se impone a toda persona, institución u órgano de someter su actuar al mandato legal.”¹²⁴ No obstante, mientras que el Estado de Derecho es altamente positivista, el Estado Constitucional (como carácter de neoconstitucional en este caso) es más proteccionista de derechos fundamentales.

El constitucionalismo es el esfuerzo por racionalizar el ejercicio del poder político, sometándolo a la ley. Pretensión que equivale a transformar la fuerza, coerción, en una facultad regulada por normas jurídicas. O, con más precisión: llegar a un punto en que quienes gobiernan solo pueden actuar cuando la ley los autoriza, de la manera, con los efectos y para los fines en ella previstos, dado el supuesto de que también los gobernados únicamente pueden obrar dentro de la ley.¹²⁵

Claramente, la ley, y más que nada, la Constitución, es un límite a la cual deben someterse el poder público, la ciudadanía y en general cualquier institución jurídica.

Una vez indicado que el análisis de la Constitución se hará sobre un marco neoconstitucionalista, se puede empezar a realizar un razonamiento de ésta en particular. La Constitución ecuatoriana en su artículo 1 proclama:

[e]l Ecuador es un Estado¹²⁶ constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el

¹²³ Luís Roberto Barroso. *El Neoconstitucionalismo y Constitucionalización del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008. En línea. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2538>>. pág 2 - 4, y 9 - 10

¹²⁴ "Principio de legalidad" *Diccionario Términos Judiciales*. En línea. <<http://judicial.glosario.net/terminos%20judiciales/principio-de-legalidad-11642.html>>.

¹²⁵ Luis Carlos SÁCHICA. *Derecho Constitucional General*. 1era ed. Medellín- Colombia: Biblioteca Jurídica Dike, 1990. pág 9.

¹²⁶ “El Estado, como modelo de organización política global, es un tipo histórico surgido a finales del siglo XV que, a las tres condiciones o presupuestos comunes para la existencia de toda organización – poder, territorio y población-, agrega dos requisitos específicos que son la comunidad nacional y la institucionalización del poder. [...] Se trata de una comunidad nacional, como modalidad específica bajo la cual se manifiesta el elemento humano de la organización, y la institucionalización del poder como consecuencia de una idea política dominante que atribuye titularidad del poder, en orden a su radiación y ejercicio, a una institución y no a una persona física.” Gregorio Badeni. *Tratado de Derecho Constitucional*. 2da ed. Tomo I. Buenos Aires– Argentina. La Ley S.A.E, 2006.pág 9.

pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Del enunciado precedente se puede concluir que el Estado ecuatoriano en primer lugar, se considera de carácter constitucional. Por lo mismo, se encuentra regido, de manera formal y material, por un instrumento jurídico: la Constitución. Es decir, se consagra el hecho de que es un Estado gobernado por una norma superior. Considérese a la misma como:

[...] la ley suprema, ley de leyes, porque a ella deben ceñirse todas las otras normas jurídicas en el interior del Estado y deben ceñirse tanto en el contenido como en la forma de expedirse; ella organiza el ejercicio del poder y, a diferencia del absolutismo monárquico que le antecedió en la historia, lo distribuye en órganos diferentes, con atribuciones de control recíproco, lo que se conoce como “la división de poderes”, y además consagra la primacía de la ley en toda actividad estatal.¹²⁷

Por lo mismo, al poseer un instrumento jurídico supremo, es indiscutible que debe existir una subordinación del resto del aparato normativo a ésta, manteniendo así su armonía. Está demás mencionar que todos los derechos y principios consagrados en la Constitución, deben regir sobre el resto del ordenamiento jurídico. Esto se establece en el artículo 424 de la misma, que reza:

[I]a Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

El artículo precedente enuncia con claridad que la Constitución es una norma suprema. Ciertamente este concepto, en primer lugar, establece que existe una jerarquía dentro de las normas e instrumentos jurídicos. Consecuentemente se remite al hecho de que todo el aparato jurídico inferior a la Constitución, no puede violarla.

Decir que la constitución tiene supremacía alcanza dos significados posible; a) con uno queremos afirmar que la constitución material es la base o el fundamento que da efectividad y funcionamiento al orden jurídico- político de un estado; b) con otro, adosado a la tipología de la constitución formal, se señala que, por estar revestida de superlegalidad y supremacía, la constitución impone como “deber-ser” que todo el mundo jurídico inferior a ella le sea congruente y compatible, y no la violente ni le reste efectividad funcional y aplicativa.¹²⁸

¹²⁷ Julio Cesar Trujillo V. *Teoría del estado en el Ecuador: Estudio del derecho Constitucional*. Volumen 8. Serie “Estudio Jurídicos”. Ecuador: Corporación Editora Nacional, 1994. pág 54.

¹²⁸ German J. Bidart Campos. *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires – Argentina: Ediar Sociedad Anónima; editora comercial, Industrial, y Fianciera, 2004. pág 18.

En conclusión, la Constitución es aquella norma fundamental, la cual ha sido establecida para mandar sobre un Estado: este instrumento es el que determina la relación entre los cinco poderes del Estado (entre ellos, y, con la ciudadanía) y establece límites generales a todas las actuaciones. A través de la Constitución los derechos de las personas se encuentran garantizados.

Según algunos la norma constitucional sería un mero "límite" o "barrera" para la norma ordinaria. Le enunciados normativos ordinarios asumirían autónomamente sentido y fundamento como expresiones de un sistema acabado, legítimo hasta que los enunciados mismos no lesionen un interés constitucionalmente protegido.¹²⁹

Si bien la normativa inferior a la Constitución tiene el papel de desarrollar de manera jurídica la aplicación de la esta, puede hacerlo hasta el límite donde no se encuentre violado algún derecho o principio constitucional.

En base a todo lo mencionado se estipula que debido a que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho constitucional, todo el aparato normativo inferior debe ir sujeto a éste. Ya se ha aludido al carácter de subjetivo de este derecho, por lo mismo hay que recordar que: “un derecho subjetivo constitucional no puede ser limitado, modificado o suprimido por leyes ordinarias.”¹³⁰ Lo que si puede ocurrir es que un derecho constitucional se vea limitado por la misma Constitución, o por su protección a instituciones o derechos encontrados en esta.

El sistema de divorcio vigente en el Ecuador basado en causales, mira a esta institución como una solución excepcional, y, limita el derecho de libre desarrollo de la personalidad. En el divorcio por causales, si uno de los cónyuges desea divorciarse, simplemente porque ya no existe amor, no es feliz, o el matrimonio no va con sus objetivos de vida, no puede hacerlo por cuanto ninguna de estas razones (que se han visto palpadas simplemente para dar un ejemplo) se tipifica bajo una causal.

Previamente en la tesina se definió al derecho de libre desarrollo de la personalidad como: el derecho de las personas para que estas decidan libremente sobre todos sus actos, en medio de una gama de opciones, especialmente en virtud de que puedan alcanzar todos sus objetivos de vida y lleguen a darle sentido a su existencia. El derecho se ejerce

¹²⁹ Pietro Perlingieri *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes*. 3era edición. Agustín Luna Serrano, Carlos Maluquer de Motes y Bernet. Madrid-España: Dykinson, 2008. pág 513. En Línea. <http://vlex.com/source/derecho-civil-legalidad-constitucional-sistema-italo-comunitario-2729>

¹³⁰ Guatino, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México DF- México: Doctrina jurídica contemporánea. 2007. pág 216.

sin ninguna imposición ajena a ellas y con los únicos limitantes para la protección de los derechos de terceros y del orden público del Estado.

El divorcio contencioso vigente, no deja que las personas decidan libremente sobre cómo llevar su vida o futuros actos jurídicos, ya que no pueden solicitar un divorcio por la simple razón de así desearlo. No hay una decisión de carácter personal, puesto que la decisión de extinguir estas obligaciones, provenientes del vínculo conyugal, recae sobre la autoridad de justicia, limitada su potestad por causales taxativas. Por lo mismo, no existe independencia del derecho, sino que se encuentra determinado por un tercero. Conjuntamente, si las partes no pueden obtener la disolución del vínculo matrimonial, posiblemente algunos de sus objetivos de vida se vean afectados. Es decir, se limita a este derecho constitucional dos veces de acuerdo a la definición dada en el capítulo I de la tesina.

Anteriormente, al encontrarse protegido el matrimonio constitucionalmente, incluir otro tipo de divorcio menos rígido hubiese violado el orden público del Estado y la Constitución: el divorcio mencionado, contencioso por causales, es el producto directo de esa protección.

Por otro lado, hay que recordar que el ejercicio de derecho fundamental o constitucional puede verse limitado de dos maneras:

[...] a) Límites internos: Son aquéllos que sirven para definir el contenido mismo del derecho, resultando, intrínsecos a su propia definición. Los límites internos, constituyen, pues, las fronteras del derecho, más allá de las cuales no se está ante el ejercicio de éste sino ante otra realidad. [...] b) Límites externos: Los límites externos forman el segundo grupo de límites de los derechos fundamentales. Estos se imponen por el ordenamiento al ejercicio legítimo y ordinario de aquéllos. A su vez, los límites externos pueden ser de dos tipos: expresos e implícitos. La Constitución reconoce en muchos preceptos límites expresos al ejercicio de los derechos fundamentales. A su vez, los límites externos expresos pueden establecerse bien con carácter general para todos los derechos fundamentales, bien respecto de alguno derecho concreto. Con carácter general figura en la Constitución un límite: el ejercicio de los derechos de los demás.¹³¹

En la Constitución ecuatoriana de 1998, el derecho de libre desarrollo de la personalidad, aunque se veía limitado por el sistema de divorcio, se consideraba totalmente aceptable jurídicamente debido a que existía una protección constitucional al matrimonio (la restricción era jurídica debido a que existía un límite externo). “Bajo esta pers-

¹³¹ Nínive Iliana Penagos Robles. *Límites a los derechos fundamentales: Reflexiones para resolver posibles controversias que se presentan al enfrentarse dos o más de los citados derechos constitucionalmente reconocidos*. Universidad de Salamanca. pág. 2 -3. En línea. http://www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_086.pdf.

pectiva, consistente en que, en el plano interno, sólo la Constitución puede permitir la imposición de limitaciones a los derechos”¹³² Como se ha sostenido siempre en estos temas tan sólo la Carta Magna puede limitar derechos encontrados en ésta. Por lo mismo, el sistema jurídico mantenía congruencia entre sí, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad se veía expresado con más libertad en otras áreas del derecho.

Sin la protección al matrimonio, una norma inferior a la Constitución está limitando el derecho de libre desarrollo de la personalidad, lo cual es inconstitucional. Por lo mismo, el sistema de divorcio vigente en el Ecuador debe ser sustituido por otro que proteja y vaya acorde con la norma suprema del Estado. Recuérdese que:

[...] la Constitución no solo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a esta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.¹³³

Por lo tanto, el cambio constitucional implementado en Montecristi, obligatoriamente presupone que debe darse también lugar a un cambio en el Código Civil, donde se reforme el tipo de divorcio.

Lo ya mencionado, en coalición con la nueva visión constitucional de la familia (en donde el individuo se encuentra protegido para alcanzar sus fines, y donde no es éste sujeto de derecho y en un mundo donde la autonomía de la voluntad ha crecido y ha sido institucionalizada como vital) es aún más obvio que es necesario un cambio de sistema, a un ‘divorcio pro derechos fundamentales, constitucionales y humanos’.

Aún cuando el Ecuador se proclama como un Estado Constitucional de Derechos, este concepto no se encuentra universalmente reconocido y es de cierto modo, considerado incongruente, por lo que se debe entender como su forma más cercana; es decir, un “Estado Constitucional de Derecho”. Por otro lado, el hecho de que posteriormente la Constitución vigente incluya la palabra “social” y en conjunto con “derechos” desarrolla una forma jurídico-institucional más protectora de la concepción personalista del ser

¹³² Hugo Tórtora Aravena. “Las limitaciones a los derechos fundamentales”. *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, 2010, ISSN 0718-0195. Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2010. En línea. http://vlex.com/vid/limitaciones-derechos-fundamentales-300418662?ix_resultado=1.0&query%5Btextolibre%5D=limitaciones+a+los+derechos+fundamentales

¹³³ Luigi Ferrajoli “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. *Neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid- España: Editorial Trotta, 2003. pág. 18.

humano y sus atribuciones.¹³⁴ Es decir, la necesidad del cambio de sistema de divorcio, se ve aún más apoyada, porque ahora el Ecuador se proclama como un Estado más garantista de derechos, en la euforia de su neo constitucionalismo. Por lo mismo, tiene que buscar garantizar en su totalidad al libre desarrollo de la personalidad, derecho protegido constitucionalmente.

Hay que recordar que:

[...] en el sentido de que los derechos fundamentales establecidos por las constituciones estatales y por las cartas internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos: el garantismo, en este aspecto, es la otra cara de constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurara el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionales reconocidos.¹³⁵

La Constitución vigente en el Ecuador es aquella que gobierna sobre sus instituciones jurídicas, por lo mismo, sus derechos deben verse reflejados en el ordenamiento jurídico en su totalidad. El hecho de que ya no se proteja al matrimonio, pero se limite el derecho de libre desarrollo de la personalidad, mediante un sistema de divorcio (el cual estuvo acorde en su momento a la Constitución entonces vigente, por la protección ya mencionada) se considera inconstitucional, ya que un derecho fundamental tan sólo puede ser restringido por la misma Constitución.

A lo largo del capítulo se ha delimitado el concepto del derecho de libre desarrollo de la personalidad. El propósito principal fue analizar el concepto debido a que este tema, en mi conocimiento, no ha sido tratado ni en doctrina y menos aún en la jurisprudencia ecuatoriana. La importancia de todo lo que son derechos humanos, fundamentales y constitucionales, parte del la Segunda Guerra Mundial, y, con el surgimiento del neoconstitucionalismo. No obstante, es a partir de las últimas décadas que su análisis exhaustivo y verdadera esencia, han salido al mundo jurídico. Por lo mismo, ya existe jurisprudencia que los analiza y, más que nada, los define.

