

1. Divorcio - Derecho y legislación - Ecuador -
- Tesis y disertaciones académicas

Tesis
KHK
510
• M6
2004

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

**EL DIVORCIO POR CAUSAL ÚNICA: DEL DIVORCIO "SANCIÓN"
AL DIVORCIO "REMEDIO"**

María Fernanda Montenegro

Tesina para la obtención del grado de abogada.
Quito, 12 de enero del 2004.

12416

Tutor: Farith Simon

Enero de 2004

USFQ-BIBLIOTECA

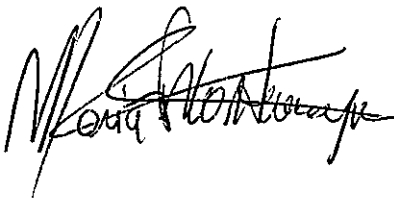
RESUMEN:

El tratamiento jurídico que desarrolla el sistema ecuatoriano en el tema del divorcio, en mi criterio, no resuelve los problemas familiares. Es por esto que mi tesis se concentra en enfocar no sólo en el divorcio por mutuo consentimiento y por sanción sino que analizo el divorcio remedio y propongo que debe incorporarse a nuestro sistema legal el concepto de este tipo de divorcio.

Nuestro sistema legal solo tiene la concepción de divorcio por mutuo consentimiento (Art. 106 del Código Civil) y el divorcio por causales o sanción (Art. 109 del Código Civil). En las legislaciones comparadas el divorcio sanción ha quedado un poco relegado por la introducción del divorcio remedio. Esto quiere decir que no se busca encontrar un culpable por la ruptura del matrimonio, sino que se debe buscar que la relación de matrimonio como tal haya entrado en una etapa de destrucción.

La causal única o sin expresión busca encontrar la disolución del matrimonio por la sola voluntad de una de los cónyuges y el juez debe siempre declarar el divorcio, una vez que la situación de los hijos y de los cónyuges esté arreglada.

Para concluir, creo que la disolución del vínculo matrimonial basado en la causal única de divorcio no viola ningún tipo de derecho. Las instituciones de derecho internacional apoyan al divorcio siempre y cuando los hijos, en los casos que hubieren, y los cónyuges hayan resuelto su situación económica y en general todos los aspectos sobre los hijos menores de edad.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. S. Montoya', written in a cursive style.

Acta



En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "EL DIVORCIO POR CAUSAL ÚNICA: DEL DIVORCIO "SANCIÓN" AL DIVORCIO "REMEDIO", presentado por la estudiante María Fernanda Montenegro Valdiviezo, previo a la obtención del título de Abogada.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Examinación, con los siguientes profesores:

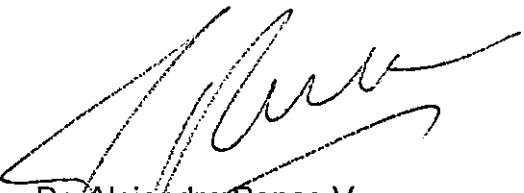
Señor Doctor Alejandro Ponce Villacís, Presidente del Tribunal.

Señor Doctor Farith Simon Campaña, Director del Ensayo Jurídico.

Señor Doctor Luis Parraguez Ruiz, Lector del Ensayo Jurídico.

El Tribunal, después de haber examinado a la estudiante por espacio de una hora, le asignó a la Defensa Oral la calificación de /100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 90/100, da la nota final de /100, equivalente a "A" la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy 13 de Enero del año 2004.




Dr. Alejandro Ponce V.
Presidente del Tribunal



Dr. Luis Parraguez Ruiz
Lector Ensayo Jurídico



Dr. Farith Simon Campaña
Director Ensayo Jurídico



María Fernanda Montenegro V.
Estudiante

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I	
MATRIMONIO Y TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO.....	7
I. 1.- EL MATRIMONIO.-	7
I. 1. A.- Definiciones.-	7
I. 1. B.- Naturaleza Jurídica del Matrimonio.-	8
I. 1. C.- Características del Matrimonio.-	11
I.2.- LA TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO.-.....	14
CAPÍTULO II	
EL DIVORCIO	16
II.1.- DIVORCIO: EVOLUCIÓN Y CONCEPTO.-.....	16
II. 1. A.- Evolución del divorcio.-.....	16
II.1.B.- La concepción actual del divorcio en la legislación ecuatoriana. 17	
II.2 OTRAS CLASES DE DIVORCIO EN LA DOCTRINA Y EN OTRAS LEGISLACIONES.-	19
II.2.A.- El divorcio sanción.-	20
II.2.B.- El Divorcio Remedio.-	21
II. 3. EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA.-	25
II.3.A Divorcio sin expresión de causa por voluntad unilateral en la Ley Sueca.-	27
CAPITULO III	
VALORACIÓN DE LA CAUSAL ÚNICA DE DIVORCIO POR PETICIÓN UNILATERAL	30
III.1.- PERTINENCIA DEL DIVORCIO POR CAUSAL ÚNICA DE ACUERDO AL NUEVO CONCEPTO DE FAMILIA.-	33

III. 1. A.- Validez de la Causal Única de Divorcio.-.....	38
CONCLUSIONES	50
BIBLIOGRAFÍA	52
ANEXO.....	54

INTRODUCCIÓN

El tratamiento jurídico al matrimonio ha sufrido varios cambios en la historia mundial y del Ecuador. Empezando con los matrimonios arreglados por las familias, pasando por aquellos que debían cumplir con las disposiciones religiosas, hasta el día de hoy, cuando el matrimonio puede celebrarse sin la necesidad de recurrir a la iglesia y es el Estado es quien brinda la opción de contraerlo civilmente.

Por su parte el divorcio es un tema que también ha evolucionado mucho. De su total prohibición en un primer momento, poco a poco éste se ha ido aceptando en las legislaciones, aunque no en todas, ya que todavía existen legislaciones que no tienen al divorcio como medio para la disolución del matrimonio. Sin embargo, el fracaso matrimonial es una realidad absolutamente comprobable y por tanto, los medios que actualmente se utilizan para disolver dicho vínculo pueden quedar cortos. En ese sentido, el divorcio visto como remedio puede ser una solución a las largas peleas y sufrimientos que las parejas afrontan.

Este tema, es delicado de tratar, pues el matrimonio es uno de los pilares sociales principales y, sin duda, una de las más importantes instituciones que conforman a la sociedad.

El divorcio no debe ser visto como un atentado contra la buena organización y estabilidad de la familia. Sin duda, el matrimonio es aquél que es estable y duradero. Sin embargo, el ser humano puede sufrir de limitaciones y de imperfecciones que en muchos casos provocan dificultades y sentimientos que hacen difícil y complicada la vida matrimonial.

Un hecho significativo del quebramiento de la relación es el alejamiento de los cónyuges, motivado por un largo proceso de discrepancias, incompatibilidades, diferencias, desajustes. Esto produce que el matrimonio destruido logre ser una fuente creciente de problemas graves y habituales, en que las primeras víctimas, junto a los cónyuges, son los hijos, en el caso de que la pareja los tuviese. Por eso, el divorcio remedio es visto como una solución a las largas batallas entre los cónyuges porque busca acabar con los serios problemas que se vive en el hogar, sin necesidad de buscar un culpable. Se procura así, que todos los miembros de la familia tengan una relación sana entre ellos.

Nuestro sistema legal tiene la concepción del divorcio sanción: el divorcio por causales, según esta concepción del divorcio se necesita que un cónyuge atribuya al otro algún hecho que le ley prevé taxativamente (Art. 109 del Código Civil). Cabe señalar, que el Art. 109 del Código Civil en su numeral 8 permite el divorcio para *“el hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave... como incurable y contagiosa o trasmisible a la prole.”* Esta causal no responde a una sanción para el cónyuge que sufre de algún tipo de enfermedad incurable y contagiosa sino que tiene una consideración más bien de carácter epidémico. Además el Código Civil contempla el divorcio por mutuo acuerdo (Art. 106 del Código Civil). Aparte de las dos posibilidades, por causales o por mutuo consentimiento, mi tesis es que también se debería implementar en nuestro sistema legal el divorcio remedio. Este tipo de divorcio presupone, como el divorcio sanción, la existencia de un conflicto irremediable. La diferencia es que el divorcio remedio no depende del supuesto responsable de la ruptura del vínculo.

Con este antecedente, analizaré el concepto de matrimonio, su evolución, características y su naturaleza, para de este tema pasar al divorcio. Del divorcio analizaré tanto su evolución como los diferentes tipos que existen. Además desarrollaré, en el capítulo III, el tema de la causal única de divorcio donde expondré su definición y un amplio estudio sobre la protección de la familia en este tipo de divorcio. Como conclusión plantearé que nuestra legislación contemple la posibilidad de que las personas puedan divorciarse mediante la lógica del divorcio remedio bajo la causal única de divorcio y que no sólo existan las que constan en nuestra legislación. Utilizaré el derecho comparado para analizar los diferentes sistemas que brindan estas legislaciones como método de reflexión para tratar el divorcio remedio.

La causal única de divorcio es nueva en la mayoría de legislaciones y no se encuentra con facilidad en estudios o doctrina que abarquen el total conocimiento sobre dicha institución. Las legislaciones más avanzadas en este tipo de divorcio son la francesa, la alemana y sobre todo la sueca.

La importancia de este tema es que al plantear el divorcio visto como una solución, se presenta esta institución, no como un castigo a uno de los cónyuges, sino como un medio de protección y de desahogo a la crisis familiar que precede la ruptura de la relación. Nuestra legislación debería cambiar la concepción de que siempre hay un cónyuge culpable y otro que no lo es, y más bien, debería prever las situaciones del quebramiento definitivo del matrimonio y conceder menos trabas para la obtención del divorcio. No se obtienen buenos resultados obligando a los cónyuges a permanecer juntos si ya no es esa su voluntad.

Es cierto que la familia y el matrimonio son los pilares de una sociedad pues brindan estabilidad, confianza y amor a todos los miembros de la familia. Pero también es cierto que es contraproducente para la sociedad entera, mantener matrimonios que no cumplen su función. En ese sentido, el divorcio es un remedio, que aunque sea doloroso, es siempre preferible a una situación dañosa no sólo para los cónyuges sino para su familia también.

Es importante resaltar que fijar un proyecto de vida en común es la clave para un buen matrimonio. Pero ¿qué sucede si no existe dicho plan o ya no se tiene la misma concepción de la vida en común? ¿Se debe hacer difícil el mecanismo del divorcio o poner largas al proceso de divorcio? ¿La sociedad gana con matrimonios sin proyecto de vida juntos? Yo creo firmemente que cuando el matrimonio ha perdido su fin las leyes serían el medio para optar por el divorcio. Lo importante en el divorcio es proteger a la familia y a los cónyuges en general. En este sentido considero que la causal única es un divorcio remedio que ayuda a la familia.

CAPÍTULO I

MATRIMONIO Y TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO

I. 1.- EL MATRIMONIO.-

Antes de analizar las causas de terminación del matrimonio, es preciso revisar algunas definiciones de esta institución.

I. 1. A.- Definiciones.-

Para el digesto, *“El matrimonio es la sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse por el mutuo socorro, a llevar el peso de la vida, y para compartir su común destino.”*¹ Como se puede observar en esta definición el matrimonio era visto como una sociedad de los cónyuges y prácticamente tenía el mismo fin que el que existe ahora.

Planiol, fiel al concepto civilista define *“el matrimonio es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad.”*² En esta definición el matrimonio es considerado como un contrato y ya no como una sociedad. Lo que no se menciona en esta definición son los fines que tiene esta institución.

Un concepto más moderno y completo lo señala Zannoni cuando dice *“que la familia se capta en la constitución de relaciones cuya base biológica- unión sexual y procreación-*

¹ Monroy Cabra Marco, 2001, Pág. 217

² Cabanellas Guillermo, 1988, Pág. 339.

*son objetos de reconocimiento sexual, valoración ética e integración en el sistema de cultura.”*³

El concepto de matrimonio ha evolucionado notoriamente, pasando de una sociedad a un contrato. Nuestra legislación contempla en el Código Civil en su artículo 81 el concepto del matrimonio que dice: *“matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.”*

Por lo tanto, según el Código Civil, el matrimonio es un contrato solemne que se puede celebrar únicamente entre un hombre y una sola mujer, donde sus fines son: vivir juntos, la mutua asistencia, la procreación, la crianza y la educación de sus hijos.

Al estar tan estrechamente ligados los institutos del matrimonio y del divorcio se debe analizar también la naturaleza jurídica del matrimonio puesto que dependiendo de su naturaleza se puede justificar el divorcio y más aun, apoyar la noción del divorcio remedio.

I. 1. B.- Naturaleza Jurídica del Matrimonio.-

Zannoni, por su parte, señala que se pueden confundir los dos ámbitos en que se puede dar este análisis: el del matrimonio como acto jurídico y el del matrimonio como relación jurídica. El autor señala que *“como acto jurídico nos viene de antiguo la concepción contractualista que exaltaron los canonistas, considerando que el matrimonio, es un sacramento que se constituye en virtud del contrato matrimonial válido.”*⁴ Entonces, según esta perspectiva, el matrimonio es un contrato, pero que era

³ Méndez María Josefa y D’Antonio, 2001, Pág. 91

⁴ Bossert Gustavo y Zannoni Eduardo, 2000, Pág. 79.

posible solamente entre bautizados pues era visto como un sacramento que obtenía validez en virtud del contrato matrimonial correctamente celebrado. Lo esencial del acto jurídico canónico era la libre voluntad del hombre y mujer que resolvían contraer matrimonio, es decir, sin la imposición de terceros.

Otra concepción sobre el matrimonio es la contractualista tradicional, que responde a la clásica idea de contrato de derecho privado. Filósofos como Rousseau, Montesquieu y Voltaire enseñaban en aquellas épocas dicha concepción. Zannoni señala que *“el matrimonio, como acto jurídico, responde a la libre voluntad de hombre y mujer, pero a la vez, la libre voluntad trasciende a la relación jurídica matrimonial, considerando también que esta relación jurídica está gobernada o debería estarlo en la mayor medida posible, por la autonomía de la voluntad, que entonces, les permite a los cónyuges, si fracasan en su unión, rescindirla o disolverla, del mismo modo que pueden las partes de un contrato rescindirlo o revocarlo de acuerdo con las normas generales”*⁵. Entonces, según la doctrina contractualista clásica, si los esposos quisieran divorciarse, aparte de su sola voluntad de disolver o rescindir el matrimonio, no sería necesario ningún otro requisito.

Por otro lado las doctrinas italianas, alemanas, y españolas empiezan a considerar que el matrimonio es un contrato de derecho familiar, distinguiéndose del contrato en sí, y de la relación contractual, porque no es posible dar por terminado el matrimonio simplemente por la autonomía de la voluntad, sino porque así lo permite la ley, que en definitiva es la que regula y da seguridad a los deberes y a los derechos de los cónyuges. Esta tesis sostiene que el vínculo matrimonial no se constituye por la voluntad de unirse de los cónyuges sino por la voluntad del Estado que faculta a la autoridad pública a

realizar el acto del matrimonio. Entonces pasa a un segundo plano el consentimiento de la pareja para, según esta tesis, darle más fuerza al poder del Estado.

En definitiva, la teoría del acto jurídico familiar es la que abarca los dos conceptos importantes que ayudan a comprender la naturaleza jurídica del matrimonio. Esta teoría del acto señala que al “*matrimonio- estado, que se trata de una institución- cosa, por cuanto es un régimen legal, y un complejo de derechos y deberes que las partes no pueden modificar.....*”⁶ tiene la calidad de un contrato pero que al estar involucrada la familia, es necesario darle una protección especial. En nuestro medio esta protección es de suma importancia pues está amparada en la Constitución Política ecuatoriana.

El carácter complejo de la naturaleza jurídica del matrimonio, que sostienen varios autores, es fundamentado porque el matrimonio se forma con el concurso de las voluntades particulares de la pareja y del Estado. En ese sentido, Monroy Cabra, cita a Belluscio, quien descarta el carácter complejo del matrimonio, y señala que la función del oficial público es únicamente la de cumplir con los requisitos que la ley dispone. Si el funcionario público comprueba que los requisitos son válidos, está obligado a celebrar el matrimonio. Es así como se descarta la tesis de que el matrimonio es un contrato, visto desde la perspectiva civil, y de la tesis institucional que defiende la importancia del Estado sobre la voluntad del hombre y mujer para contraer matrimonio. Ahora el matrimonio es visto como un acto jurídico familiar que abarca las solemnidades que la ley dispone para celebrar el matrimonio y la voluntad de la pareja para contraer matrimonio.

⁵ *Ibíd.*

⁶ Monroy Cabra Marco, 2001, Pág. 225.

I. 1. C.- Características del Matrimonio.-

Autores como Monroy Cabra y Zannoni señalan las siguientes características del matrimonio: La unidad, monogamia, juridicidad y permanencia.

Monroy Cabra menciona al tratadista Belluscio cuando define que la unidad “*está dada por la comunidad de vida a que se hallen sometidos los esposos como consecuencia del vínculo que los liga.*”⁷ Nuestra legislación señala que los cónyuges se unen con ciertos fines, y por tanto, estas características se consagran en nuestro sistema jurídico.

Por su parte, la monogamia “*implica la unión de un solo hombre con una sola mujer. Se excluye la poligamia, trátase de la poliginia (unión de un hombre con varias mujeres), y de la poliandria o poliviria (unión de una mujer con varios hombres), o bien del matrimonio entre grupo de hombres y otro de mujeres.*”⁸ Es necesario, así, que la definición del Código Civil ecuatoriano sobre el matrimonio sea puesta en consideración. Esta dice expresamente que es la unión de un hombre y una mujer; por tanto intrínsecamente contiene la característica de la monogamia.