Por otro lado se comentó sobre el cambio constitucional por el cual se mantiene a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, pero se elimina la protección consti-

¹³⁴ Ramón Eduardo Burneo. *Derechos y Garantías Constitucionales en el Ecuador: Evolución y Actualidad*. Volumen II. Quito- Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones, 2008. pág 97.

¹³⁵ Luigi Ferrajoli. "Sobre los Derechos Fundamentales". *Teoria del Neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2007. pág 72 - 73.

tucional que existía para el matrimonio. Luego de que este cambio fue analizado, se trató la familia a profundidad, a lo largo del capítulo.

El estudio del derecho de libre desarrollo de la personalidad, conjuntamente con el análisis de la desprotección al matrimonio me permite concluir que un derecho constitucional se encuentra limitado por la vigencia de un sistema jurídico, de divorcio de causales, normado por un cuerpo legal inferior a la Constitución. Por lo mismo, este divorcio adquiere un carácter inconstitucional, al limitar inválidamente ese derecho. Finalmente, esta conclusión está apoyada también, por las bases del neoconstitucionalismo, que sostiene que el Estado debe encargarse de proteger más ampliamente los derechos fundamentales.

Cada vez que se cambia el instrumento supremo, nace la obvia necesidad de adecuar todo el aparato normativo a ésta, y para el problema jurídico mencionado un cambio drástico en el tipo de divorcio es imprescindible. En base a todo lo expuesto, el siguiente capítulo de la tesina propone un nuevo sistema completo de divorcio, que no atenta contra el derecho de libre desarrollo de la personalidad y logra armonización con la Constitución.

CAPÍTULO III

3. DIVORCIO

Este capítulo va a proponer un sistema de divorcio que no viole la Constitución (violación que surge de la limitación innecesaria al derecho de libre desarrollo de la personalidad por un divorcio contencioso de catálogo causal); por ende, se requiere realizar una delimitación de los tipos de divorcios, para que conjuntamente con los conceptos, se logre proponer el divorcio más adecuado. Para entender cada sistema de divorcio, es necesario primero plantear un concepto general del término.

Álvaro Gómez Duque explica que: “[e]timológicamente la palabra divorcio deriva de las palabras latinas, *divortium* y *divertere* que significan irse cada cual por su lado; puede definirse al divorcio diciendo que es la disolución de matrimonio por causal distinta a la nulidad o a la muerte real o presunta de uno de los conyuges”¹³⁶ Pero más que nada, “el divorcio es la transformación del estado de familia matrimonial en otro estado derivado de una sentencia, la cual emplaza a los cónyuges en la condición de divorciados, con efectos sobre su persona y bienes.”¹³⁷ Nuevas teorías doctrinarias incluso han llegado afirmar que con el divorcio se da origen a un nuevo estado de familia. Por lo tanto puede decirse que el divorcio es una forma de disolución del matrimonio válido, que se da en vida de ambos cónyuges, en virtud de una sentencia judicial dictada por una autoridad competente¹³⁸, con el efecto principal de la disolución del vínculo conyugal y con la recuperación de la aptitud nupcial.

3.1 Tipos de Divorcio

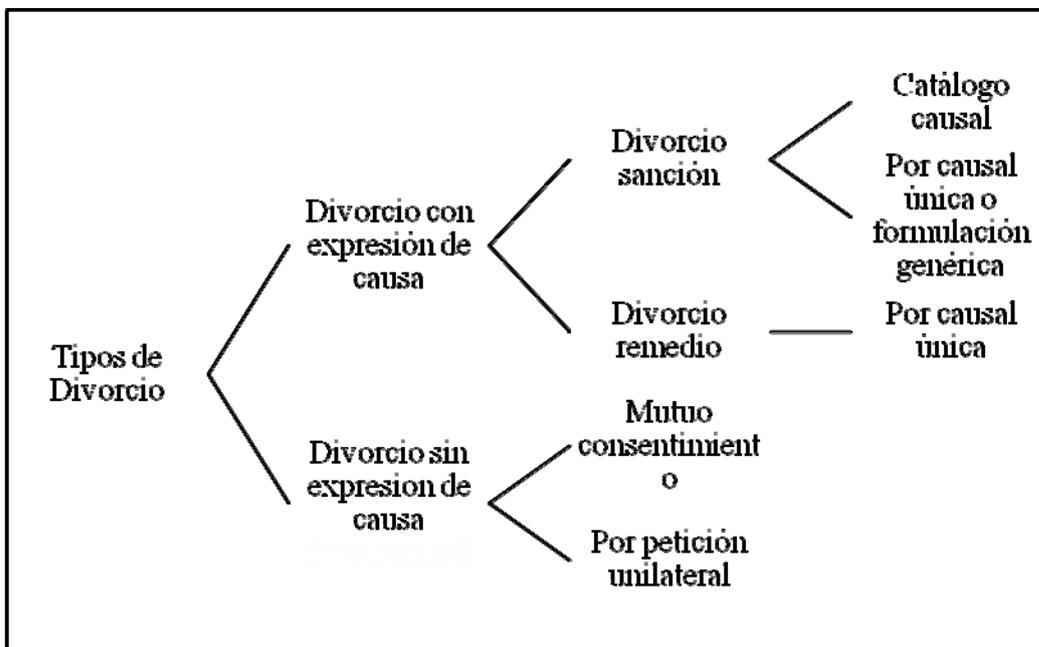
Una vez expuesta la terminología, hay que aclarar que todos los tipos de divorcio a mencionarse poseen carácter vincular, debido a que su efecto principal es el de dar por finalizado el vínculo matrimonial y son declarados mediante sentencia judicial. El objetivo del gráfico a continuación, es recopilar y representar de una manera ordenada y clara los tipos de divorcio que existen en las distintas legislaciones. Estas clasificaciones

¹³⁶ Álvaro Gómez Duque. *Elementos de Derecho de Familia*. Bogotá- Colombia: Leyer Editorial, 2002. Pág. 55.

¹³⁷ María Josefa Méndez Costa, y Daniel Hugo D’Antonio. *Derecho De Familia*. Volumen II. Buenos Aires - Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2001. pág 424.

¹³⁸ Marcel Planiol y Ripert Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil: Introducción, familia, matrimonio*. Tomo II. 2nda ed. México: Cardenas Editor, 1992. pág 13.

no presuponen jerarquías; no obstante, para efectos de la tesina se los ha colocado de esta manera estratégica.



139

La primera clasificación presenta un divorcio con expresión de causa vs uno sin expresión de ella; este último ha sido también llamado por la doctrina como divorcio incausado. La diferencia principal es que el primero de ellos presupone que la razón del divorcio deberá ser presentada ante la autoridad. La autoridad, en base a una condición social y económica de los contrayentes deberá juzgar la validez de esta. Por el contrario, en los divorcios incausados, las razones por las que uno de los cónyuges solicita el divorcio, son totalmente indiferentes al derecho y la autoridad no posee la facultad de juzgar sobre ellas, ya que ni siquiera llegan a su conocimiento.

Dentro de esta clasificación se le coloca al divorcio por mutuo consentimiento, uno de los tipos de divorcio vigentes en el Ecuador (este tema fue tratado anteriormente, en el punto 1.2.1.1 de la tesina), ya que los cónyuges no deben expresar sus razones frente a la autoridad sino tan sólo solicitar la disolución del matrimonio.

Por otra parte, existe la clasificación que abarca al divorcio remedio vs el divorcio sanción, y su clasificación puede denominarse ‘de acuerdo a su objetivo’. Se ha establecido este nombre a la categorización ya que depende de si el legislador presupone o no

¹³⁹ Cuadro similar. Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág.191.

la existencia de culpa de uno de los cónyuges. Del divorcio sanción Eduardo Zannoni ha dicho que:

[...] se basa en la idea de que todo conflicto conyugal conduce a la ruptura de la convivencia (con o sin disolución del vínculo matrimonial) presupone la comisión, por parte de uno o de ambos cónyuges, de hechos o de actos culpables cuya atribución es incompatible con la prosecución de la vida en común.¹⁴⁰

Dicho en otras palabras: “[l]a sentencia de divorcio exige la prueba de la culpa de uno o ambos cónyuges, y, por eso mismo, el divorcio implica una sanción contra el o los culpables que se proyecta en los efectos”¹⁴¹ Por lo mismo, el divorcio sanción es una medida excepcional, que presupone un castigo para uno de los cónyuges por haber cometido un acto o hecho antijurídico.

Dentro de la clasificación del divorcio sanción se encuentra el divorcio por catálogo causal, el mismo que ya se trató dentro anteriormente en el trabajo de investigación (véase el punto 1.2.1.2), este es aquel que se encuentra vigente en el Ecuador y se lo ha llamado divorcio contencioso para efectos de la tesina. Mediante el catálogo de causas, se pretende encontrar que un cónyuge es culpable a través de la adecuación de los hechos a una o más de las causales taxativas, estipuladas por ley. El juez no posee potestad discrecional sobre las razones, y la culpabilidad recae sobre el cónyuge infractor. También se encuentra el divorcio por causal única (será tratado posteriormente). Este podrá ser remedio o sanción dependiendo si el legislador busca encontrar un culpable por la razón de la terminación del matrimonio.

En conclusión, la razón de la exigencia de mantener un divorcio mediante la culpabilidad se encuentra bajo el dogma de que es una manera de protección del matrimonio, al clasificar el divorcio como un castigo. Es un sistema de divorcio de carácter rígido. Se basa en el concepto de que todo conflicto conyugal conduce a la ruptura del matrimonio por culpa de uno de los conyuges; es más, asume que es debido a una violación de una o algunas de las obligaciones estipuladas por ley.

Lo típico, pues, del llamado “divorcio sanción” está en que sólo puede ser declarado cuando media, por parte de uno o ambos esposos, un apartamiento de las obligaciones conyugales que en todo caso constituye un hecho ilícito. Sólo sobre esa base puede dictar el juez la declaración del divorcio.¹⁴²

¹⁴⁰ Eduardo A Zannoni. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. Tomo II. 5ta ed. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. pág 10.

¹⁴¹ *Ibidem*, pág 13.

¹⁴² Jorge Adolfo Mazzinghi. *Derecho De Familia: Separación Personal y Divorcio*. Tomo III. Universidad Austral. Buenos Aires- Argentina: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1999. Pág. 37.

Por otro lado, en contraposición al divorcio sanción, existe el divorcio remedio, el cual se entiende como aquel que a pesar de que existan causales, las cuales deban estipularse ante la ley, no presuponen culpabilidad de ninguno de los cónyuges, o más bien dicho no obliga a la autoridad indagar quien es el responsable de la terminación del matrimonio. De este tipo de divorcio se ha dicho: “La mayor parte de las legislaciones admite como causas de divorcio aquellas que, aun sin implicar culpa de uno o ambos cónyuges ni conducta ilícita de ninguna naturaleza, hacen muy difícil o imposible la continuación de la vida en común.”¹⁴³ Por lo mismo, este divorcio es visto como una solución, ausente de culpabilidad de una de las partes.

En conclusión de la clasificación se estipula que:

[p]ara uno el divorcio es una sanción impuesta a uno de los cónyuges por haber incurrido en hechos que la ley considera suficientes para aplicarla; para otro, es una solución para poner fin a una situación objetiva derivada o no de culpa de los cónyuges que hace imposible o más o menos difícil el mantenimiento de la convivencia. En el primer caso se habla de divorcio-sanción, y en el segundo, de divorcio-remedio. En el sistema de divorcio-sanción es ordinariamente decretado por la autoridad judicial sobre la base de la causal en que incurrió uno de los cónyuges, a petición del otro. En el divorcio-remedio puede decretárselo a pedido de uno de los cónyuges en virtud de existir una causal legalmente prevista- que puede no implicar culpa de ninguno de los esposos, como las enfermedades físicas o mentales-, pero también puede admitírselo a petición de ambos esposos sobre la única base de su mutuo consentimiento; en algunos casos, basta la voluntad unilateral de un cónyuge.¹⁴⁴

La mayoría de la doctrina, como la antepuesta, concuerda que la diferencia principal entre ambos tipos de divorcio es la culpabilidad. Comentando respecto de este tema en las tendencias de las legislaciones actuales, Eduardo Zannoni observa que:

[s]i se hace un muestreo de derecho comparado, puede afirmarse que, aunque ninguna de las dos concepciones –divorcio-sanción, divorcio-remedio- concita unanimidades, tiende a prevalecer el divorcio como solución al conflicto conyugal y no como sanción al pretendidamente “culpable”¹⁴⁵.

En la clasificación ‘de la parte que lo propone’ se encuentran ahí el divorcio por decisión unilateral y el de por mutuo consentimiento. Se refiere, como su nombre claramente lo define, a si es el cónyuge o son los cónyuges, de donde la solicitud de finalización del matrimonio. El segundo de estos, que es de común acuerdo de las partes, ha

¹⁴³ Jorge Adolfo Mazzinghi. *Derecho De Familia: Separación Personal y Divorcio*. Tomo III. Universidad Austral. Buenos Aires- Argentina: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1999.pág. 35

¹⁴⁴ Augusto Cesar Belluscio. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I. 4ta ed. Buenos Aires – Argentina: Ediciones Depalma, 1986. pág. 391- 392.

¹⁴⁵ Eduardo A Zannoni. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. Tomo II. 1era ed. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991. pág. 12.

sido tratado ampliamente a lo largo de la tesina; por lo mismo, solamente el divorcio por voluntad unilateral se analizará en esta sección.