Por su parte, Zannoni, define a la permanencia diciendo que “*la unión matrimonial es permanente o estable en el sentido de que se contrae con la intención de que perdure y de que su estabilidad quede garantizada por la ley. Desde este punto de vista, el vínculo matrimonial es irrevocable como centro de seguridad ético y jurídico*”. Además indica el autor que la permanencia o estabilidad del matrimonio debe ser distinguida del concepto de indisolubilidad pues éste atañe la posibilidad de que el vínculo matrimonial pueda extinguirse, no obstante haber sido válidamente constituido

⁷ Monroy Cabra Marco, 2001, Pág. 221

⁸ *Ibidem*.

por hechos naturales (muerte de uno de los cónyuges) o circunstancias voluntarias (el divorcio).

Hasta el 18 de agosto de 1989 el Art. 81 del Código Civil decía “*matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.*”⁹ Esta definición consideraba al matrimonio como indisoluble pero al ser reformada, ahora se considera que tiene la característica de estable mas no de indisoluble.

Zannoni señala a la juridicidad diciendo “*el matrimonio es la unión de hombre y mujer legalmente sancionada, lo cual implica que se perfecciona por medio de la celebración del acto jurídico revestido de las solemnidades que la ley impone a los contrayentes*”. Por su parte Monroy Cabra señala a la legalidad como una de las características del matrimonio, diciendo: “*la ley determina las formalidades exigidas para el matrimonio y establece los derechos y obligaciones que surgen entre los cónyuges por la celebración de éste.*” La definición del matrimonio que dispone el Código Civil señala que el matrimonio es un contrato solemne; entonces, para contraer matrimonio, la ley determina las solemnidades.

Para el análisis del divorcio, es muy importante resaltar el fin que tiene el matrimonio puesto que si no se cumplen sus fines, el divorcio sería la institución que disuelve el vínculo matrimonial.

Hay autores como Gangi, que señala lo siguiente “*el fin esencial y fundamental del matrimonio es la constitución de una familia legítima, y de aquí la adquisición por*

⁹ L 43 RO- S No. 256: 18- agosto- 89.

*parte de los contrayentes del estado de cónyuges, y la condición de hijos legítimos por parte de la prole que eventualmente nazca.*¹⁰”

En esta definición se puede advertir una clara discriminación entre hijos concebidos dentro del matrimonio e hijos habidos fuera del matrimonio. Este concepto sentó bases para la finalidad del matrimonio pero ha quedado relegado por la discriminación que pocas líneas antes señalaba.

Se debe mencionar al Derecho Canónico porque este dividía en dos a los fines del matrimonio. El Código de Derecho Canónico del año 1917 decía “*los fines primarios son la procreación y la educación de la prole y los fines secundarios, la ayuda mutua y el remedio a la concupiscencia.*”¹¹ Entonces se debía cumplir con los fines primarios para luego cumplir con los fines secundarios. Esta doctrina ha sido reformada por el documento del Concilio Vaticano II, el Código de Derecho Canónico de 1983, el cual considera que el matrimonio va dirigido a los cónyuges y a la procreación y educación de los hijos sin nombrar fines primarios y secundarios. Esta perspectiva del matrimonio apunta hacia la realización plena del hombre y de la mujer en donde han de fundar una familia, constituidos primero por ellos mismo y después por los hijos que lleguen o que ya existan; para educarlos, criarles y cumplir con sus respectivos objetivos de la vida.

Ahora bien, después de analizar al concepto del matrimonio y desarrollar el fin que tiene éste, cabe preguntarse: ¿Qué sucede si no se cumple con el fin del matrimonio?

¹⁰ Monroy Cabra Marco, 2001, Pág. 218

¹¹ Bossert Gustavo y Zannoni Eduardo, 2000, Pág. 76.

I.2.- LA TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO.-

Respecto de la terminación del matrimonio, el Código Civil ecuatoriano dispone lo siguiente:

“El matrimonio termina:

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

Una legislación interesante es la que tiene Cuba porque el fin del matrimonio puede utilizarse para disolver el vínculo jurídico del matrimonio. Así señala el Código de Familia cubano en su Art.52.- *“Se entiende, a los efectos de esta ley, que el matrimonio pierde su sentido para los cónyuges y para los hijos, y con ello también para la sociedad, cuando existan causas que hayan creado una situación objetiva en la que el matrimonio haya dejado de ser o ya no pueda ser en el futuro la unión de un hombre y una mujer en que de modo adecuado se puedan ejercer los derechos, cumplir las obligaciones y lograrse los fines a que se refieren....”*

Entonces si no se cumple los fines del matrimonio las parejas pueden recurrir al divorcio puesto que no tiene ningún valor para los cónyuges, hijos y la sociedad, seguir con la institución del matrimonio.

Si no se cumple con el fin del matrimonio, que según nuestra ley es, que un hombre y una mujer se unan con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, pueden terminar con el vínculo que les une, mediante el divorcio.

El Código Civil en su Art. 134 dispone las obligaciones mutuas de los cónyuges, en este sentido: *“Los cónyuges están obligados a guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El matrimonio se constituye sobre la base de igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges.”* El Art. 135 señala: *“Los cónyuges fijarán de común acuerdo su residencia.”*

Y el Art. 136, dispone que los cónyuges se den mutuo auxilio, *“Los cónyuges deben suministrarse mutuamente lo necesario y contribuir, según sus facultades, al mantenimiento del hogar común. Cualquiera de los cónyuges estará siempre obligado a suministrar al otro, el auxilio que necesite para sus acciones o defensa judiciales. Los derechos y deberes que este Código establece para los cónyuges subsistirán mientras no se disuelva legalmente el matrimonio, aunque, por cualquier motivo, no mantuvieren un hogar común.”*

El divorcio termina la relación jurídica entre el hombre y la mujer para que cada uno forme su vida, separado. Los ex cónyuges pueden llegar al punto de volver a contraer matrimonio si es que así lo desean. Pueden las personas decidir divorciarse sin ningún tipo de problema porque nuestro sistema así lo prevé.

Esta investigación se va a enfocar en la terminación del matrimonio por el numeral cuarto del Art. 104 del Código Civil.

CAPÍTULO II

EL DIVORCIO

II.1.- DIVORCIO: EVOLUCIÓN Y CONCEPTO.-

Se puede definir al divorcio como *“la institución legal que permite la disolución vincular del matrimonio en vida de ambos cónyuges”*¹² o *“la ruptura de un matrimonio válido”*.¹³

Zannoni por su parte, señala que al divorciarse, los cónyuges pueden volver a contraer un nuevo matrimonio. Entonces el matrimonio civil se disuelve por el divorcio, pudiendo los cónyuges volver a contraerlo. Con el mismo lineamiento, el Código Civil en su Art.105 señala *“El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código.....”*

II. 1. A.- Evolución del divorcio.-

El divorcio es la institución apta para poner fin a la relación conyugal. El divorcio nació como la institución del repudio, esto es, *“se permitía al marido rechazar a su mujer en ciertas circunstancias que fueron variando en las distintas épocas y ordenamientos jurídicos”*¹⁴. Entre los hebreos, en los tiempos mosaicos, se permitía al hombre repudiar a la esposa por no agradaarle o por encontrarla incompetente. En la India, tanto el hombre como la mujer tenían derecho al repudio, claro que el esposo tenía más derechos que la esposa, como por ejemplo, la mujer podía recurrir al repudio cuando el hombre era vago, tenía algún vicio incorregible, etc. En cambio, el esposo podía repudiarla por causa de

¹² Lacruz, José Luis y otros, 1997. Pág. 145.

¹³ Cabanellas Guillermo, 1998. Pág. 291.

¹⁴ Parraguez Ruiz, Luis, 199, Pág. 261.

adulterio, malas costumbres, enfermedad contagiosa, esterilidad, etc. En Atenas y Esparta utilizaban el repudio como una forma cercana a lo que hoy es el divorcio. Por su parte en Roma, se concibió casi paralelamente el repudio y el divorcio.

Los germanos por su parte, tuvieron el divorcio por mutuo consentimiento y el repudio. El cristianismo fue el que incorporó la característica de indisolubilidad del matrimonio. Con la llegada de la Revolución Francesa se llegó a la secularización del matrimonio. En 1792 se dictó en Francia la Ley de Divorcio. Desde ese entonces ha venido evolucionando más y más el concepto del divorcio en la mayoría de legislaciones. La indisolubilidad fue consagrada en nuestra legislación hasta el año 1989 pero desde este año se eliminó esa característica y ahora el divorcio tiene otra concepción.

El divorcio desvincular permitía que los cónyuges se separen pero no disolvían el vínculo matrimonial. El divorcio vincular o llamado también perfecto, es aquel que extingue el vínculo matrimonial pudiendo los ex cónyuges volver a casarse. Este divorcio con disolución de vínculo fue introducido en Ecuador por la Ley de Matrimonio Civil de 1902. Desde esa fecha el divorcio ha seguido evolucionando, pasando por diferentes etapas.

II.1.B.- La concepción actual del divorcio en la legislación ecuatoriana.

En esta época el Código Civil regula el divorcio que se divide en dos clases: por mutuo acuerdo y por causales.

El divorcio por mutuo acuerdo está contemplado en el Código Civil Art. 106, que dice: *“Los cónyuges pueden divorciarse por mutuo consentimiento. 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.... 2.- El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y, 3.- la voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal... ” . Entonces, por la voluntad de los dos cónyuges, una vez que se señalan los hijos producto del matrimonio y con la enumeración de los bienes patrimoniales y de la sociedad conyugal, inicia el proceso que disuelve el vínculo por la figura del divorcio por mutuo acuerdo.

En cambio, el divorcio por causales busca encontrar un culpable entre los cónyuges y busca la sanción de éste. El Art. 109 del mismo cuerpo legal citado dispone “*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 patrimonial.

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 obteniendo 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 como el 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;*

10.- *La condena ejecutoriada a reclusión mayor.*

11.- *El abandono voluntario e injustificable del otro cónyuge, por más de un año interrumpidamente. 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.”* Además en el último párrafo se señala que quien debe plantear la demanda de divorcio por casuales debe ser el cónyuge que se creyere perjudicado por una o más de estas con excepción de la causal once inciso segundo.

Nuestra legislación contempla estas clases de divorcios, pero existe una nueva clasificación sobre el divorcio que es el divorcio remedio y la clasificación del divorcio sin expresión de causa.

II.2 OTRAS CLASES DE DIVORCIO EN LA DOCTRINA Y EN OTRAS LEGISLACIONES.-

Como se puede observar, la evolución ha sido constante porque se necesita cambios al sistema del divorcio sanción. Nuestro sistema, al no admitir el divorcio remedio, dificulta y genera mayor sufrimiento a los cónyuges y en general a toda la familia. Por esto, el sistema legal ecuatoriano debería dar más opciones seguras y civilizadas para los cónyuges que deciden optar por el divorcio.

En ese sentido, Mauricio Mizrahi, expone dos tipos de divorcio que son:

El divorcio con expresión de causa o ¹causado; y

El divorcio sin expresión de causa o ²incausado.

El divorcio con expresión de causa o causado, a su vez puede dividirse en dos que son: el divorcio sanción y el divorcio remedio. El divorcio sanción se divide en catálogo causal y formulación genérica. Por otro lado el divorcio remedio se divide a su vez en dos: el sistema cerrado que puede ser pedido por ambos cónyuges o por petición unilateral y el sistema abierto que puede ser pedido por ambos cónyuges y por petición unilateral. El divorcio sin expresión de causa también puede ser pedido por uno o por los dos cónyuges.

II.2.A.- El divorcio sanción.-

Este tipo de divorcio trae consigo la concepción vigente en nuestro sistema legal de encontrar un culpable por el fracaso matrimonial. Este tipo de divorcio es admitido por las legislaciones laicas pero contiene un riguroso criterio excepcional. Cabonnier señala que *“produce un doble efecto, en cuanto no solamente disuelve el vínculo (o autoriza la separación de cuerpos, si se trata de un divorcio limitado) sino que también señala las consecuencias de la culpabilidad o inocencia de los esposos.”*¹⁵

La dinámica de este divorcio es que un cónyuge impute al otro la perpetración de situaciones o hechos que la ley describe tácitamente. Así, nuestra legislación admite este tipo de divorcio en su Art. 109 del Código Civil; pero se necesita también que exista una atribución subjetiva a un esposo por tener culpa o dolo en la situación. Así, tras la sentencia recae sobre el cónyuge una condena. El catálogo causal se refiere a la necesidad de que la esposa o esposo atribuya al otro algún hecho ilícito de los comprendidos en una enumeración taxativa que formula la ley. Este tipo de divorcio tiene la característica de ser un derecho matrimonial de naturaleza coercitiva.

¹⁵ Mizhari Mauricio, 1998. Pág. 193

Al pasar el tiempo se crea la formulación causal inculpatoria de tipo genérico. A partir del divorcio por causales, donde tenía que buscarse a un culpable, se empieza a dar pasos de evolución donde se cuestiona la exclusividad del divorcio sanción y se plantea la coexistencia de la firme voluntad de ambos cónyuges como también la quiebra irremediable del matrimonio. Con esta nueva visión del divorcio, el matrimonio visto como perpetuo e indisoluble pierde su valor y el divorcio queda convertido en una alternativa posible para la pareja.

II.2.B.- El Divorcio Remedio.-

Por su parte el divorcio remedio también presupone la existencia de un conflicto irremediable. Sin embargo, la esencia de este tipo de divorcio es que no se indaga acerca del presunto responsable de esa quiebra conyugal. Entonces, no se busca encontrar al culpable para que se lo sancione sino que sólo se necesita investigar la ruptura del matrimonio y no las razones de esta ruptura. La sentencia que se dicta no declara la culpabilidad o inocencia de la esposa o esposo, y por tanto no importa castigar al supuesto responsable ni buscar un medio de reparación a favor de quien se dice inocente. El principio que necesita este tipo de divorcio es la prueba de la ruptura del matrimonio.

Algunos autores defienden al divorcio remedio cuando señalan *“que viene a llenar un vacío cuando la quiebra irreversible del matrimonio no se deba a hechos ilícitos ejecutados por un cónyuge en perjuicio del otro.* Por ejemplo, *“Carbonnier hace alusión a los casos en que el fracaso tenga su causa en acaecimientos fortuitos o a la disparidad de criterios sobre la vida diaria o la inconciliabilidad de temperamentos o*

como señala Zannoni, el supuesto en que los esposos no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de naturaleza ética, que la unión matrimonial propone.”¹⁶

La clave de este tipo de divorcio es que aunque se realicen hechos como los ejemplos citados en el párrafo anterior o sean hechos culposos realizados por un cónyuge o por los dos, los cónyuges pueden preferir (si la ley lo prevé) que la disolución vincular transite por una vía mucho menos traumática y más civilizada. Lo que tendrían que hacer es exhibir al juez la quiebra del matrimonio y el juez no debería indagar acerca de quien o quienes han tenido la culpa para el quebramiento del matrimonio.

Ahora bien, como se explicó en párrafos anteriores el divorcio remedio puede ser visto por un sistema cerrado o un sistema abierto. El primero ocurre cuando la ley, casuísticamente, establece tipos objetivos de manera específica, y una vez que el juez comprueba estos tipos, decreta el divorcio. Las legislaciones generalmente optan porque el hecho determinante sea la separación de los cónyuges.

La crítica que se hace a este tipo de subespecie de divorcio es que “*deriva en una función mecánica y autónoma de los tribunales, los que quedarían desprovistos de toda posibilidad de valorización*”¹⁷.” Entonces si hubiera un matrimonio que mantenga la convivencia pero que se encuentre en un estado indudable de quiebre no podría ampararse en este tipo de divorcio.

Otro suceso que hace a esta especie de divorcio criticable es el tiempo de separación, puesto que existen conflictos irreparables y, en ocasiones, la pareja no puede invocar el divorcio por no cumplir con el tiempo mínimo que la ley estipula a pesar de ya no querer estar juntos.

¹⁶ Mizrahi Mauricio, 1998. Pág. 204.

¹⁷ Mizrahi Mauricio, 1998. Pág. 209

La singular ventaja sería que se frenan las apreciaciones subjetivas del juez, evitando que se inmiscuya en la vida íntima de la pareja para justificar el conflicto irremediable.

El divorcio remedio visto por un sistema abierto es el que acredita la quiebra irremediable del matrimonio, tomando una fórmula legislativa amplia y general. El juez tiene la facultad de evaluar si es o no irremediable la ruptura del matrimonio.

La ventaja de este sistema es que abarca un sin fin de situaciones que no podrían alegarse en un sistema de enumeración casuística. Pero, por otro lado, tiene el inconveniente que deja al juez un exceso de facultades para disolver o no el vínculo. Al no existir parámetros concretos fijados, se podría, entonces, llegar a sentencias injustas. Un ejemplo de esta subespecie de divorcio es el ya citado Código de Familia de Cuba, que en su Art. 51 dispone que *“Procederá el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, o cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad”*¹⁸.

El divorcio remedio es aplicado en la mayoría de países europeos. Sin embargo, cuando incorporaron este tipo de divorcio a sus legislaciones también decidieron agregar la *cláusula de dureza*. En las legislaciones europeas se ha implementado, a pesar del proceso de liberación del divorcio, las llamadas cláusulas de dureza o también definidas de salvaguardia o de rigor. Lo que se obtiene con estas cláusulas es que limita al régimen de divorcio. Por ejemplo el Código Civil alemán señala *“A pesar de que el matrimonio esté separado, no podrá obtener el divorcio si en el mantenimiento del mismo están interesados los hijos menores. Tampoco podrá obtenerlo si el peticionario del divorcio interviene de manera considerable en el sostenimiento del matrimonio, de manera que*

aquel se niega se vería seriamente perjudicado.” Se puede observar en este caso, que se pone trabas al divorcio puesto que si el cónyuge sostiene el hogar, no puede éste pedir el divorcio, y aunque estén separados los cónyuges, por el interés de los hijos, no podrán pedir la disolución del vínculo.

El Código Francés en su Art. 237 señala que se *“habilita a un cónyuge a demandar el divorcio cuando los esposos han vivido separados de hecho durante un período de más de seis años.”* El cónyuge demandado podrá invocar el Art. 240 que dispone *“ Si el otro esposo acredita que el divorcio - sea para él, teniendo en cuenta particularmente su edad y duración matrimonio, sea para los hijos- consecuencia materiales o morales de un excepción dureza, el juez rechazará la demanda.”* La cláusula de dureza funciona en este caso porque es el juez quien debe valorar la edad y duración del matrimonio. Además si existieran consecuencias materiales o morales de fuertes sucesos en la familia entonces el juez debe rechazar la demanda.