Por divorcio por decisión unilateral se entiende, según Jorge Adolfo Mazzinghi que: “[b]asta con un acto de voluntad de alguno de los esposos para que la convivencia se interrumpa y, a partir de allí, el vínculo quede en condiciones de ser disuelto.”¹⁴⁶ Este tipo de divorcio puede encontrarse en los con expresión de causa o en los incausados, dependiendo de la legislación. La diferencia entre estos tipos, recae en quién hace la presentación de razones o causales ante la autoridad, uno o ambos cónyuges.

Finalmente existe el denominado divorcio por causal única, el cual no se encuentra dentro de ninguna categoría (como se puede observar en el cuadro), sino que por el contrario es un sólo tipo de divorcio. Obviamente este divorcio se considera de carácter unilateral, ya que caso contrario entraría dentro de la categoría de un divorcio por mutuo consentimiento. Se caracteriza por la sola presentación de una razón, cualquiera, para dar por terminado un matrimonio. No obstante la autoridad de justicia posee la facultad para determinar la validez de la causal.

Dependiendo de la legislación, esta facultad puede llegar a ser meramente de carácter aparente, puesto sin dar peso a la causal, igual se declara el divorcio; aún así, la regla jurídica es que es el juez, el que posee la facultad de valoración. Este divorcio es una evolución del derecho romano, ya que se presupone que la presentación de una razón cualquiera, que es obviamente, un final del *affectio maritalis*. Esto parecería reflejar el concepto romano, de que cada día tiene que renovarse ese vínculo afectivo. Augusto Cesar Belluscio sostiene que:

[l]a pérdida de la *affectio maritalis* por parte de cualquiera de los cónyuges provocaba la disolución del matrimonio por divorcio; luego, el divorcio, más que una institución separada resultaba una consecuencia del concepto romano del matrimonio: la cesación de este por la desaparición de la *affectio maritalis*, que era uno de los elementos esenciales del matrimonio.¹⁴⁷

Aunque a este tipo de divorcio se lo ha llamado de “causal única”, depende de la legislación, el que ésta deje abierta las causales o establezca tan sólo una, como por ejemplo, ‘diferencias irreconciliables’. De este tipo de divorcio, Mizhari ha planteado que:

¹⁴⁶ Jorge Adolfo Mazzinghi. *Derecho De Familia: Separación Personal y Divorcio*. Tomo III. Universidad Austral. Buenos Aires- Argentina: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1999.pág 33

¹⁴⁷ Augusto Cesar Belluscio. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I. 4ta ed. Buenos Aires – Argentina: Ediciones Depalma, 1986. pág. 385.

[e]n este caso los dispositivos legales, en lugar de establecer un tipo objetivo concreto y cerrado para tener por acreditada la quiebra irremediable del matrimonio, apelan a una fórmula legislativa amplia y general, delegando en el juez la facultad de dar contenido a dicha fórmula. La gran ventaja que presenta este sistema es que permite abarcar un cúmulo de situaciones que difícilmente podrían ser previstas en el ordenamiento si se acudiera a una enumeración casuística.¹⁴⁸

Por estas razones, este tipo de divorcio se considera innovador, en donde se plantea como apta cualquier razón que posea uno de los cónyuges para dar por terminado el matrimonio.

El divorcio por causal única, nace bajo una concepción individualista respecto de la persona y garantista de sus derechos personalísimos. Esta modalidad nace dentro de las primeras fases de la ‘liberalización del divorcio’ que toma fuerza recién a finales del siglo pasado; Mizhari sostiene que este:

[...] fenómeno es una consecuencia directa de la penetración en el seno de la familia conyugal de los valores del individualismo, y marca el fin de la sociedad disciplinaria. Para decirlo en muy pocas palabras es el producto de la “segunda revolución individualista” que tiene lugar a partir de la segunda mitad del siglo XX. Algunos autores, acudiendo al empleo de términos que incluyen ingredientes peyorativos, han dicho que esta fase concreta se caracteriza por la imposición en las legislaciones del denominado “divorcio fácil”.¹⁴⁹

Hay que mencionar que este tipo de divorcio es el que está tomando más fuerza y se está implementado mucho a nivel mundial. Uno de los primeros países en adoptar este tipo de divorcio fue Inglaterra en el año de 1973 en el *Divorce Reform Act*, en donde se reformaba la *Ley Matrimonial Causes Act*¹⁵⁰: esta ley, en su artículo primero, consagra que cualquiera de los cónyuges podrá de manera unilateral solicitar el divorcio, si considera que existe una quiebra irreparable en el matrimonio. No obstante, la Ley plantea en su artículo 4, que el tribunal podrá desechar la demanda cuando considere que las razones no poseen el peso suficiente o que el matrimonio no se encuentra quebrado de manera irremediable.¹⁵¹

3.1.1 El divorcio sin causa

¹⁴⁸ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág. 209.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pág. 158.

¹⁵⁰ Matrimonial Causes Act (Reino Unido), promulgada por su Majestad la Reina Isabel II, con el consentimiento de la cámara de los lores y los comunes el 23 de mayo de 1973.

¹⁵¹ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág. 214.

A lo largo del capítulo se han tratado los distintos tipos de divorcio para comprender sus diferencias y mediante esto, decidir cual tipo de divorcio se considera como el más apropiado para reemplazar al divorcio contencioso vigente. Como se puede observar en el cuadro, un sistema de divorcio de cualquier legislación puede categorizarse dentro de varias clasificaciones: por ejemplo, el divorcio contencioso de la legislación ecuatoriana se considera como un divorcio sanción, por la búsqueda de un culpable, por catalogo, debido a sus causales taxativas, y finalmente de carácter unilateral, ya que tan sólo uno de los cónyuges (inocente o afectado) puede pedirlo.

Sin embargo, considero que en general el sistema de divorcio incausado, es aquel más apto para reemplazar el sistema inconstitucional de divorcio contencioso por catálogo causal, que rige actualmente. Mizhari dice que es menester tomar en cuenta que: “[l]os divorcios sin expresión de causa admiten la siguiente clasificación: a) exigirse para su viabilidad el requerimiento de *ambos* esposo, y b) que la ley tenga como suficiente el sólo pedido unilateral de cualquiera de los cónyuges.”¹⁵² El primero de estos presupone la terminación del vínculo conyugal de común acuerdo. Dentro de esta categoría se encuentra el divorcio ya vigente en el Ecuador, por mutuo consentimiento, consagrado en el artículo 107 del Código Civil, ya que las partes no deben hacer una exposición de motivos, sino por el contrario tan sólo solicitarlo. El segundo tipo, es el que propongo que se implemente a cambio del divorcio contencioso, que rige en el Ecuador. Es decir, considero que un divorcio sin causa por voluntad unilateral es el sistema adecuado; creo que si sería aplicable jurídicamente en la legislación ecuatoriana y mantendría armonía con la Constitución.

Considero necesario primero plantear el concepto y funcionamiento de este sistema de divorcio. El tratadista entiende que:

[e]n el divorcio sin expresión de causa (incausado) no se exige la prueba de la culpa ni del desquiciamiento matrimonial; es decir, se atribuye fuerza vinculante al sólo pedido de uno¹⁵³ [...], sin necesidad de invocar causas al tribunal. De aquí se sigue que si bien las causas obviamente existen, estas no trascienden de la intimidad de la pareja, a tal punto que las legislaciones que los recepcionan suelen vedar a los jueces indagar las razones que llevan a los cónyuges a formular el pedido.¹⁵⁴

¹⁵² Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág. 220.

¹⁵³ Se refiere a uno de los cónyuges. *Ibidem*, pág. 220.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pág. 220.

Es decir, el ‘divorcio sin causa por voluntad unilateral’, de acuerdo a la definición anterior, es aquel en donde uno de los cónyuges desea dar por terminado el matrimonio, sin tener que expresar ningún tipo de razón ante el juez competente; aclarando, no existe la: “[...] necesidad de invocar, y mucho menos probar, la concurrencia de hechos subjetivos (imputación de conductas reprochables en el otro) u objetivos (quiebra irremediable de matrimonio, separación de hecho, etcétera.)”¹⁵⁵

La disolución del vínculo matrimonial es otorgada por la autoridad de justicia a la simple solicitud de la parte que la propone. Se debe aclarar que esto no significa que no existan motivos, sino que estos le son totalmente indiferentes al derecho y no deben ser expresados. “Claro está que si se promueve demanda de divorcio es porque las causas existen, sólo que será la voluntad unilateral la que operará en virtud propia, aunque en el fondo seguramente hallaremos siempre las causas reales del conflicto.”¹⁵⁶

En el ‘divorcio sin causa por voluntad unilateral’ se considera necesaria tan sólo la manifestación de voluntad ante la autoridad para dar por terminado el matrimonio. Por otro lado, este tipo de divorcio es de carácter contencioso porque existen voluntades encontradas. “Esa unilateralidad subsume, en consecuencia, la negativa del otro cónyuge a la obtención del divorcio, lo que convierte este proceso de divorcio en un sistema de contradicción.”¹⁵⁷ El hecho de que sea unilateral implica que la solicitud de vínculo matrimonial proviene de uno sólo de los cónyuges, y se asume que el otro no ha deseado hacerlo. Por lo mismo, la solicitud debe ser interpuesta en forma de demanda y respecto de su naturaleza se ha planteado:

[...] la acción de divorcio sutilmente llamada solicitud como un derecho a la jurisdicción o como un derecho abstracto de obrar, ya que basta tan sólo la petición unilateral de la disolución del matrimonio, para que el Juez la decrete aún sin causa para ello, donde incluso no importa la posible oposición del consorte diverso.”¹⁵⁸

En base a todo lo mencionado, considero que el divorcio sin causal por voluntad unilateral debe ser considerado como un remedio, puesto que no busca un culpable, sino por el contrario una solución a un problema familiar. Por otro lado, una vez delimitado

¹⁵⁵ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág. 223.

¹⁵⁶ *Ibidem*, pág. 225.

¹⁵⁷ Silvia Barona Vilar. “De la Disolución”. *Separación, Divorcio, y Nulidad Matrimonial*. Tomo I. Valencia- España: Tirant lo Blanch, 2003. pág 534.

¹⁵⁸ Carlos Rodríguez Martínez. “Divorcio Incausado”. Colima- México, 2009. En línea. [http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Divorcio%20sin%20causales%20\(30enero2009\).pdf](http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Divorcio%20sin%20causales%20(30enero2009).pdf)

el concepto general, cabe mencionarse que su funcionamiento procesal y requerimientos necesarios dependen totalmente de cómo este estipulado en cada legislación. Por esta argumentación, es necesario realizar un análisis de derecho comparado, con el único objetivo de que la propuesta de la reforma tenga bases firmes de cómo será su funcionamiento.

3.1.2 Divorcio sin causa en otras legislaciones: España, México y Suecia

Cuando se trata del divorcio, existe una tendencia mundial a una “liberalización” (concepto tratado previamente en la tesina) de este, es decir que continuamente se están implementando sistemas con divorcios más abiertos y de carácter flexible, en donde éste constituye una solución y no una excepción, y menos aún, un castigo. Sin embargo, el divorcio sin causa por voluntad unilateral (sistema de divorcio propuesto para ser implementado) casi no se encuentra vigente en país alguno, en la actualidad. Este se considera como el sistema más avanzada y de carácter más liberal, ya que no presenta casi restricciones a una rápida y armoniosa disolución matrimonial.

Antes del estudio de las legislaciones que incorporan un sistema de divorcio por voluntad unilateral, se analizarán tipos de divorcios que se encuentran dentro de la “liberalización del divorcio”. El propósito principal de este ejercicio, es demostrar los cambios jurídicos que están ocurriendo. La primera muestra es la vigencia de la separación como causal de divorcio, después de un tiempo determinado. La flexibilidad se manifiesta en que esta puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges sin importar quién es el que abandonó el hogar. Esto se encuentra vigente en el Ecuador.

Otro ejemplo de esta “liberalización” tiene lugar en Alemania, donde se elimina el divorcio con catálogo causal en la reforma de 1976 al Código Civil alemán, el *Bürgerliches Gesetzbuch*. Se modificó el capítulo tercero (Familienrecht), específicamente el párrafo §1565¹⁵⁹, y se estableció que sólo se exige el cese de convivencia por un lapso mayor a tres años; posteriormente, se puede presentar la solicitud (por cualquiera de los cónyuges) que no requiere la presentación de motivos.¹⁶⁰ Este ejemplo, claramente puede ser considerado como una expresión de flexibilización del divorcio y una manera de hacerle más sencillo.

¹⁵⁹ *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemán), publicado y reformado en el *Bundesgesetzblatt* (Gaceta Federal de Ley) el 28 de septiembre 2009

¹⁶⁰ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág. 211.

Debido a que la liberalización del divorcio ha sido complicada, particularmente en Latinoamérica (debido a la fuerza que posee la Iglesia Católica), se han buscado métodos alternativos para aquellas parejas que desean cesar la convivencia y que esta separación posea efectos jurídicos. Por lo mismo, se mantiene en muchas la “separación de cuerpos” o “separación legal”.

La separación de cuerpos se da cuando la vida conyugal termina por resolución de la autoridad judicial competente (el juez de lo familiar), que suspende exclusivamente los deberes relativos al débito carnal y la cohabitación, determinando, en su caso, la procedencia de la liquidación de la sociedad conyugal, o de la división de bienes comunes entre los cónyuges; sin embargo, subsistirá el vínculo matrimonial, por lo que los cónyuges no podrán celebrar nuevas nupcias.¹⁶¹

La separación de cuerpos se encuentra vigente en legislaciones de: Guatemala, en el artículo 159¹⁶² del Código Civil; Venezuela, en el artículo 189¹⁶³ del Código Civil; etc. Generalmente una separación de cuerpos no posee causales taxativas, más esto no es una regla general.