El derecho inglés expresa, en el *Divorce Reform Act*, en su artículo cinco, inciso primero que: *“El demandado en una demanda de divorcio donde el demandante alegue una separación de cinco años, podrá oponerse al dictado de la sentencia de divorcio sobre la base que la disolución del matrimonio le causaría un grave daño financiero o de otro tipo y que no sería justo en esas circunstancias disolver el matrimonio.”* Entonces la cláusula de dureza se aplica cuando para que se disuelva el vínculo el juez debe ver que el demandado no sufra de daños económicos de ninguna circunstancia si declarare el divorcio.

La crítica que se hace a este tipo de cláusulas es que si se aprecia que la relación de matrimonio está totalmente quebrada es deficiente que el juez no los declare

¹⁸ http://www.gacetaoficial.cu/codigo_de_familia_t1_htm.htm

divorciados porque colabora a que los cónyuges y los hijos vivan en un ambiente tenso y muy poco beneficios para la familia. Mizrahi señala que *“una sentencia que rechaza el divorcio ni siquiera suavizará los perjuicios que sufren los hijos emergentes de un matrimonio malogrado”*.¹⁹

II. 3. EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA.-

Este tipo de divorcio, también llamado incausado, no exige la prueba de la culpa ni del desquiciamiento matrimonial. El objetivo de este divorcio es que se atribuyan fuerzas que los vinculen al solo pedido de uno o ambos cónyuges, sin necesidad de invocar causales al tribunal. Con esto se quiere manifestar que, obviamente, deben existir causas para pedir el divorcio pero que estas no deben trascender la intimidad de la pareja, por lo que los jueces no pueden indagar el motivo o razones para que los cónyuges decidan optar por este tipo de divorcio.

Los requisitos del divorcio sin expresión de causa, son: *“a) exigirse, para su viabilidad, el requerimiento de ambos esposos, y b) que la ley tenga como suficiente el solo pedido unilateral de cualquiera de los cónyuges.”*²⁰

Si se llega a un acuerdo por parte de ambos esposos el juez debe intervenir como verificador del cumplimiento de los plazos mínimos estipulados y de la voluntad de los esposos para la terminación del matrimonio.

El derecho francés posee este tipo de divorcio, el Art. 239 del *Code* señala *“cuando los esposos solicitaren conjuntamente el divorcio no necesitarán exponer la causa.”* Entonces los cónyuges no necesitan dar explicaciones del pedido de divorcio. El

¹⁹ Mizrahi Mauricio, 1998. Pág. 171.

²⁰ Mizrahi Mauricio, 1998. Pág. 220.

ordenamiento francés agrega varios tiempos de plazos, como el tiempo de reflexión de tres meses pero, en general, si el juez no aprobare el convenio conyugal no se afectará al divorcio, sino que se lograría únicamente dilatar el proceso. Lo que hace el juez es pedir a ambas partes que ratifiquen aquello que él no ve claramente. Cuando los esposos subsanan la convención, el magistrado se pronuncia con el divorcio.

El derecho cubano también desarrolla este tipo de divorcio por petición de ambos cónyuges. En el Código de Familia en su Art. 51 dispone *“Procederá el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, o cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad”*²¹.

El Código sueco, vigente desde el primero de enero de 1987 reformado en 1994 señala que el acuerdo de ambos cónyuges será suficiente para que el juez decrete el divorcio, sin que los esposos deban justificar al juez las razones de pedir el divorcio. El Código de Matrimonio Sueco en su artículo primero dispone *“Si es intención de ambos cónyuges disolver el matrimonio, éstos podrán iniciar acción de divorcio; la que estará precedida por un período de reconsideración cuando ambos cónyuges así lo requieran o si alguno de ellos viviera en forma permanente con un hijo suyo menor de dieciséis años de quien tenga la tenencia.”* Entonces la disolución del vínculo jurídico puede ser pedida por los dos cónyuges y solo deben manifestar la voluntad de divorciarse. Hay un requisito que deben considerar los esposos que es si se tienen hijos menores de dieciséis años tendrían que tomar en cuenta el tiempo estipulado por la ley para pedir el divorcio.

²¹ http://www.gacetaoficial.cu/codigo_de_familia_t1_htm.htm

II.3.A Divorcio sin expresión de causa por voluntad unilateral en la Ley Sueca.-

El Código de Matrimonio sueco ha sido el que más cambios drásticos ha tenido, puesto que su evolución es la mayor de todas las legislaciones estudiadas.

Aquí existe el divorcio sin expresión de causa por voluntad unilateral, que ocurre cuando cualquier cónyuge, de manera unilateral, puede pedir el divorcio sin necesidad de recurrir y aún menos de probar, la concurrencia de hechos o sucesos subjetivos u objetivas. Tampoco se pone plazo mínimo del matrimonio. Para divorciarse, en definitiva, lo que importa, es la voluntad unilateral de cualquiera de los esposos.

La única exigencia que plantea esta legislación es que se necesita de un tiempo de reconsideración. El Código Francés en su Art. 231 señala que *“la demanda debe ser renovada después de un plazo de reflexión de tres meses”*. Similar pensamiento sigue la legislación sueca puesto que el período transcurrido de separación se da con la finalidad de evitar procesos apurados. Lo que se busca es que la demanda de divorcio emerja de una decisión pensada y elaborada por el cónyuge. En general la legislación sueca trata de dar plazos de desaparición para que un cónyuge pida el divorcio.

Hay un solo suceso que puede ocurrir en el divorcio por petición unilateral que no exija plazo que es el previsto en el artículo cuarto que dispone *“Si los cónyuges han vivido separados por lo menos durante dos años, cualquiera de ellos tendrá derecho a divorciarse sin un período de reconsideración precedente.”* Se debe recalcar que en *“la legislación sueca la prueba de la separación es con la única finalidad de evitar el período de prueba de la reconsideración; pero no para obtener el divorcio, el que siempre podrá lograrse unilateralmente por una vía que no exige expresión de causa.”*²²

²² Mizrahi Mauricio, 1998. Pág. 224.

El Código Civil de la República Oriental del Uruguay prevé la causal única de divorcio por petición solo de la mujer y no del hombre. El Código Civil uruguayo en la Sección V (De la disolución del matrimonio) en el artículo 187 dispone *“El divorcio sólo puede pedirse:*

1.- Por las causas enunciadas en el artículo 148 de este Código

2.- Por el mutuo consentimiento de los cónyuges.....

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 Juez hará constar en acta este pedido y en el mismo acto fijará audiencia para celebrar un comparendo entre los cónyuges en el que se intentará la conciliación y se resolverá la situación de los hijos, si los hubiere, se fijará la pensión alimenticia que el marido debe suministrar a la mujer mientras no se decrete la disolución del vínculo y se resolverá sobre la situación provisoria de los bienes.”

Este sistema legal prevé la disolución del vínculo matrimonial pero sólo puede pedirla la mujer y tiene el juez que decretar primero la separación provisoria y se debe cumplirse con grandes períodos de separación. Después de decretar la separación se fija un plazo de seis meses para ver si todavía la esposa quiere pedir el divorcio. En el acta de audiencia se señalará una nueva audiencia con un plazo de un año para que la peticionaria reitere su voluntad de divorciarse. En este mismo artículo y numeral tercero se señala *“El divorcio por esta sola voluntad no podrá solicitarse sino después de haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio.”*

Otra legislación que quiso incorporar la causal única o divorcio sin invocación de causal fue la ecuatoriana. En el Anteproyecto del Código de Familia²³ se dispuso *“Tratándose de un matrimonio que ha durado por lo menos dos años, el juez pronunciará sentencia de divorcio a solicitud de cualquier de los cónyuges que manifieste su voluntad de dar por terminado el vínculo matrimonial. No se exigirá al solicitante expresar otra causa o motivo para justificar su pretensión... En estos juicios no se admitirá otra excepción que la incompetencia del juez. La sentencia será apelable sólo en el caso que niegue el divorcio.”*

Esta disposición fue suprimida en el primer debate y no pasó para el segundo. Con esta intención se puede concluir que el sistema ecuatoriano necesita incorporar y avanzar en el tema de la liberación del divorcio.

²³ Anexo.

CAPITULO III

VALORACIÓN DE LA CAUSAL ÚNICA DE DIVORCIO POR PETICIÓN UNILATERAL

Para hacer un examen valorativo del divorcio por petición unilateral se debe hacer un análisis en función del concepto de familia pues este concepto abarca al tema que ya ha sido analizado, respecto del matrimonio y la terminación de esta institución por medio del divorcio.

La Constitución Política de la República del Ecuador en su Art. 37 dispone *“El estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.*

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

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

La norma constitucional señala que a la familia se le garantizarán las condiciones que más les beneficien para la consecuencia de sus fines. Pero, en mi criterio, si estos fines no se cumplen como se debe, entonces por el bienestar de la familia, se debería permitir a la familia en general optar por mecanismos que posibiliten a dichos fines. Puede ser que un mecanismo sea el divorcio. Además en el mismo artículo dice que se *“protegerá el matrimonio.”*

Esto se debería entender en el sentido de que es el Estado quien brindará todo el apoyo al matrimonio, por la familia, pero si no hay un ambiente sano y digno para la familia, el Estado también brindará medios para que el matrimonio puede llegar a su fin.

Por otro lado, en la jurisprudencia ecuatoriana se puede observar que los jueces muchas veces no conceden las demandas de divorcio por falta de prueba según la causal alegada. Sin embargo, lo importante aquí es que del contenido de los procesos de divorcio se desprende que, pese a que los jueces no disuelven el vínculo por la causal invocada, se puede verificar del proceso que la relación matrimonial no es buena, y por tanto, perjudicial y generadora de sufrimiento para todos los miembros de la familia.

Un ejemplo de esto se encuentra en el Expediente N 320- 2000 de la Primera Sala de la CSJ²⁴ donde se dispone, en la parte pertinente, lo siguiente: *“SEGUNDO.- Anteriormente, el artículo 109 del Código Civil, decía: Son causas de divorcio.... 3.- a) injurias y actitud hostil que manifiesta claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial. Por supuesto, siempre que ocasionen un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial, puesto que si las injurias graves y la actividad hostil no condujeran a tal falta de armonía, no habría lugar al divorcio. La pretensión de M. G. en contra de E M. se fundamenta en la causal de actitud hostil, no de injurias graves. Así, en parte pertinente de su libelo de demanda dice: Señor Juez, ocurre que de un tiempo a esta fecha mi prenombrado cónyuge, Arq. E. M., ha venido observando dentro de mi hogar un comportamiento prepotente y grosero para conmigo, hechos que irrespetan mi condición de mujer y su calidad de profesional catalogándome como una mujer inservible actitud por demás hostil que manifiesta claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos*

voluntades en la vida matrimonial haciendo imposible cualquier intento de comprensión en el hogar. Sin embargo, en la sentencia recurrida se niega la demanda con la consideración principal de que: La actora estaba obligada a probar injurias que afirma haber sido víctima por parte de su marido y que relevan un estado habitual de las dos voluntades en la vida matrimonial tienen la calidad de graves, conforme exige la tercera causal del artículo 109 del Código Sustantivo Civil, calificación que la apreciará y calificará el juez teniendo en cuenta, la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse.” Entonces, no se declara el divorcio ya que la Sexta Sala de la Corte Superior confirma el fallo inferido del Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, basada en la falta de prueba de la causal alegada. Sin embargo, es obvio que existe una pésima convivencia entre la pareja, afectando claramente a los hijos, manteniendo la situación de desarmonía al no disolver el vínculo por no probarse la causal. Cuando esto sucede, el matrimonio, no cumple con su fin. Según nuestra definición legal del matrimonio, éste se contrae con los objetivos de “*vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.*”. Pero en el caso citado anteriormente, el matrimonio no cumple con ese fin. El Art. 134 del Código Civil dice “*Los cónyuges están obligados a guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El matrimonio se constituye sobre la base de igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges.*” Todas estas normas contienen la función de la familia. Si no cumple con dicha función el matrimonio, en vez de ser un mecanismo apto para la vida familiar, se vuelve un castigo no sólo para el cónyuge infractor, si es que lo hubiere, sino para todos los miembros de la familia, especialmente para los hijos menores de edad, que en este

²⁴ R.O. 201, 10 XI- 2000, la Corte Suprema disuelve el vínculo matrimonial.

caso sí existían. ¿Trae algún beneficio para la sociedad que el divorcio no se declare y se mantengan tipos de matrimonio como el citado?

III.1.- PERTINENCIA DEL DIVORCIO POR CAUSAL ÚNICA DE ACUERDO AL NUEVO CONCEPTO DE FAMILIA.-

El concepto de familia ha venido evolucionando a lo largo de la vida humana. Es así que la familia - gens romana se caracterizaba porque tenía un jefe de familia llamado pater. Este ejercía el poder que la comunidad religiosa le permitía hacer. Además cumplía con una cuádruple función que era de: sacerdote, legislador, juez y propietario. En la familia romana tradicional, el matrimonio era la unión sagrada por grandeza. Se lo veía como una suerte de unión de culto y de creencias. La finalidad básica era la procreación porque así se aseguraba la existencia de generaciones futuras. Mizrahi, al respecto señala que *“el imperativo era continuar con la descendencia para que no se extinguiese el culto propio doméstico; pero la descendencia debía provenir de un matrimonio religioso, pues el bastardo, el hijo natural no podía desempeñar el papel que la religión le asignaba al que ella consideraba hijo.”*²⁵

Con el paso del tiempo la familia moderna también ha venido evolucionado pero sigue teniendo tintes de la familia romana. Lo que es peculiar de este período es el dominio que tiene el influjo político que vuelve a tener la familia y, por otro lado, la relación de la iglesia que mantenía una disciplina muy estricta con las instituciones familiares.

La Revolución Industrial a finales del siglo XVIII trae consigo ideas de progreso, crecimiento, movilidad, trabajo, esfuerzo, etc. y la realidad social demanda cambios en la

familia también causa cambios, “*sobreviene la ruptura entre vivienda y lugar de trabajo; amalgama que fue un tinte particular de la Edad Media. Esa separación, entonces, hará que los hijos puedan ya aprender en el hogar sus futuros papeles ocupacionales, pues la tradicional producción doméstica cede paso, como dijimos, a la nueva organización de la industria....*”²⁶

A partir de la segunda mitad del siglo XX se debilitan valores que en épocas anteriores eran muy protegidos. Es así como la posmodernidad hizo caer el estilo de la familia conyugal (compuesta por padres y sus hijos menores), donde su naturaleza era patriarcal. Por este cambio, se produce la llamada democratización de la familia nuclear que producía roles de la familia inamovibles. Es así como el padre era el eje supremo, la madre tenía un rol puramente doméstico y los hijos tenían una posición de desventaja hacia su padre ya que eran subordinados. Malaurie señala que en “*esta etapa importa el desmoronamiento de la familia nuclear, proceso cuyas notas relevantes serían la crisis del matrimonio, por el auge del divorcio y de la unión libre, la reducción de las autoridades familiares tradicionales y la caída de la natalidad.*”²⁷

Entonces el papel del hombre cambia, ya no es el jefe supremo y la mujer se integra a la sociedad mediante su labor profesional e intelectual.

En general los roles se pulverizan y se destruyen los estereotipos contraídos desde hace mucho tiempo. Por esto se ha incorporado el concepto del fenómeno familiar en nuestros tiempos. Es ahora cuando viven en un mismo país, diferentes tipos de

²⁵ Mizrahi Mauricio, 1998. Pág. 43

²⁶ Mizrahi Mauricio, 1998. Pág. 55.

²⁷ *Ibidem*. Pág.65

familias que tienden hacia la privacidad de los asuntos familiares. Esto se entiende como una concepción más íntima de la familia, que le hace perder importancia en el orden social y político para que los individuos realicen sus fines sin limitaciones impuestas por el Estado.

Díez- Picazo señala que *“en las corrientes corporativas y autoritarias fue frecuente la consideración de los asuntos familiares como cuestiones básicas para la organización de la vida social y política; pero que en realidad mas bien ocurre al revés....”* *“La familia no es un organismo público o cuasipúblico, sino un cauce de desarrollo de fines estrictamente personales”*. *“Una de las finalidades básicas del Estado es que los ciudadanos desarrollen libremente su personalidad y la familia sólo tiene sentido dentro de ese cuadro, lo que conduce, en nuestra opinión, a una reprivatización de los fenómenos familiares y, al mismo tiempo, a una disminución de los sectores que pueden ser considerados como de orden público.”*²⁸

En suma, opera un respecto básico para la familia, puesto que cada uno de sus integrantes, puede con total libertad, desarrollar sin trabas legales su plan de vida, su modo de vivir en general. Por su parte la Constitución prevé que en la familia se *“favorezca integralmente la consecución de sus fines”*.

Por otro lado, se deben resaltar los derechos a la intimidad y a la autonomía de las personas. La intimidad de la pareja sólo la conocen los cónyuges y nadie más. Además que la independencia de la persona garantiza a cada sujeto el derecho a elegir su plan de vida, con facultades de determinar para sí las éticas que van a regir en su vida familiar. Es debido a estos derechos que funciona el divorcio por petición unilateral, por el respeto a la intimidad y a la elección de su plan de vida.

A más del nuevo concepto de privacidad para la familia, se da el fenómeno de la liberación del divorcio. Este fenómeno ocurre por el cambio del sentido del matrimonio, y en general del concepto de familia.

Hay varios autores que justifican esta liberación del matrimonio porque aseguran que las legislaciones han optado por aceptar divorcios fáciles. Pero según Mizrahi, esta liberación opera por la “*democratización de la familia nuclear.*” El autor dice que la democratización de la familia nuclear es un fenómeno en el cual se respeta a la intimidad de las relaciones matrimoniales puesto que se revisan valores como la supremacía del padre-marido. Además se da un nuevo enfoque a la familia ya que cada integrante puede realizar sus planes de vida sin importar roles preexistentes.