Otro caso de liberalización del divorcio, fue la aprobación en el Estado de Nueva York, en junio del 2010, cuando el senado aprobó el “*no-fault divorce*” o “divorcio sin culpa”, convirtiéndose así en el último Estado en ponerlo en vigencia en los Estados Unidos. Las leyes de divorcio en ese país son de carácter estatal y no federal, pero esta aprobación confirma una unanimidad de aceptación este tipo de divorcio.¹⁶⁴ Entiéndase a este como un divorcio de causal única, ya que unilateralmente uno de los cónyuges puede pedir la disolución del vínculo matrimonial alegando daños irreparables, sin buscar un culpable.

El propósito de todos los ejemplos mencionados anteriormente es demostrar que si bien el divorcio sin causa por voluntad unilateral se encuentra vigente en apenas pocas legislaciones, la tendencia mundial es implementar sistemas de carácter más flexibles, que dejan cada vez más en manos de los cónyuges la decisión de dar por terminado el matrimonio, sin tanta intervención estatal.

¹⁶¹ María de Montserrat Pérez Contreras. *Derecho de familia y sucesiones*. México: Ediciones Nostra, 201. pág 65. En línea.

http://vlex.biblioteques.info/opac/detall_marc_isbn.php?id=5502&isbn=978-607-7603-47-4.

¹⁶² Código Civil (Guatemala), codificado por Decreto Ley 106, 14 de abril de 2008

¹⁶³ Código Civil (Venezuela), publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N. 39386 del 15 de marzo de 2010

¹⁶⁴ Nicholas Confessore, “N.Y. Moves Closer to No-Fault Divorce”. *New York Times*. 15 de octubre de 2010. Ingresado 17 de octubre de 2011.

<http://www.nytimes.com/2010/06/16/nyregion/16divorce.html>

Una vez estipulado esto, es importante analizar cuatro legislaciones en donde si se encuentra vigente el divorcio propuesto. Históricamente fue Uruguay el primer país en implementar el ‘divorcio sin causa por voluntad unilateral’. En 1912, el senador Areco presenta un proyecto de modificación de la ley en el que proponía la inclusión del divorcio sin causa por voluntad unilateral. El tema fue presentado ante los legisladores por Domingo Arena, pero se opusieron debido a que consideraban que este tipo de divorcio dejaba a la mujer en una situación de desventaja. Finalmente, Arena, ante esta oposición aboga por la inclusión de este tipo de divorcio por la sola voluntad de la mujer.¹⁶⁵

La ley que posibilitó el divorcio unilateral para la mujer fue finalmente promulgada a fines de 1913; desde esta temprana fecha el Uruguay contaría con una de las legislaciones más liberales del mundo en materia de divorcio, adelantándose en más de medio siglo a las modificaciones que sufrirían la mayoría de los regímenes de divorcio en América Latina.¹⁶⁶

En la actualidad, Uruguay sigue manteniendo un divorcio sin causa por voluntad unilateral, pero la legitimación para solicitarlo, tan sólo posee la mujer, lo que se encuentra claramente estipulado en el artículo 187 numeral 3 del Código Civil uruguayo que plantea:

[e]l divorcio sólo puede pedirse: 3) Por la sola voluntad de la mujer: En este caso la solicitante deberá comparecer personalmente ante el Juez Letrado de su domicilio, a quien expondrá su deseo de disolver el matrimonio [...] El divorcio por esta sola voluntad no podrá solicitarse sino después de haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio.¹⁶⁷

De acuerdo al artículo precedente se concluye que, si bien es cierto que esta legislación posee un divorcio sin causa por voluntad unilateral, el hecho sólo pueda ser presentado por una parte en particular, de ningún modo es lo pretendo proponer en la tesina. Además, considero que el hecho de que el mismo código estipule a continuación una cantidad de procesos frente al juez, bloquea efectividad al proceso, el mismo que debería encargarse de proteger el derecho de auto-determinarse del cónyuge solicitante, que se ve obstaculizado por la cantidad de tiempo procesal ocupado.

¹⁶⁵ Wanda Cabella. “La evolución del divorcio en Uruguay (1950-1995)” *Revista Notas de Población del Centro Latinoamericana de Demografía*. Uruguay: Programa de Población de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República. En línea. http://www.programadepoblacion.edu.uy/enlazar/cabella_divorcio_1950-1955.pdf

¹⁶⁶ *Ibíd.*

¹⁶⁷ Código Civil (Uruguay), artículo utilizado fue modificado por última vez por el Decreto-Ley N° 14.766 de 18 de abril de 1978.

Muchos años más tarde, Suecia, se une para ser otro de los países pioneros en la implementación de este tipo de divorcio. Respecto de este cambio jurídico, Zannoni dice que:

[...] es interesante destacar que la ley de reformas al derecho de familia de 1976 – vigente desde el 1º de enero de 1977- rechaza toda idea de divorcio causado. Éste puede obtenerse por petición de ambos cónyuges (divorcio consensual) o por petición unilateral de cualquiera de ellos, en ambos casos sin necesidad de expresar causas.¹⁶⁸

Por lo mismo, cualquiera de los cónyuges, sin la necesidad de esperar el transcurso de un plazo mínimo de matrimonio, podrá solicitar el divorcio, sin la invocación de razones. Lo único que exige la legislación es un plazo de reconsideración el cual comenzará a partir con la notificación de uno de los cónyuges al otro con la manifestación de querer presentar una solicitud de divorcio. Este plazo posee: “[...] la obvia finalidad de evitar requerimientos apresurados; de tal modo que la demanda de divorcio emerja de una decisión pensada y elaborada por el cónyuge, y no de un eventual desborde emocional.”¹⁶⁹ “En caso de petición unilateral, ese término de mediación¹⁷⁰ se exige siempre, salvo que, con anterioridad, los cónyuges hubiesen estado separados de hecho durante un término mínimo de dos años. Este régimen subsiste, en lo sustancial, en el Código de Matrimonio de 1987.”¹⁷¹

La diferencia principal del sistema de divorcio sueco con el uruguayo, radica en que puede ser cualquiera de los cónyuges quien realice la solicitud, sin ningún limitante de género. Además no existe un plazo mínimo de matrimonio para solicitar el divorcio pero se introdujo un plazo de reconsideración.

Posteriormente, una de las implementaciones más tardías fue la de España. Este nuevo divorcio fue adoptado mediante Ley 15/2005 con la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio y que a su vez reformó el régimen que había sido establecido previamente en el año de 1981: solo se mantuvo el divorcio por mutuo consentimiento, de legislación anterior. El

¹⁶⁸ Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. Tomo II. 5ta ed. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. pág. 47.

¹⁶⁹ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág. 224.

¹⁷⁰ Entiéndase a este periodo de mediación como seis meses. Eduardo A Zannoni. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. 5ta ed. Tomo II. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. pág. 47.

¹⁷¹ *Ibidem*, pág. 47.

divorcio sin causa por voluntad unilateral se encuentra en el artículo 86 del Código Civil español que plantea:

[s]e decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.¹⁷²

En consecuencia, es necesario plantear el artículo 81 numeral 2 Código Civil español:

[a] petición de uno sólo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.¹⁷³

Por lo mismo, se mantiene de cierta forma el mismo concepto que ya se ha venido tratando a lo largo de la tesina, excepto que exige un plazo mínimo de matrimonio como regla general.

La innovación principal del divorcio español es la inclusión de un convenio regulador el cual debe ser entregado en el momento de presentación de la demanda. Este es presentado con el objetivo de determinar o ayudar planteando posibles soluciones respecto de temas delicados con contenidos mínimos estipulados por ley (el contenido del convenio regulador será presentado posteriormente en la tesina).

El convenio regulador se constituye en elemento determinante de la producción de los efectos y consecuencias del procedimiento y de la sentencia judicial, tanto en cuanto a las medidas provisionales que en aquél hayan de acordarse como las definitivas que en esta hayan de establecerse. En razón, precisamente, de esta variada virtualidad del convenio, y de la diversidad de los ámbitos en que opera, el mismo trasciende en tres aspectos: uno, para ordenar las consecuencias del procedimiento de separación o de divorcio iniciado y tramitado mediante acuerdo de los cónyuges, en cuyo caso la presentación de la demanda exige necesariamente acompañarse de la propuesta de convenio; dos, puede sustituir a las medidas provisionales estrictamente judiciales para durante la tramitación del pleito de nulidad, separación, o divorcio, cualquiera que sea el trámite por el que sustancia el mismo; y, tres, puede sustituir, asimismo, a los efectos accesorios de las sentencias de nulidad, separación, divorcio que, en otro caso, habría de decidir el juez.¹⁷⁴

Si bien el nombre es el de ‘convenio’, se considera que tan sólo constituye una propuesta, puesto que es el juez quien aprueba las condiciones estipuladas en este y decide si será o no aplicable, y en caso necesario, emitirá nuevas órdenes. Lo propuesto en el

¹⁷² Ley 15/2005 por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, promulgada en Boletín Oficial del Estado núm. 163 de 9 de julio de 2005.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ José Luis Lacruz Berdejo, y otros. *Elementos de Derecho Civil: Familia*. Tomo IV. 3ra edición. Madrid- España: Dykinson, 2008. pág 96.

convenio regulador será dictado y acatado como vinculante a partir de la sentencia de divorcio.¹⁷⁵

Finalmente, México es el país más reciente en adoptar el ‘divorcio sin causa por voluntad unilateral’ o simplemente ‘voluntario’ como lo llama su doctrina. Fue normado mediante Decreto de Ley publicado en Gaceta Oficial del Distrito Federal el 03 de octubre de 2008. No obstante, hasta ahora solo está implementado para el Distrito Federal. El artículo 266 del Código Civil (Distrito Federal de México) de este plantea:

[e]l divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo. Sólo se decretará cuando se cumplan los requisitos exigidos por el siguiente artículo.¹⁷⁶

Básicamente, la legislación mexicana implementó de casi exactamente lo que se encontraba vigente en España. La diferencia es que el articulado claramente menciona que es sin causa y esto, por qué México quiere poner énfasis en que el divorcio es un nuevo tipo de solución para los cónyuges y la familia, cuando el matrimonio se ve tan desgastado que ha dejado de cumplir con sus fines y obligaciones. Cuando el matrimonio crea situaciones desagradables y poco saludables, este divorcio es una protección para el núcleo familiar y sus individuos.¹⁷⁷

Como resultado de lo anterior, se puede además mencionar que:

[e]sta reforma se fundamenta en dos puntos: primero, que sólo los cónyuges tienen la facultad de señalar las causas que sean lo suficientemente graves para terminar el matrimonio y no así el Estado, y segundo, que la tramitación del mismo evitará el desgaste y el daño que usualmente conlleva el divorcio, especialmente por el tiempo de su tramitación.¹⁷⁸

¹⁷⁵ José Luis Lacruz Berdejo, y otros. *Elementos de Derecho Civil: Familia*. Tomo IV. 3ra edición. Madrid- España: Dykinson, 2008. pág. 97.

¹⁷⁶ Decreto de Ley por el que se reforma y deroga el Código Civil para el Distrito Federal y se reforma, deroga y adicional el Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal (México), publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 03 de octubre de 2008

¹⁷⁷ Raúl Benítez Zenteno. *Familia, derecho y política de población en México*. México: Editorial Red Papeles de Población, 2006. pág. 26. En línea.

<http://site.ebrary.com/lib/bibusfqsp/docDetail.action?docID=10148435&ppg=16&p00=divorcio%20causa>

¹⁷⁸ Luis Ángel Chico González. “La inconstitucionalidad del divorcio incausado vigente en el Distrito Federal.” *Revista de Derecho y Política*, Núm. 14. México: Epikieia, junio 2010. Pagina 9. En línea. http://vlex.com/vid/inconstitucionalidad-divorcio-incausado-216406001?ix_resultado=2.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=ColeccionTipo&query%5Btextolibre%5D=%22divorcio+causal%22#secc4

Basándose en las dos citas, se concluye que el objetivo de esta reforma mexicana se basa en celeridad procesal y en la protección individual de los cónyuges y el resto de los integrantes de la familia, para evitar un mayor sufrimiento causado por un proceso judicial tedioso y controversial.

Finalmente, el último punto a tratarse con respecto a esta legislación, es el convenio regulador. La legislación mexicana al igual que la española también lo incorpora. El contenido del convenio regulador es el siguiente:

[...] a) Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos, menores e incapaces. b) La forma en la que el progenitor que no tenga la guarda y la custodia de los hijos ejercerá el régimen de visitas y de convivencia, respetando los horarios de comida, descanso y estudio de los hijos. c) El modo de atender las necesidades de los hijos a quienes deba darse alimentos. Deberá especificarse la forma de pago, así como la de la garantía para asegurar su cumplimiento. d) La designación del cónyuge al que corresponde el uso del domicilio o casa en que se habita antes y durante el proceso. e) En su caso, determinar la casa que servirá de habitación al cónyuge y a los hijos, menores o incapaces, durante el procedimiento y después de su ejecución, obligándose ambos a comunicarse los cambios de domicilio, inclusive después de decretarse el divorcio. f) La cantidad que integrará la pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor señalando la forma de pago y la de garantizarla. g) La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, presentando para tal efecto las capitulaciones matrimoniales, el inventario, el avalúo y la forma de partición.”¹⁷⁹

Durante todo el análisis de legislación comparada, se ha tratado la vigencia del divorcio sin causa por voluntad unilateral. A pesar de que este tipo de divorcio no se encuentra vigente en muchas legislaciones, la presentación de estas es necesaria para un entendimiento del funcionamiento, que en conjunto con la delimitación de su concepto ayudan para lograr una propuesta de reforma adecuada para el Ecuador. Uno de los principales propósitos de un estudio de legislación comparada es tomar en cuenta los aspectos positivos y negativos de otras normativas, para un delineamiento adecuado de una propuesta para la legislación local.

3.2 Validez de la implementación del divorcio sin causa bajo la Constitución ecuatoriana y bajo las nuevas perspectivas del derecho de familia

En un subtema anterior se realizó un estudio del concepto del ‘divorcio sin causa por voluntad unilateral’. En base a eso, es preciso analizar si la implementación de este sistema es viable con respecto del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Se escogió este

¹⁷⁹ María de Montserrat Pérez Contreras. *Derecho de familia y sucesiones*. México: Ediciones Nostra, 2010. Pág 68. En línea.
http://vlex.biblioteques.info/opac/detall_marc_isbn.php?id=5502&isbn=978-607-7603-47-4.

tipo de divorcio por la simple razón de que es el único que no viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Como se vio oportunamente en el capítulo II, la necesidad de un nuevo sistema de divorcio nace de la perspectiva de que, al ser eliminada la protección constitucional del matrimonio, la limitación del derecho de libre desarrollo de la personalidad por un sistema de divorcio unilateral por catálogo causal de carácter rígido regulado en el Código Civil, es inconstitucional. Los derechos constitucionales sólo pueden ser restringidos por la Constitución o por referencia expresa de ésta a otras normas.

Por el contrario, el divorcio sin causa por voluntad unilateral no es limitante de este derecho, puesto que permite al cónyuge que no desea seguir casado, decidir sobre como desea llevar su vida y sobre su historial de actos jurídicos. Si desea dejar de ser parte de un vínculo matrimonial, y con esto alcanzar de mejor manera sus objetivos o, simplemente ya que así lo desea, se le debe permitir optar por el divorcio. Todo esto bajo el presupuesto de que así se está protegiendo su derecho al libre desarrollo de la personalidad en su totalidad. Eso es precisamente lo que persigue el 'divorcio sin causa por voluntad unilateral', que el cónyuge pueda dejar de estar casado cuando así lo desee, por la simple solicitud de ello al juez.

En virtud del tan renombrado derecho de libre desarrollo de la personalidad, la persona debe poder decidir sobre todos sus actos, y el derecho no puede ser limitado mediante una obligación de mantenerse unido en matrimonio, donde sus actuaciones no se tipifican en una causal.

Para quien conozca el gratificante pero a la vez complejo mundo del interior del matrimonio, se le hace sumamente difícil imaginar que en cada fracaso deba sindicarse a uno de los conyugues como un delincuente empeñado en dar rienda suelta a sus pasiones, imagen bastante morbosa y del todo desacertada.¹⁸⁰

Bajo este razonamiento, el derecho estaría obligando a la persona a cometer un hecho antijurídico (remitirse a parte 1.2.1.2 de la tesina) para lograr divorciarse. Esto se ve apoyado por la exposición de motivos de la Ley 15/2005 española que plantea:

[...] el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de

¹⁸⁰ Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Tomo II. 7ma ed. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005. pág. 282.

causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación.¹⁸¹

Es más, jurisprudencia mexicana da otro argumento a favor de que en el divorcio sin causa por voluntad unilateral hay sin lugar a duda una máxima expresión del derecho de libre desarrollo de la personalidad cuando alega:

[...] la finalidad del legislador al establecer el divorcio sin causales fue la de evitar conflictos en el proceso de la disolución del matrimonio, respetando para ello el libre desarrollo de la personalidad, pues es preponderante la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge, en virtud de que esa voluntad no está supeditada a explicación alguna sino simplemente a su deseo de ya no continuar casado.¹⁸²

Ambas exposiciones demuestran con claridad que es necesario dar prioridad a la autonomía de la voluntad de las personas, cuando desean dar por terminado su matrimonio, apoyándose en el argumento de que el derecho de libre desarrollo de la personalidad les da la facultad de determinar su plan de vida por encima de cualquier sistema rígido del divorcio.

En conclusión, en la actualidad la doctrina considera que se debe entregar reconocimiento y más que eso, prioridad, a la autonomía de la voluntad y por ende a todo aquello que la persona desea en los casos de conflictos matrimoniales. Anteriormente esta decisión se entregaba absolutamente al Estado, debido a su importancia para el orden público y debido al interés de protección de la familia.¹⁸³ Esta posición se ve corroborada por María Josefa Méndez Costa, y Daniel Hugo D'Antonio quienes sostienen:

[...] en los últimos tiempos se ha abierto paso una posición que sostiene la primacía de la autonomía privada, en particular en el ámbito de los conflictos familiares, afirmando que en tales supuestos, presuponiendo el interés familiar como categoría dogmática y dato a priori moviliza pretensiones controvertidas que pueden superarse – la mayoría de las veces o casi siempre – en el ámbito de la autonomía privada.¹⁸⁴

Es decir, hay una tendencia moderna de respeto y protección hacia los derechos fundamentales, sin restricción. Como resultado, es imperativa la implementación de un siste-

¹⁸¹ Ley 15/2005 por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, promulgada en Boletín Oficial del Estado núm. 163 de 9 de julio de 2005.

¹⁸² Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Sentencia Ejecutoria de Primera Sala, Contradicción de tesis 322/2009. Publicada en Gaceta XXXI, 9ª época. 10 de abril de 2010. Disponible en: <http://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/sentencia-ejecutoria-primera-contradiccion-209283515>

¹⁸³ María Josefa Méndez Costa, y Daniel Hugo D'Antonio. *Derecho De Familia*. Volumen II. Buenos Aires - Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2001. pág. 455.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pág. 60.

ma de divorcio que consagre esto, es decir el ‘divorcio sin causa por voluntad unilateral’.

Como otro aspecto dentro del tema que se ha tratado, el derecho de libre desarrollo de la personalidad posee carácter constitucional, pero también la protección a la familia, posee rango equivalente.

La parte de la doctrina que se opone al de divorcio sin causa por voluntad unilateral, lo hace bajo la premisa de que la implementación de un sistema tan abierto conlleva mayor cantidad de disoluciones matrimoniales y por lo mismo, de hecho es una manera que impulsa la ruptura familiar, violando la protección constitucional que existe respecto de ésta.

En defensa ante lo que estipula la doctrina contraria se alega que:

[l]os derechos atribuidos a los miembros de la familia garantizan y promueven directamente exigencias de la persona y no de una entidad distinta que sea expresión de un interés superior colectivo y de un fundamento separado de derechos y deberes. La familia no es titular de un interés autónomo, superior al relativo al pleno y libre desarrollo de las personas individuales que la componen.¹⁸⁵

Como se mencionó a lo largo del capítulo II, y en congruencia con la cita anterior, se concluye que los pensamientos jurídicos modernos y también la Constitución, plantean que los intereses de las personas se encuentran por sobre la familia. Esto no significa que los intereses de los integrantes no deban mantener cierta congruencia entres sí, pero si, que la familia se encuentra para apoyar a sus integrantes. Es decir, las personas son seres independientes y no se encuentran al servicio de la familia; por lo contrario, esta última está sirve precisamente para cumplir con los fines individuales de sus miembros.

Implementar un divorcio más liberal no significa:

[...] desproteger a la familia nuclear, concreta y humanamente considerada. Constituye un deber indeclinable de los jueces preservar la integridad material, moral y psíquica de los niños, auténticos terceros que normalmente se ven envueltos en conflictos conyugales. Pero es cierto que, analizando el tema desde otro plano (el deshumanizado orden familiar abstracto que no responde a las necesidades de las personas), su afectación es posible; pero en tal caso ha de ser bienvenida la desarticulación de aquel orden familiar en pos del bienestar de los seres humanos. No debe haber interés social en la conservación inmutable de entelequias.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Pietro Perlingieri. *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes*. 3era edición. Agustín Luna Serrano, Carlos Maluquer de Motes y Bernet. Madrid-España: Dykinson, 2008. pág 873. En línea. <http://vlex.com/source/derecho-civil-legalidad-constitucional-sistema-italo-comunitario-2729>

¹⁸⁶ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág. 228.

Por lo mismo, si los intereses de los más débiles se encuentran protegidos en un proceso de disolución del vínculo matrimonial, no hay razón lógica para no implementarlo. Por otro lado, hay que enfatizar siempre la protección de los derechos de todos los miembros. Además, un divorcio no significa la disolución de la familia sino sólo la terminación del matrimonio: en ningún momento se presupone que se dejarán desprotegidos a los integrantes de la familia. Es más, en cuanto a la preocupación de cuánto pueden llegar a verse afectados los menores en un proceso de divorcio, König y Fromm se ha expresado al respecto diciendo que:

[...] desde sus respectivas disciplinas, afirman que la real causa del divorcio es el rompimiento o agotamiento de las relaciones y de los sentimientos que llevaron al matrimonio a la pareja (en el derecho romano se conocía a estos sentimientos como *affectio maritalis*). Ambos sostienen también que esta ruptura franca no afecta a los hijos e hijas, como se suele afirmar desde posturas moralizantes. Al contrario, frente a las desavenencias cotidianas y conflictos graves que llevan a la ruptura, circunstancias que realmente los dañan, la separación franca y honesta les reporta una mejoría.¹⁸⁷

Por ello, si es el deseo de alguno de los cónyuges de dar por terminado el vínculo, y sus fines ya no van acordes al matrimonio, debe poder hacerlo en base a la protección individual de sus deseos y derechos, frente a los fines y derechos de los otros miembros de la familia. “En efecto, el ejercicio de la libertad de cada uno puede llevarlo a buscar una segunda, o una tercera, o una novena oportunidad, con la esperanza de lograr la felicidad que inicialmente le ha sido esquiva.”¹⁸⁸ Además, es ilógico pensar que porque hay la vigencia de un sistema más rígido, las personas no van a divorciarse: simplemente se separan y luego quizá se divorcian. ¿Entonces, por qué no implementar un divorcio proteccionista de derechos? O ¿por qué no evitar procesos convulsionados?

Hasta aquí se han expuesto argumentos de el por qué un divorcio sin causa por voluntad unilateral respeta el derecho al libre desarrollo de la personalidad y además, se ha clarificado que la implementación de este no deja en ningún momento de lado la protección a la familia. Por lo tanto, constitucionalmente, no hay ningún impedimento para la implementación el divorcio sin causa por voluntad unilateral en el Ecuador, además que se mantendría la armonía con el resto del ordenamiento jurídico.

Ahora, de acuerdo a las tendencias modernas del derecho de familia se dice que:

¹⁸⁷ Alicia Pérez Duarte. *Derecho de Familia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. pág. 101

¹⁸⁸ Jorge Adolfo Mazzinghi. *Derecho De Familia: Separación Personal y Divorcio*. Tomo III. Buenos Aires- Argentina: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1999. Universidad Austral.pg 42.

[e]l divorcio incausado por voluntad unilateral debe ser admitido por las leyes contemporáneas para poder estar en adecuada sintonía con las valoraciones sociales vigentes y las conclusiones de los más variados enfoques interdisciplinarios. Tuvimos ya oportunidad de decir las notas psicológicas actuales que envuelven el matrimonio posmoderno: el vínculo que nace como una elección –no por acatamiento de mandatos familiares-, y que no se limita al acto inicial. Con un criterio mucho más extensivo y coherente, al consentimiento matrimonial, en nuestros días, corresponde interpretarlo como el resultado de una voluntad continua, donde juega una elección permanente recíproca e entre los esposos. Ello es producto de una revalorización de los afectos como causa sustentadora de la relación matrimonial, que hace a una mayor humanización del vínculo conyugal. Si esto es así, la ley no tiene otra alternativa que ponerse en tono con estas valoraciones y hacer del divorcio un sistema más expeditivo aún que para la celebración del mismo matrimonio: si para éste se requiere de la concurrencia de dos voluntades, bastará la de una sola para desanudar el vínculo.¹⁸⁹

La cita anterior estipula que el divorcio sin causa por voluntad unilateral, propuesto, puede y debe ser implementado a fin de que el ordenamiento jurídico pueda estar acorde con evolución social.

Ya que el Ecuador se encuentra también viviendo estos cambios, es preciso que el derecho se adecue al pensamiento social contemporáneo. El matrimonio es algo cotidiano, por lo que el sentimiento debe ser algo continuo y no, de un consentimiento inicial. Un sistema de divorcio sin causa por voluntad unilateral quizá sea razón de que aumente el número de disoluciones de vínculos matrimoniales; sin embargo, es una solución viable para conflictos familiares y relaciones maritales enfermizas, que llegan incluso afectar psicológicamente a los miembros dentro del matrimonio. No hay una lógica que justifique seguir protegiendo matrimonios obsoletos, que ya no cumplen con los fines originales de este. Hay que cambiar el derecho, protegiendo la individualidad con un cambio del sistema violatorios de derechos.

El divorcio como instituto no puede ser calificado en términos de bueno o malo, más bien debemos intentar preguntarnos si es útil a la sociedad y por qué. En estos términos, el divorcio es, indudablemente, un instituto útil en las relaciones familiares, aunque perfectible. Su utilidad estriba en que porta un principio de solución a un conflicto, ofreciendo un instrumento de tipo jurídico para resolver un problema afectivo.¹⁹⁰

Finalmente, el ‘divorcio sin causa por voluntad unilateral’ se encuentra en total armonía con la Constitución vigente, que es una constitución neoconstitucional. Como se trató anteriormente, el neoconstitucionalismo, se caracteriza por mantener un sistema con un eje transversal de derechos. Es decir, que la protección a los derechos debe en-

¹⁸⁹ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág. 225- 226.