La legislación ecuatoriana ha incorporado esta visión en el Código de la Niñez y Adolescencia Art. 96 que dispone “*La familia es el núcleo básico de la formación social y el medio natural y necesario para el desarrollo integral de sus miembros, principalmente los niños, niñas y adolescentes. Recibe el apoyo y protección del Estado a efecto de que cada uno de sus integrantes pueda ejercer plenamente sus derechos y asumir sus deberes y responsabilidades. Sus relaciones jurídicas internas de carácter no patrimonial son personalísimas y, por lo mismo, irrenunciables, intransferibles e intransmisibles. Salvo los casos expresamente previstos por la ley, son también imprescriptibles.*”

El vínculo matrimonial es una elección, y dejó de ser un mandato social o familiar. El proceso de interpretación significa que los aspectos del matrimonio se revalorizan completamente porque se da un enfoque diferente a la vida conyugal, puesto

²⁸ Mizrahi Mauricio, 1998. Pág.67

que se les proporciona una importancia creciente a la relación de pareja, a cada miembro que está dentro de la familia y a éstos como individuos.

Un aspecto importante es el carácter privado de la familia donde se señala que es un valor primordial la privacidad de la familia, que es la existencia de un terreno interno de relaciones que escapa a la intromisión de los poderes públicos, y cuya protección se da por las medidas indirectas. El tratadista José Luis Lacruz Berdejo señala que *“El valor de la privacidad familiar es esencialmente democrático..... La privacidad de la familia que impide al Estado intervenir en las relaciones personales entre los cónyuges, hace que los preceptos que disciplinan tales relaciones en nuestro Código civil, sólo sean capaces de coacción indirecta, mediante sanciones. El Estado debe respetar la vida familiar y matrimonial y por tanto el derecho de la pareja a tener una familia amplia o corta como le parezca (dentro del debido respecto a la vida humana); su modo y nivel de vida, o la fijación de su residencia, o la alimentación o educación que dan a los hijos. Únicamente el bien de éstos, cuando sufren un perjuicio en aspectos vitales en lo que las obligaciones de los padres se hallan reguladas por la ley, pueden justificar la inmisión del poder público.”*²⁹ Esto significa que el Estado debe proporcionar un derecho de privacidad a la familia, pues ésta sabrá como maneja los aspectos de su hogar. Si existieran detrimentos, el poder público entraría para darle una solución apegada a la ley. Si existiesen abusos por parte de la familia, el Estado sería quien pondría un alto a éstos y sería justificada la intromisión en la familia basado en la ley. Cuando se trata de aspectos familiares el Estado ha procurado, por medio de la ley, limitar al derecho de la privacidad por el bien de la familia en sí.

²⁹ Lacruz Berdejo, José y otros, 1997. Pág. 28.

El derecho de la privacidad de la familia debe ser limitado pero siempre hay que respetar, la voluntad de los cónyuges cuando éstos deseen optar por el divorcio, a menos que haya existido algún elemento tipificado en la ley que la sancione.

III. 1. A.- Validez de la Causal Única de Divorcio.-

El desarrollo de la privacidad de la familia y la evolución del divorcio, nos lleva a la necesidad de examinar los aspectos positivos que trae el divorcio por causal única, esto sin negar la existencia de críticas al mismo.

El objeto del divorcio por la causal única es que la expresión de la voluntad de uno de los cónyuges sea suficiente para la autoridad de fin al vínculo matrimonial. Estoy de acuerdo con Mauricio Mizrahi en el sentido de que *“el divorcio incausado no significa, desde el punto de vista sociológico, la inexistencia de causales. Claro está que si se promueve demanda de divorcio es porque las causas existen, sólo que será la voluntad unilateral la que operará con virtud propia, aunque en el fondo seguramente hallaremos siempre las causas reales del conflicto.”*³⁰

Si el cónyuge hace el pedido de este tipo de divorcio, se exterioriza la ruptura de la comunidad de vida. Me parece lógica la no conveniencia de mantener el vínculo del matrimonio poniéndole cláusulas de dureza o trabas para tramitar el divorcio.

Si el vínculo está acabado y no se lo disuelve, traería muchos más conflictos a la relación, produciendo patologías psíquicas capaces de afectar a las personas como los cónyuges e hijos.

El derecho postmoderno, presupone librar de los efectos sancionadores, como es el divorcio por causales, en materia de disolución del vínculo por voluntad de uno de los

cónyuges, puesto que no se necesita buscar un culpable si las relaciones maritales han perdido su sentido para la pareja, hijos y para la sociedad. Todo lo anterior sin caer en ilícitos que tipifican la ley.

Críticas como la del Dr. Juan Larrea Holguín señala al tratar del tema del divorcio sin expresión de causa que es *“El más grave atentado contra la familia se contiene en este artículo, que permite el divorcio por decisión unilateral. Esto es lo más extremadamente opuesto al Derecho Natural, al sano sentido jurídico, a la ética y al sentido común: no se puede dejar en manos de una sola persona el dejar sin valor un contrato cualquiera, mucho menos el matrimonio. Está decisión unilateral sería el desconocimiento absoluto de todo derecho del cónyuge que desee conservar la unión.... Si se mantiene este absurdo sistema de disolver el matrimonio por voluntad de una sola de las partes, el Código queda viciado de tal manera que aunque tuviera ciertas ventajas, no sería posible aceptarlo. El matrimonio es mucha más que un simple contrato, pero, al menos se debe respetar la regla fundamental de cualquier contrato que consiste en que produce obligaciones que no quedan al arbitrio de una de las partes.”*³¹

A continuación intentaré dar una respuesta a las más importantes críticas que han acreditado a la causal única como forma de divorcio.

1) El matrimonio al considerarse como un contrato bilateral no podrá ser disuelto por la expresión de voluntad de una sola de las partes.

Para el divorcio incausado, por el contrario, bastará la sola voluntad de uno de los cónyuges para disolver el vínculo. Esto se lo hace con el fin de no buscar un culpable y, adicionalmente, para brindar protección de los cónyuges e hijos en aras de que vivan e

³⁰ Mizrahi Mauricio, 1998. Pág.225

³¹ Parraguez Ruiz, Luis, 2001. Pág. 17.

paz y armonía en una relación libre de resentimientos y odios. Es importante resaltar que existe en muchas legislaciones la indemnización de daños y perjuicios para el cónyuge afectado cuando se declara el divorcio. La responsabilidad civil se refiere a *“la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo..., y sin causa que excuse de ello.”*³²

Hay que tomar en cuenta, pues cada caso es diferente, las necesidades y recursos de cada esposo, sus posibilidades laborales, la duración del matrimonio, la situación del cónyuge que queda al cuidado de los hijos, las enfermedades, etcétera.

2) El divorcio por causal única permite que la parte afectada por esta decisión unilateral quede indefensa.

Como ya se ha dicho, con la causal única se podrá disolver el vínculo matrimonial por la sola voluntad de los cónyuges. Pero siempre hay que tomar en cuenta el principio de que *“los intereses de los hijos serán la consideración primordial” se ha incluido en la Convención sobre los Derechos del Niño (resolución 44/25 de la Asamblea General, anexo) y parece tener aceptación universal. Los Estados Partes deberían velar por que conforme a sus leyes, ambos padres, sin tener en cuenta su estado civil o si viven con sus hijos, compartan los derechos y las obligaciones con respecto a ellos en pie de igualdad*³³

³² Cabanellas Guillermo, Pág. 193.

³³ *Ibidem*, Pág. 16

3) El divorcio en general, y el de causal única en especial, es una violación a los derechos humanos, ya que se atenta contra la estabilidad de la vida familiar y especialmente de los hijos.

La disolución del matrimonio no viola ni afecta ningún derecho, más bien, los instrumentos internacionales lo contienen y no consideran al divorcio como violatorio a los derechos Humanos. Es así que, *“sobre el divorcio se puede verificar que en la legislación internacional la referencia fundamental es sobre los efectos del mismo, especialmente el tratamiento igualitario que debe existir en caso de “disolución” del matrimonio, lo que incluiría la nulidad. Nosotros consideramos que la existencia del divorcio es compatible con los estándares internacionales, siempre que los hijos e hijas sean protegidos adecuadamente; que los procedimientos, requisitos y efectos sean iguales para las partes, y que se tome en consideración la contribución de las mujeres al matrimonio, especialmente, al repartir los bienes en caso de disolución del mismo”*.³⁴ Es importante mencionar al Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que señala para el caso de Chile *“aparece claramente la recomendación para que este país introdujera leyes que facilitarían el derecho a un divorcio legal.”*³⁵

4) El divorcio por causal única facilita que éste se de sin razón seria.

El divorcio por causal única es una decisión seria, tan es así que podría generar daños y perjuicios producidos al cónyuge agredido.

La forma más justa para que los cónyuges se divorcien, si es que así lo quieren, sería por la causal única de divorcio. Entonces el vínculo sería disuelto por la sola

³⁴ Farith Simon, 2002, Pág. 12

voluntad de uno de los cónyuges. Pero si es que el cónyuge se sintiere agredido podría optar por la indemnización de daños y perjuicios. Una cosa es la disolución del matrimonio y otra es la indemnización de daños y perjuicios. Entonces el cónyuge agredido tendría que probar la causal o causales alegadas y con eso podría pedir los daños y perjuicios ocasionados por el cónyuge infractor. Este mecanismo sería utilizado siempre y cuando el cónyuge inocente así lo quisiera sino simplemente con la causal única estaría divorciado.