¹⁹⁰ Alicia Pérez Duarte. *Derecho de Familia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. pág. 101

contrarse en toda la normativa y sistemas del Estado. El Ecuador es garantista y por lo mismo, máximo defensor de derechos. En consecuencia el divorcio sin causa por voluntad unilateral:

[...] es consecuencia necesaria del planteamiento individualista y subjetivismo voluntarista: la voluntad del individuo es dueña del matrimonio tanto para determinar su existencia, como para provocar su disolución: en su manifestación más radical, cuando el papel de la afectividad y el sentimiento en el matrimonio ya ha sido afirmado como esencial, el matrimonio puede depender de la voluntad de uno sólo de los conyugues: si el efecto ha cesado, y si alguien no quiere ya seguir unido a su esposo o esposa, ¿quién puede obligarle a continuar?, ¿quién puede sujetar su espíritu en el matrimonio, cuando ya se ha alejado de él?¹⁹¹

¿Entonces que más lógico que una implementación de un sistema de divorcio sin causa por voluntad unilateral, si este es la máxima expresión de libertad? Durante el presente subtema se ha tratado la validez de la implementación del divorcio propuesto bajo la Constitución ecuatoriana y en relación a las tendencias actuales del derecho de familia. Se ha estipulado que el tipo de divorcio contencioso vigente es inconstitucional debido a un cambio en la Constitución vigente. La legislación perfecta para sustituir este divorcio, sería uno, ‘sin causa por voluntad unilateral’. Es necesario reformar el sistema según lo mandado por el artículo 84 de la Constitución que establece:

[l]a Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos de poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Habiendo mencionado que el divorcio sin causa por voluntad unilateral es el sistema perfecto para reemplazar al divorcio contencioso vigente en el artículo 110 del Código Civil, puede haber lugar a un cuestionamiento. ¿Por qué no entonces implementar el divorcio remedio por causal única? Este posee el mismo efecto, ya que en teoría, con la presentación de cualquier razón verídica, el divorcio sería otorgado al cónyuge solicitante: en teoría este sistema respeta el libre desarrollo de la personalidad. La respuesta a esta incógnita, la proporciona Mauricio Mizhari cuando plantea que este sistema tiene:

¹⁹¹ Carlos Martínez de Aguirre. Diagnostico sobre el Derecho de Familia. Madrid- España: Ediciones Rialp S.A., 1996.pág. 57. En línea.
http://books.google.com.ec/books?id=pOaHenvyVEC&printsec=frontcover&dq=derecho+de+fami- lia&hl=es&ei=ZURITqTTMMutwfyvMyjCg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CDwQ6AEwAw#v=onepage&q&f=false

[...] el serio inconveniente de que en estos supuestos se confiere al juzgador un exceso de facultades. Importa en verdad una suerte de retroceso de la ley en beneficio del poder jurisdiccional del juez; éste, a su sólo arbitrio y prácticamente sin límites, ha de decidir cuándo una determinada realidad matrimonial se encuadra en el modelo genérico general. Ello conlleva el riesgo de que se dicten sentencias arbitrarias, por la apuntada falta de parámetros concretos fijados *a priori*.¹⁹²

Es decir, en tanto que el juez posea la facultad de analizar si considera válida la razón por la cual se solicita el divorcio, se da nuevamente un limitante al libre desarrollo de la personalidad, ya que el juez podrá o no otorgar el divorcio, limitando la decisión del solicitante.

3.2.1 Lineamientos para reforma

La solución planteada en líneas anteriores con relación a la inconstitucionalidad del divorcio contencioso por catálogo causal, vigente en el artículo 110 del Código Civil, es la de reemplazar el sistema por un divorcio sin causa por voluntad unilateral. El Ecuador como Estado protector de derechos debe buscar garantizarlos en toda su legislación. El derecho de libre desarrollo de la personalidad se encuentra limitado por un divorcio contencioso rígido lo convierte en inconstitucional. Considero que debe primar el derecho constitucional de libre desarrollo de la personalidad, y que un ejercicio pleno de este, debe consagrarse en la solicitud unilateral del divorcio sin expresión de motivos. El sistema de divorcio propuesto es el único que se adapta al concepto general y no viola ningún derecho.

Esta no es una propuesta sin fundamento, por cuanto la idea surge de la investigación de legislaciones de países como México, España y Suecia. Sin lugar a dudas, en cuanto al divorcio, estos países son pioneros del derecho de familia.

La propuesta de reforma consiste en cambiar el texto del artículo 110 del Código Civil implementando un divorcio sin causa por voluntad unilateral. En artículo mencionado, según mi propuesta, quedaría de la siguiente manera:

Art. 110: El juez mediante sentencia declarará el divorcio a solicitud de cualquiera de los cónyuges que manifieste su voluntad de dar por terminado el matrimonio. No se exigirá al solicitante expresar la causa para justificar su pretensión.¹⁹³

Conjuntamente con la demanda de divorcio deberá presentar el cónyuge solicitante un convenio regulador.

¹⁹² Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pág. 209.

¹⁹³ Anteproyecto del Código de Familia

Para armonizar la legislación con esta reforma, se debe eliminar toda referencia en la normativa al cónyuge culpable ya no se trata de un divorcio sanción sino por el contrario, uno de remedio. Dentro de esta necesidad de armonización se encuentran los artículos 112, y 114, del Código Civil.

El proceso de ‘divorcio sin causa por voluntad unilateral’ propuesto, es de carácter contencioso, ya que al ser unilateral sólo una de las partes desea disolver el vínculo matrimonial, encontrándose voluntades encontradas. Por lo mismo, en la contienda habrá y actor y un demandado y el divorcio será declarado por sentencia. Si se mantendrá también un tiempo de prueba, el cual se abrirá para las excepciones que ameriten ser probadas. Esto concuerda a la perfección con el artículo 121 del Código Civil. Además, debido a que se busca celeridad y procesos que no afecten a las partes, se lo mantendrá como un proceso verbal sumario. La sentencia es de carácter apelable únicamente cuando el divorcio sea negado a la parte solicitante y por cuestiones de forma. Obviamente el juez no entrará en ningún momento a discutir sobre el fondo del asunto.

Debido a que la propuesta de reforma incluye un convenio regulador, es necesario plantear asimismo el contenido de este. El concepto de este convenio fue tratado anteriormente en la tesina. El artículo deberá ser incluido en el Código de Procedimiento Civil y estipulará lo siguiente:

Art...: El convenio regulador al que se refiere el artículo 110 del Código Civil deberá contener al menos los siguientes puntos:

1. Designación del cónyuge al cual le toca el cuidado de los hijos y su educación. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan;
2. La atribución del uso de la vivienda;
3. La pensión designada para alimentos;
4. Cuando proceda, la forma de liquidación de la sociedad conyugal;
5. Pensión compensatoria.

Al hablar de convenio regulador, debe volver aclararse que no se trata de un convenio propiamente dicho, por cuanto no surte efectos para las partes. Se la considera como una propuesta necesaria, debido a que son las partes quienes mejor conocen la situación de su entorno y por lo tanto están en capacidad de proponer soluciones de carácter óptimo, para todos los miembros de la familia. En caso de no existir reconciliación entre las partes, en la audiencia dispuesta para esto, se procederá a discutir el tema del convenio regulador. No obstante, el juez tendrá la potestad para dirimir sobre el convenio regulador y finalmente es quién dictará cómo se resolverán los distintos temas relacionados

con el matrimonio, obviamente de manera motivada. Los temas del convenio regulador serán resueltos en la misma sentencia del divorcio, pero podrá el juez modificar su decisión respecto del cuidado, educación, y alimentos de los hijos.

Cabe recalcar que no se incluye un periodo de reconsideración o plazo mínimo del matrimonio dentro de la reforma, ya que en mi opinión estos fueron incluidos en otras legislaciones, para que el cónyuge solicitante recapacite sobre su decisión. No obstante, es ilógico pensar que cualquier persona solicitaría el divorcio sin antes meditar sobre el asunto; por otro lado, es obvio que de hecho si se va a transcurrir un tiempo mínimo, hasta porque va a ser necesario para la preparación de la demanda.

Es cierto que el numeral cinco del artículo en la propuesta del convenio regulador no se encuentra incluido dentro de la legislación ecuatoriana, por lo que su pertinente articulado y tema tratado se resolverán en el siguiente punto de la tesina.

3.2.2 Cónyuge Débil

Una vez presentada la reforma que se ha propuesto, es necesario analizar el tema controversial, el del cónyuge débil. Una de las razones principales por las que existe una oposición tan fuerte al divorcio sin causa por voluntad unilateral, es precisamente por cuanto los legisladores se preocupan por la situación del cónyuge que se queda en desventaja. Se cree que al posibilitar un divorcio de este carácter, tan rápido, una de las partes puede llegar a encontrarse en una situación de desventaja: como sería por ejemplo, el caso de las amas de casa. La doctrina argumenta que, teniendo un sistema de divorcio flexible, existiría una mayor cantidad de ex-cónyuges en situación de debilidad. En este sentido, se denomina cónyuge débil, aquella persona que en caso de disolución del vínculo matrimonial, se encontraría en una situación económica de desventaja frente a la que tenía en el matrimonio.

Se podría plantear que una de las soluciones es indemnizar a los afectados. En ese sentido, hay que recordar que los daños deben resarcirse cuando hay responsabilidad. Históricamente, no se reconocía ningún tipo de indemnización en el derecho de familia: esta posición se basaba en la *Concepción Institucional* de la familia. Por lo mismo, en la visión de la misma, todos los miembros eran parte de ella, formando una colectividad. El argumento que se sostenía, era que la institución no puede indemnizarse a sí misma. Alegaba también que no se permitían acciones reparatorias en razón a que iban en con-

tra de las buenas costumbres. Por otro lado, en la actualidad, se admite que se puede dar una indemnización entre miembros de la familia y de estos en relación con terceros.¹⁹⁴

Respecto de la teoría solamente de daños en el divorcio, existen dos concepciones que en un principio fueron radicalmente opuestas: una que niega los daños y una amplia, que admite que hay lugar a indemnización de daños en el divorcio. En la actualidad ambos movimientos han llegado a ciertos consensos.¹⁹⁵ Precisamente uno de los acuerdos a los que han llegado, es la posibilidad de resarcimiento en un divorcio por catálogo causal, y su justificación radica precisamente en que:

[...] los hechos que configuran las causales subjetivas de divorcio son ilícitos, y por lo tanto, si ocasionan un perjuicio dan nacimiento a la obligación de reparar. Esta obligación se extiende a los casos en que el daño es causa indirecta del perjuicio, como sucede en los supuestos en que el hecho da lugar al divorcio y éste a su vez al perjuicio. Se estaría ante consecuencias mediatas de los hechos ejecutados por el cónyuge culpable, y por los cuales éste debe responder, habida cuenta de que en su conducta debió necesariamente prever que estaba dando derecho al otro esposo a solicitar el divorcio.¹⁹⁶

Si bien ambas tesis admiten la reparación de daños y perjuicios, la tesis restringida plantea que los daños deben venir directamente de los hechos constitutivos de las causales, mientras que la tesis amplia en cambio alega que pueden venir aún de hechos indirectos a estas.¹⁹⁷ En un sistema causal, sin importar la tesis que se siga, hay lugar a una reparación ya que el cónyuge culpable comete un hecho ilícito por el cual tiene responsabilidad. En el caso del Ecuador, la causal 8 de artículo 110 del Código Civil es en la única que no se puede considerar que hay responsabilidad por cuanto el cónyuge culpable, por sufrir una enfermedad, no es responsable, no hay culpa.

No obstante, en un sistema de ‘divorcio sin causa por voluntad unilateral’ es muy discutible si hay lugar a indemnización de daños y perjuicios ya que no hay culpa ni dolo. No existe responsabilidad, y por ello no hay obligación de indemnizar, ya que ninguno de los cónyuges es culpable. Respecto de esto la doctrina ha estipulado que: “no corresponde intentar una acción de daños y perjuicios por quien resulta inocente en

¹⁹⁴ Graciela Medina. *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires- Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2002. pág 20 – 21.

¹⁹⁵ Mauricio Luis Mizhari. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. págs. 487 - 488.

¹⁹⁶ *Ibíd*em, págs. 495 - 496.

¹⁹⁷ *Ibíd*em, págs. 495 y 499.

un juicio de divorcio contradictorio. El divorcio en si mismo no puede dar lugar a la acción a la acción de daños y perjuicios.¹⁹⁸”

Habiéndose mencionado que es discutible la posibilidad de plantear una acción de reparación por daños y perjuicios en un divorcio sin causa por voluntad unilateral, considero que si es importante dar protección al cónyuge que se encuentra en una situación de debilidad frente al divorcio. Por lo mismo, propongo que conjuntamente con el divorcio sin causa por voluntad unilateral, se implemente una pensión compensatoria.

La pensión compensatoria se entiende como aquel:

[...] instrumento que trata de enmendar la disminución del nivel de vida que conlleva toda ruptura de la convivencia, entendiéndose que su función ha de ser permitir al cónyuge más desfavorecido seguir disfrutando de un nivel económico similar al que al que llevaba durante su etapa de convivencia matrimonial.¹⁹⁹

Es decir, es una pensión monetaria fijada judicialmente en la sentencia de divorcio, para compensar a aquella parte que ha sufrido un empeoramiento económico a raíz del divorcio y en relación al otro cónyuge. No se trata de un monto basado en la necesidad, sino simplemente, un balance respecto de una situación anterior; debe darse esta pensión compensatoria, no como una indemnización sino en base a una pérdida de los considerados derechos económicos o legítimas expectativas (de mantener una misma calidad de vida) que tenía el cónyuge.

Propongo que en el Ecuador, el monto de la pensión compensatoria se haga de la misma manera que en la Ley 30/1981 (legislación que modificó el Código Civil español) e incluso se redacte el articulado igual. El Código Civil español en su artículo 97²⁰⁰ estipula:

El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

- 1º. Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.
- 2º. La edad y estado de salud.
- 3º. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

¹⁹⁸ Graciela Medina. *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires- Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2002. pág 81.

¹⁹⁹ Enrique Rubio Torrano. “El desequilibrio económico en la pensión compensatoria”. *Aranzadi Civil-Mercantil num. 7/2011*. Pamplona- España: Editorial Aranzadi S.A.,2011.
<http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/document?docguid=I11a1e470f9ee11e0af3a01000000000&srguid=i0ad8181500000133220fb695316ed9fa>

²⁰⁰ Ley 30/1981 (España) por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, promulgada en Boletín Oficial del Estado 20 de julio de 1981.

- 4°. La dedicación pasada y futura a la familia.
 - 5°. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
 - 6°. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
 - 7°. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
 - 8°. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

El único cambio propuesto a esta formulación para su incorporación al sistema legal ecuatoriano, es el de remplazar los términos “resolución judicial” por ‘sentencia de divorcio’.

El propósito del presente capítulo era encontrar un sistema de divorcio que reemplace al divorcio contencioso por catálogo causal, vigente en el Ecuador. Para este fin, se trataron algunos tipos de divorcios vigentes, en la mayoría de legislaciones relevantes para el derecho de familia, para comprender su funcionamiento. En base a ese análisis concluyo que el tipo de divorcio que debería ser implementado será de tipo incausado, puesto que esta es la única manera en que cualquiera de los cónyuges podrá decidir libremente sobre sus actos, y por ende, dirigir su vida de la manera que lo desee. En el caso de los divorcios de tipo sanción y en los de causal única, la ley o el juez son los encargados de decidir sobre la aptitud de dar por terminado el vínculo, lo cual va en contra del concepto del derecho de libre desarrollo de la personalidad, tratado en el capítulo II.

A continuación se realizó un análisis de legislación comparada. A través de la comprensión de cuatro legislaciones distintas, se logra captar los aspectos más positivos de estas, para luego proponer una reforma del actual artículo 110 del Código Civil. Pero primero se hace un análisis de la posibilidad jurídica de una implementación de este tipo de divorcio en base a la Constitución. Además, puesto que el Ecuador se ha caracterizado por mantenerse en la vanguardia del derecho de familia, dentro de Latinoamérica, también se hace un análisis de este tipo de divorcio en el entorno de concepciones modernas. Finalmente se plantea una reforma del articulado ya mencionado, para implementar un divorcio sin causa por voluntad unilateral. Además, se plantean nuevos conceptos jurídicos aplicables: el de ‘convenio regulador’ y el de ‘pensión compensatoria’.

4. Conclusiones

Se ha demostrado con la tesina que el divorcio contencioso por catálogo causal vigente en el artículo 110 del Código Civil, limita el derecho de libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 66 numeral 5 de la Constitución, por lo mismo el divorcio mencionado es inconstitucional. En base a tal violación y conjuntamente con la desprotección al matrimonio en la actual Constitución, hace imperativo reemplazar este sistema de divorcio por uno alternativo. En base a tal problema jurídico, se ha presentado una propuesta de reforma para la implementación de un sistema de ‘divorcio sin causa por voluntad unilateral’.

Para comprobar la hipótesis de la tesina, se ha concluido que el derecho de libre desarrollo de la personalidad es aquel derecho reconocido en la norma (Constitución e instrumentos internacionales, en este caso) a todas las personas; las mismas que podrán decidir libremente sobre todos sus actos, escogiendo de una gama de opciones, especialmente en virtud de que puedan alcanzar todos sus objetivos de vida, y en base a estos lleguen a dar sentido a su existencia. El derecho al libre desarrollo de la personalidad ha de ejercerse sin ninguna imposición ajena al sujeto activo y los únicos limitantes serán los derechos de terceros, la Constitución y el orden público del Estado. Este derecho se ejerce en dos momentos: uno presente y uno futuro. El presente, en cuanto a la facultad de realizar en un momento preciso, actual, los actos jurídicos que desee; y en un futuro, por cuanto estos actos actuales son los que forjarán y ayudarán a conseguir ciertos objetivos de vida y darle sentido a la existencia del sujeto.

En el Ecuador, el derecho de libre desarrollo de la personalidad es constitucional, humano, y, fundamental. Por lo tanto, su protección es imperativa en todos los ámbitos del Estado, además de que debe ser adecuada.

La inconstitucionalidad del divorcio contencioso vigente nace con la limitación que este ejerce sobre el derecho constitucional de libre desarrollo de la personalidad. Los derechos subjetivos constitucionales sólo pueden ser limitados: por la misma Constitución, por referencia de ésta en otras normas, en búsqueda de la protección de derechos humanos, por derechos de terceros, y en base a la protección del orden público del Estado. Por lo mismo, es inconcebible que un derecho constitucional, como el mencionado, se encuentre restringido por un divorcio regulado en el Código Civil.

El divorcio contencioso vigente en el Ecuador, es una forma de terminación del matrimonio válido, producida en vida de los cónyuges por sentencia judicial. Se da lugar al divorcio cuando uno de los cónyuges ha incurrido en una conducta reprochable calificada en las causales taxativas estipuladas por la ley. El divorcio sólo puede solicitar el cónyuge inocente, excepto en el caso de abandono por un lapso mayor de tres años. Finalmente se debe recordar que la doctrina ha calificado a las causales como hechos anti-jurídicos.

En base a lo mencionado, este divorcio no permite dar por terminado el matrimonio a uno de los cónyuges, cuando así lo desee, sino que por el contrario, se imponen razones jurídicas para poder solicitarlo. Es decir, la parte que desea terminar su matrimonio, por la simple necesidad de así hacerlo, se encuentra imposibilitado. Esto conlleva una frustración a su aptitud de decisión sobre sus actos jurídicos presentes y futuros. Además, la incapacidad de solicitar el divorcio porque así lo desea, puede ofuscar algunos de sus objetivos de vida, y posiblemente bloquear el sentido de su existencia.

El derecho constitucional de libre desarrollo de la personalidad se encuentra siendo ejercido cuando las decisiones son personales e independientes. El que sea el juez, un tercero en la discordia, quien decide sobre la terminación del vínculo matrimonial encerrado por lo mandado en la ley, hace que el derecho no esté ejercido por el sujeto activo, sino por el contrario, limitado por la decisión de la autoridad de justicia y la norma. El derecho, por ser subjetivo, recae solamente sobre la persona que lo posee. Por todo lo mencionado anteriormente, el 'derecho constitucional del libre desarrollo de la personalidad' en la actualidad se encuentra limitado por un tipo de divorcio, regulado en una normativa de inferior jerarquía a la Constitución, lo que lo convierte en inconstitucional.

La tesina, estudia y concluye que el divorcio contencioso fue el producto directo de la preocupación de protección al matrimonio, introducido en los textos constituciones. Es más, la Constitución anterior, de 1998, protegía al matrimonio en su artículo 37. Se entendía que el matrimonio estaba protegido por cuanto se consideraba que el mismo era el inicio de la familia. Dado que esta última está protegida, como el núcleo fundamental de la sociedad, el legislador consideró necesario darle protección constitucional a lo que se concebía como célula de creación de la familia.

Por lo mismo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra limitado por una protección constitucional al matrimonio. Tal restricción, impuesta al derecho,

era totalmente jurídica en su momento, en aplicación de un precepto donde el derecho subjetivo constitucional sólo puede ser limitado por la Constitución. No obstante, en la actual Carta Magna, no existe tal protección al matrimonio, y en cambio, la protección es solamente para la familia.

Debido a que el producto directo de este limitante era el divorcio contencioso, y en virtud de que ya no existe tal protección al matrimonio, la limitación ejercida sobre el derecho del libre desarrollo de la personalidad ya no tiene fundamento, y por lo mismo, convierte al divorcio contencioso vigente en inconstitucional.

La solución a ese problema jurídico es reemplazar el divorcio contencioso vigente, a través de una propuesta de reforma al artículo 110 del Código Civil. En conclusión, el ‘divorcio sin causa por voluntad unilateral’ es el más adecuado para reemplazar el divorcio contencioso actual. Ese tipo de divorcio puede ser solicitado por cualquiera de los cónyuges, ante el juez competente, de lo civil. La demanda no requerirá exponer razones o motivos que fundamenten su pretensión, y, el juez deberá otorgarlo en virtud de una protección constitucional al libre desarrollo de la personalidad.

El propósito del ‘divorcio sin causa por voluntad unilateral’ es entregar autonomía a la voluntad del cónyuge solicitante y ser proteccionista de sus derechos, cuando desee dar por terminado el matrimonio. Por lo mismo, el derecho de libre desarrollo de la personalidad en ningún momento puede depender de la demostración de la concurrencia de alguna de las causales, establecidas en el Código Civil, sino que por el contrario, solamente estará sujeto a la simple voluntad del solicitante. Este tipo de divorcio entregará la facultad al cónyuge que desea dar por terminado el vínculo matrimonial. De esta manera se da protección a sus objetivos de vida, distintos del matrimonio y su decisión será independiente de la decisión de un juez y de la norma. Es decir, este divorcio propuesto protegerá completamente el derecho del libre desarrollo de la personalidad.

El estudio de tendencias actuales en el derecho de familia y de la Constitución, confirmó mi hipótesis de que es imperativa una reforma del divorcio contencioso. La Constitución actual estipula que la familia se encuentra al servicio de sus miembros y del cumplimiento de sus fines, siempre y cuando, estos no afecten derechos de terceros ni sean contrapuestos entre sí. Actualmente se vela por el interés individual de las persona. El individuo ha pasado a ser el núcleo fundamental de la sociedad ya que sin éste, la perpetuidad de la especie como tal sería inconcebible. Por ende, ¿qué más protección a

la individualidad que entregarle la facultad de decidir en qué momento desea dar por terminado su matrimonio? El 'divorcio sin causa por voluntad unilateral' refleja la más pura defensa de los derechos de libertad del ser humano, específicamente el del libre desarrollo de su personalidad.

Además, ciertamente la propuesta de la tesina de la implementación de un divorcio por voluntad unilateral refleja la visión del neoconstitucionalismo. La Constitución ecuatoriana fue producto del auge de un nuevo fenómeno constitucional, que es simplemente la versión moderna del Estado de Derecho y, es básicamente un movimiento garantista, proteccionista de derechos. Por lo mismo, se introduce armonía con un divorcio que defiende un derecho constitucional, el mismo que actualmente se encuentra limitado por un divorcio de carácter rígido e inconstitucional.

Adicionalmente, como parte integral de la propuesta se ha incluido una pensión compensatoria para el cónyuge que se encuentra en desventaja económica frente a la situación que tenía en el matrimonio, e incluso, antes de este. Se incluye esta nueva institución jurídica, en razón de la teoría de los derechos adquiridos. Debido a que es discutible la posibilidad de una indemnización de daños y perjuicios en el divorcio sin causa por voluntad unilateral, ya que no posee elementos de responsabilidad o culpa, es necesario incluir una forma de compensación al cónyuge afectado, pero no en razón del divorcio, sino por derechos legítimos que posee.

Se ha visto a largo de la tesina que el derecho de libre desarrollo de la personalidad se encuentra limitado por el divorcio contencioso regulado en el Código Civil. El ya mencionado derecho, por ser subjetivo y constitucional solamente puede ser limitado por la Constitución, y no por una norma de menor jerarquía sin referencia a la misma. Por lo mismo, el divorcio contencioso es inconstitucional, y debe ser reemplazado por el legislador, conforme al artículo 84 de la Constitución (armonía normativa). El 'divorcio sin causa por voluntad unilateral' es el óptimo para ser implementado, porque su carácter liberal permite la protección de todos los derechos, especialmente el del libre desarrollo de la personalidad, consagrado en la Constitución ecuatoriana.

Bibliografía:

- Alessandri, Arturo, y Somarriva, Manuel. *Derecho Civil: Parte Preliminar y Parte General*. Antonio Vodanovich. Tomo II. 5ta ed. Santiago de Chile- Chile: Editorial Ediar-Conosur, 1991.
- Alexy, Robert. “Los Derechos Fundamentales”. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá- Colombia: Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- Azuela Guitrón, Mariano. “Concepto y Evolución del Estado de Derecho”. *Estado de Derecho*. Barra Mexicana de Abogados. México: Editorial Themis. 1997.
- Badeni, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*. 2nda ed. Tomo I. Buenos Aires– Argentina: La Ley S.A.E, 2006
- Barona Vilar, Silvia. “De la Disolución”. *Separación, Divorcio, y Nulidad Matrimonial*. Tomo I. Valencia- España: Tirant lo Blanch, 2003.
- Barroso, Luís Roberto. *El Neoconstitucionalismo y Constitucionalización del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008. En línea.
<<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2538>>.
- Benítez Zenteno, Raúl. *Familia, derecho y política de población en México*. México: Editorial Red Papeles de Población, 2006. En línea.
<http://site.ebrary.com/lib/bibusfqsp/docDetail.action?docID=10148435&ppg=16&p00=divorcio%20causa>
- Bidart Campos, German J. *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires – Argentina: Ediar Sociedad Anónima: Editora Comercial, Industrial, y Financiera, 2004.
- Borda, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 9ena ed. Buenos Aires –Argentina: Editorial Perrot, 1984.
- Bossert, Gustavo A, y Eduardo A, Zannoni. *Manual de Derecho de Familia*. 2nda ed. Buenos Aires –Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989
- Belluscio, Augusto Cesar. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I. 4ta ed. Buenos Aires – Argentina: Ediciones Depalma, 1986.
- Burneo, Ramón Eduardo. *Derechos y Garantías Constitucionales en el Ecuador: Evolución y Actualidad*. Volumen II. Quito- Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones, 2008.

- Castillo Córdova, Luis. *Los Derechos Constitucionales: Elementos para una Teoría General*. Lima – Perú: Palestra Editores, 2007.
- Cabella, Wanda. “La evolución del divorcio en Uruguay (1950-1995)”. *Revista Notas de Población del Centro Latinoamericana de Demografía*. Uruguay: Programa de Población de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República. En línea.
http://www.programadepoblacion.edu.uy/enlazar/cabella_divorcio_1950-1955.pdf
- Chico González, Luis Ángel. “La inconstitucionalidad del divorcio incausado vigente en el Distrito Federal.” *Revista de Derecho y Política, Núm. 14*. México: Epikēia, 2010. En línea.http://vlex.com/vid/inconstitucionalidad-divorcio-incausado-216406001?ix_resultado=2.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=ColeccionTipo&query%5Btextolibre%5D=%22divorcio+causal%22#secc4
- Confessore, Nicholas. “N.Y. Moves Closer to No-Fault Divorce”. *New York Times*, 15 de octubre de 2010. Ingresado 17 de octubre de 2011. En línea.
<http://www.nytimes.com/2010/06/16/nyregion/16divorce.html>
- Corte Constitucional (Colombia). Sentencia No. C-221/94. Despenalización de la dosis de consumo personal. 5 de mayo de 1994. Disponible en: <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43558121>
- Devis Echandía, Hernado. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. 2nda ed. Bogotá Colombia: Editorial Temis, 2009
- Diccionario Términos Judiciales*. En línea.
 <<http://judicial.glosario.net/terminos%20judiciales/principio-de-legalidad-11642.html>>.
- Di Pietro, Alfredo. *Manual de Derecho Romano*. 4ta ed. Buenos Aires- Argentina: Ediciones Depalama, 1995.
- Donnelly, Jack. *International Human Rights*. Boulder - Oxford : Westview Press, 1998.
- Estrada, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá-Colombia: Universidad del Externado de Colombia, 2000.
- Ferrajoli, Luigi. “Derechos Fundamentales”. *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid- España: Editorial Trotta, 2001.
- Ferrajoli, Luigi. “Sobre los Derechos Fundamentales”. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid- España: Editorial Trotta, 2007.

- Ferrajoli, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de Derecho". *Neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell. Madrid- España: Editorial Trotta, 2003.
- Flor Vásconez, José Joaquín. *Los Derechos Humanos de Personalidad*. Quito- Ecuador: Cevallos Editora Jurídica, 2011.
- Gallegos Pérez, Nidia del Carmen. *La teoría del hecho y acto jurídico aplicada al derecho familiar*. Tabasco- México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2006. En línea.
http://books.google.com.ec/books?id=dDa395de3RcC&pg=PA18&dq=acto+jur%C3%ADdico+familiar&hl=es&ei=yMauTszNIsiqgwecp_SpCA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false
- Gatti, Edmundo. *Derechos Subjetivos y Relaciones Jurídicas*. Buenos Aires – Argentina: Abelardo- Perrot, 1992.
- Gómez de Piedrahita, Hernán. *Derecho De Familia*. Bogotá - Colombia: Editorial Temis, 1992.
- Gómez Duque, Álvaro. *Elementos de Derecho de Familia*. Bogotá- Colombia: Leyer Editorial, 2002.
- Guatino, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México DF- México: Doctrina jurídica contemporánea, 2007.
- Hernández Pérez, Mysalis. "El derecho de familia en su perspectiva social: visión desde Cuba". *Revista Eudement, Contribución a las Ciencias Sociales*. Universidad de Málaga. 2009. En línea. www.eumed.net/rev/cccss/06/mhp2.htm
- Lacruz Berdejo, José Luis, y otros. *Elementos de Derecho Civil: Familia*. Tomo IV. 3ra ed. Madrid- España: Dykinson, 2008.
- Larrea Holguín, Juan. *Manuel Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. 5ta ed. Quito- Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998.
- López De Carril, Julio J. *Derecho De Familia*. Buenos Aires- Argentina: Abelardo Perrot, 1984.
- López Díaz, Claudia. "Acciones a Propio Riesgo." *Revista Cenipec*. Universidad De Los Andes. Enero de 2006. En línea. <http://doctrina.vlex.com/vid/acciones-propio-riesgo-56841234>
- Martínez de Aguirre, Carlos. *Diagnostico sobre el Derecho de Familia*. Madrid- España: Ediciones Rialp S.A., 1996. En línea.
http://books.google.com.ec/books?id=pOaHenvyvEC&printsec=frontcover&dq=derecho+de+familia&hl=es&ei=ZURITqTTMMutwfyvMyjCg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CDwQ6AEwAw#v=onepage&q&f=false

- "Matrimonio Derecho Romano." Universidad de las Palmas de Gran Canaria. En línea. <[http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/6.pdf](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:HaJG9H7R9VoJ:www.ulpgc.es/descargadirecta.php%3Fcodigo_archivo%3D7049919+affectio+maritalis+definici%C3%B3n&hl=es&gl=ec&pid=bl&srcid=ADGEESgZR5WoZ7Drzu3MWbl5LeEtYNqvdcB2fH5SxFLvM2iYgqdBBDymlb0P2cCbWR9yRCpd8fnSruRz4PMj6RIbmAemktmEkUSAdQzPjvtMUmMdUrr_jVtze9ysdxBtjQ66zQ7ya&sig=AHIEtbQUiejFoZxxjwhx0JsR1VxDgBtLsw#>></p>
<p>Mazinghi, Jorge Adolfo. <i>Derecho De Familia: Separación Personal y Divorcio</i>. Tomo III. Universidad Austral. Buenos Aires- Argentina: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1999.</p>
<p>Medina, Graciela. <i>Daños en el Derecho de Familia</i>. Buenos Aires- Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2002.</p>
<p>Méndez Costa, María Josefa, y Daniel Hugo D’Antonio. <i>Derecho De Familia</i>. Volumen I. Buenos Aires - Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2001.</p>
<p>Méndez Costa, María Josefa, y Daniel Hugo D’Antonio. <i>Derecho De Familia</i>. Volumen II. Buenos Aires - Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2001.</p>
<p>Mizhari, Mauricio Luis. <i>Familia, Matrimonio y Divorcio</i>. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998</p>
<p>Monroy Cabra, Marco Gerardo. <i>Derecho de Familia y de Menores</i>. 7ima ed. Bogotá- Colombia: Ediciones Librería Profesional, 2001.</p>
<p>Morineau, Marta. <i>Bases “Históricas de la Familia Jurídica Romano- Canónica”</i>. En línea. <a href=)
- Nizama Valladolid, Medardo. "La familia en el Derecho Romanos y en el ordenamiento normativo actual." *Revista De Derecho Y Ciencia Política*, Vol. 66 (Nº 1 - Nº 2). Lima-Perú: Universidad UNMSM. En línea. <<http://http://www.unmsm.edu.pe/derecho/revistas/PDF/15nizama.pdf>>.
- Ortiz Monsalve, Álvaro, y Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil: Parte General y Personas*. Tomo I. Decimocuarta ed. Santa Fe de Bogotá- Colombia: Editorial Temis S.A., 1997.
- Panero Gutiérrez, Ricardo. *Derecho Romano*. 3era ed. Valencia - España: Tirant lo Blanch, 2004.
- Parraguez Ruiz, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Tomo II. 7ima ed. Loja- Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005.

- Pelè, Antonio. "Una aproximación al concepto de dignidad humana". *Revista Universi-
tas*. España: Universidad Carlos III de Madrid. En línea.
http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf
- Penagos Robles, Nínive Iliana. "Límites a los derechos fundamentales: Reflexiones para
resolver posibles controversias que se presentan al enfrentarse dos o más de los
citados derechos constitucionalmente reconocidos." Universidad de Salamanca.
En línea.
[http://www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_086.
pdf](http://www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_086.pdf)
- Pérez Contreras, María de Montserrat. *Derecho de familia y sucesiones*. México: Edi-
ciones Nostra, 2010. En línea.
[http://vlex.biblioteques.info/opac/detall_marc_isbn.php?id=5502&isbn=978-
607-7603-47-4](http://vlex.biblioteques.info/opac/detall_marc_isbn.php?id=5502&isbn=978-607-7603-47-4).
- Pérez Duarte, Alicia. *Derecho de Familia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*.
6ta ed. Madrid-España: Editorial Tecnos S.A., 1999.
- "Personalidad: Definición, Desarrollo, Trastornos..." *CEPVI*. En línea.
<<http://www.cepvi.com/personalidad2.shtml>>.
- Perlingieri, Pietro. *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-
comunitario de las fuentes*. 3era edición. Agustín Luna Serrano, Carlos Malu-
quer de Motes y Bernet. Madrid-España: Dykinson, 2008. En línea.
[http://vlex.com/source/derecho-civil-legalidad-constitucional-sistema-italo-
comunitario-2729](http://vlex.com/source/derecho-civil-legalidad-constitucional-sistema-italo-comunitario-2729)
- Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil: Introducción,
familia, matrimonio*. 2nda ed. Tomo II. México: Cardenas Editor, 1992.
- Poulantzas, Nicos Ar. *Fascismo y dictadura: la tercera internacional frente al fascismo*.
Vigésima primera ed. Buenos Aires- Argentina: Sigo XXI Editores S.A., 2005.
[http://books.google.com.ec/books?id=9wiIrbNIHvIC&pg=PA412&lpg=PA412
&dq=rol+del+individuo+en+la+familia+fascista&source=bl&ots=IKkAoHxcqv
&sig=S0pjVvu3T1faEBalvuyXp8Em0v8&hl=es&ei=e9KVTqalA8KmsAKfk9D
vAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CFMQ6AEwBw#v=
onepage&q=familia&f=false](http://books.google.com.ec/books?id=9wiIrbNIHvIC&pg=PA412&lpg=PA412&dq=rol+del+individuo+en+la+familia+fascista&source=bl&ots=IKkAoHxcqv&sig=S0pjVvu3T1faEBalvuyXp8Em0v8&hl=es&ei=e9KVTqalA8KmsAKfk9DvAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CFMQ6AEwBw#v=onepage&q=familia&f=false)
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Sentencia Ejecuto-
ria de Primera Sala, Contradicción de tesis 322/2009. Publicada en Gaceta
XXXI, 9ª época. 10 de abril de 2010. Disponible en: [http://suprema-
corte.vlex.com.mx/vid/sentencia-ejecutoria-primera-contradiccion-209283515](http://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/sentencia-ejecutoria-primera-contradiccion-209283515)
- Sáchica, Luis Carlos. *Derecho Constitucional General*. 1era ed. Medellín- Colombia:
Biblioteca Jurídica Dike, 1990.

- Simon, Farith. "Familia: apreciaciones desde el derecho". *Familia y Políticas Sociales*. Rafael Urriola. Quito-Ecuador: ILDIS-UNICEF, 1995.
- Simon, Farith. "La noción "derechos fundamentales" en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana" *Revista jurídica Iuris dictio Año x No. 13*. Quito- Ecuador: Colegio de Jurisprudencia Universidad San Francisco de Quito, Septiembre 2010.
- Rodríguez Martínez, Carlos. "Divorcio Incausado". Colima- México, 2009. En línea. [http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Divorcio%20sin%20causales%20\(30enero2009\).pdf](http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Divorcio%20sin%20causales%20(30enero2009).pdf)
- Rubio Torrano, Enrique. "El desequilibrio económico en la pensión compensatoria". *Aranzadi Civil-Mercantil num. 7/2011*. Pamplona- España: Editorial Aranzadi S.A., 2011. En línea <http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/document?docguid=I11a1e470f9ee11e0af3a010000000000&srguid=i0ad8181500000133220fb695316ed9fa>
- Tórtora Aravena, Hugo. "Las limitaciones a los derechos fundamentales." *Revista Estudios Constitucionales, Año 8, N° 2, 2010, ISSN 0718-0195*. Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2010. En línea. <http://doctrina.vlex.cl/vid/limitaciones-derechos-fundamentales-300418662>
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México). Sentencia n° SM-JDC-0184-2011. Caso Julio Meade Perales vs. Comité Ejecutivo Nacional del Partido Acción Nacional. 27 de Junio de 2011. Disponible en: <http://tribunal-electoral.vlex.com.mx/vid/-285365831>
- Trujillo V, Julio Cesar. *Teoría del Estado en el Ecuador: Estudio del derecho Constitucional*. Volumen VIII. Serie "Estudio Jurídicos". Ecuador: Corporación editora nacional, 1994.
- Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil-Ecuador: Edilex S.A., 2010.
- Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. 1era ed. Tomo II. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991. pág 13.
- Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. Tomo I. 5ta ed. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005.
- Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil: Derecho De Familia*. Tomo II. 5ta ed. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005.

Plexo Normativo:

Anteproyecto del Código de Familia, autorizado el uso por Luis Parraguez

Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán), publicado y reformado en el Bundesgesetzblatt (Gaceta Federal de Ley) el 28 de septiembre 2009

Código Civil Ecuador, publicado en Registro Oficial Año I, viernes 24 de junio de 2005, No. 46

Código Civil (Guatemala), codificado por Decreto Ley 106, 14 de abril de 2008

Código Civil (Uruguay), artículo utilizado fue modificado por última vez por el Decreto-Ley N° 14.766 de 18 de abril de 1978.

Código Civil (Venezuela), publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N. 39386 del 15 de marzo de 2010

Código de Derecho Canónico, promulgado por la Autoridad de Juan Pablo II, Papa en Roma, el día 25 de Enero de 1983

Constitución Política del Ecuador, publicada en Registro Oficial Año II, lunes 20 de Octubre de 2008, No. 449

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Publicada en el Ecuador en Registro Oficial Año IV, lunes 6 de agosto de 1984, No. 801

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) el 10 de diciembre de 1948. Publicada en el Ecuador en Registro Auténtico el 10 de diciembre de 1948

Decreto de Ley por el que se reforma y deroga el Código Civil para el Distrito Federal y se reforma, deroga y adicional el Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal (México), publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 03 de octubre de 2008

Ley 15/2005 (España) por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, promulgada en Boletín Oficial del Estado núm. 163 de 9 de julio de 2005.

Ley 30/1981 (España) por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, promulgada en Boletín Oficial del Estado 20 de julio de 1981.

Matrimonial Causes Act (Reino Unido), promulgada por su Majestad la Reina Isabel II, con el consentimiento de la cámara de los lores y los comunes el 23 de mayo de 1973