Hay dos tesis tradicionales en la materia de daños y perjuicios, según Mizrahi: “a) una primitiva y categórica postura denegatoria, y b) una orientación amplia y permisiva³⁶.” La primitiva rechaza el otorgamiento al cónyuge inocente de un resarcimiento por los daños derivados del divorcio. Bibiloni señala “*El marido puede reclamar el precio de su honor lastimado, sus afecciones heridas..... La conciencia moral se subleva ante semejantes reclamos.*³⁷” Por su lado la doctrina amplia permisiva es “*cuando se pronuncia por la admisibilidad de las acciones por daños y perjuicios que resulten ser consecuencia tanto del divorcio en sí como de los hechos que lo han determinado, trátase del agravio moral o del puro daño patrimonial material. Esta doctrina no admite la discriminación entre hechos graves y hechos no graves.*³⁸” De esta manera, para esta doctrina, basta con que haya una sentencia de divorcio por culpabilidad exclusiva de un cónyuge infractor que reúna los presupuestos de su responsabilidad.

Hay criterios para limitar los daños y perjuicios en materia de divorcio. Es así que en esta materia el sólo indemnizar los daños provenientes de los hechos constitutivos de

³⁵ Ibídem

³⁶ Mizrahi, Mauricio, 1998. Pág. 488.

³⁷ IBIDEM

³⁸ Mizrahi, Mauricio, 1998. Pág. 494.

las causales de divorcio sería la forma más justa de resolver el divorcio; ya que no se podría demandar daños y perjuicios por los daños ocasionados por el divorcio en sí mismo. Tampoco se podría proceder con la indemnización cuando, a pesar de la violación de los deberes matrimoniales, los actos que desarrollen los cónyuges se encuadren en la pérdida del vínculo afectivo. Es diferente si el cónyuge mantiene un “prolongado y estable concubinato”³⁹. Zannoni señala que cuando “constituido lesión o menoscabo de los derechos personalísimos, no permite dudar que son reparables. En estos casos, la indemnización se desenvuelve en un ámbito autónomo al que determina su eventual invocación como causa de separación personal o de divorcio vincular. Por el contrario, el solo desamor... puede ser causa de injurias y de divorcio...pero no necesariamente fuente de un resarcimiento autónomo.... Y la reparabilidad se sitúa con independencia de las pretensiones que naturalmente fundan la separación personal o el divorcio vincular.”⁴⁰ Dicho autor diferencia los daños materiales y los morales, diciendo “los daños materiales se los percibe como indemnizables en situaciones especiales que podrían darse, por ejemplo, ante la necesidad de liquidar anticipadamente la sociedad conyugal.”⁴¹ Zannoni señala que los daños morales no justifican pretensiones indemnizatorias. Concluye diciendo “a ese cónyuge más daño causaba, seguramente, la situación de convivencia matrimonial que la que pudiera sufrir por la situación de divorcio. Y gravosa que la convivencia matrimonial. El divorcio no es fuente de moral, si de tal se trata, se provocó antes, con las conductas que se imputan al culpable.”⁴²

³⁹ Mizrahi, Mauricio, 1998. Pág. 500.

⁴⁰ *Ibidem*

⁴¹ *Ibidem*

⁴² Mizrahi, Mauricio, 1998. Pág. 501.

Debo mencionar a las prestaciones alimentarias, las cuales deben ser vistas como asistenciales y no reparadoras. Nuestra legislación dispone a quienes se les debe alimentos, en el Art. 367 Del Código Civil diciendo: “*Se deben alimentos:*”

1.- Al cónyuge....”

Entonces las prestaciones alimentarias son asistenciales al cónyuge que cae en la pobreza. Estas prestaciones no son reparadoras; así se señala que “*lo condenado a pagar en concepto de alimentos contribuyen al sostenimiento del inocente pero no repara el daño causado no contribuye a su superación.*”⁴³

Me parece conveniente citar el Art. 134 del Anteproyecto del Código de Familia que decía: “*El que demande el divorcio con fundamento del Art. 130, podrá reclamar a su cónyuge que dio lugar a una o más de las ocho primeras causales de dicho artículo, en el mismo juicio, el resarcimiento de los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por la causal y por el hecho del divorcio.*”

En suma, al implementar la causal única de divorcio se disuelve el vínculo, lo que no significa una falta de consideración sobre si el cónyuge se siente afectado y piensa que el otro ha incumplido el matrimonio, puesto que éste podría pedirle indemnización de daños y perjuicios. Si es que así lo desea el cónyuge que piensa que ha sido el inocente puede intentar pedir la indemnización.

Siguiendo al derecho comparado, se debería pedir un tiempo al menos de dos meses, como lo tiene el divorcio por mutuo acuerdo, para que los cónyuges tengan un período de reflexión. Este período no debería extenderse a más de un año y si es que existiese un tiempo mayor de separación, no debería pedirse dicho requisito. El período de espera o de reconsideración, como se ha visto, está previsto en legislaciones

extranjeras como requisitos para invocar la causal única por la sola voluntad de uno de los cónyuges. Siguiendo la misma regla del Art. 107 del Código Civil se podrá dar seguridad de que la decisión de divorciarse sea producto de un análisis serio y meditado y no que provenga de un momento de enojo o exaltación. El periodo de reconsideración ayuda a que el proceso sea optado por un cónyuge que ha pensado en su situación y cree que lo mejor para la vida conyugal en general, es la separación.

5) El divorcio por causal única no considera la necesidad de proteger a los más débiles.

Ningún vínculo matrimonial puede disolverse sin que la situación de los hijos o en general de las personas vulnerables quede resuelta. Es así que antes de declarar el divorcio toda la familia debe tener una situación buena o por lo menos estable. En este aspecto existe un principio internacional sobre la familia que señala que *“la legislación internacional de derechos humanos sobre la familia es la protección especial que se debe brindar a ciertos miembros de esta que se encuentran en un especial estado de vulnerabilidad, tres sujetos están especialmente considerados: los niños y niñas, las personas de la tercera edad y las personas que tienen alguna clase de discapacidad”*⁴⁴.

Además, si uno de los cónyuges sufre una pérdida económica por la separación, el otro cónyuge debe apoyar la estabilidad económica puesto que no se puede tolerar que uno de los cónyuges cambie drásticamente sus ingresos por el hecho del divorcio. Con esto se estaría protegiendo la estabilidad del cónyuge más débil, por lo menos en el sentido económico. Al reconocer *“el valor económico del trabajo doméstico no remunerado, se establece que el juez tiene la obligación de valorarlo en función de los siguientes elementos: el tiempo que destina al efecto la persona que la reclama, las*

⁴³ Medina Graciela, 2002, Pág. 57.

dificultades de dicho trabajo, las limitaciones que significa para el desarrollo personal del o de la reclamante, los ingresos económicos de los otros miembros de la familia y la colaboración efectiva que estos últimos hayan prestado en las actividades del hogar⁴⁵”.

De este modo todo trabajo que desempeñe cualquier cónyuge será visto como una cantidad económica que debe ser valorada. La causal única de divorcio no sólo abarca la protección de la familia nuclear sino que contienen a todos los miembros de la familia para que no existan relaciones destructivas entre todos los familiares.

La afectación de la familia ya existe cuando se decide disolver el vínculo pero lo que hace la causal única es que trae aquel orden familiar en beneficio de los seres humanos. No deben existir intereses sociales en la conservación inmutable de entelequias.

Hay que mencionar que El Tribunal de Casación de la Sala de lo Civil y Mercantil, se pronuncia sobre el divorcio en los siguientes términos *“QUINTO: Del análisis de las declaraciones rendidas por los testigos..... de las confesiones rendidas tanto por la actora como por el demandado; de las intervenciones de éstos en la audiencia de conciliación y de los escritos presentados por los litigantes a lo largo del proceso, hecha la valoración de estas pruebas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, con arreglos del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, en correspondencia con los artículos 211 y 212 del mismo Código.... Esta sala ha llegado a la convicción que el demandado Arq. E. M. ha observado una conducta prepotente y grosero en las relaciones matrimoniales con su mujer M. G., lo que ha herido los sentimientos de ésta y motivado una reacción de enojo y resentimiento profundos, todo lo*

⁴⁴ Simon Farith, 2002, Pág. 20

cual ha traído como consecuencia la falta habitual de armonía de las dos voluntades, a tal punto que no es posible la reconciliación de los cónyuges. En otras palabras, se halla justificado procesalmente la existencia de los elementos fácticos que conforman la actitud hostil que manifiesta claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial, conforme se halla previsto en la causal tercera del artículo 109 del Código Civil. Ciertamente que el matrimonio es la célula vital de la sociedad y que debe preservarse, así como también que los hijos son las víctimas de las consecuencias negativas del divorcio, pero no es menos cierto que es imposible mantener por la coacción legal un matrimonio en permanente conflicto, situación que pueden afectar a la salud mental de los hijos comunes en mayor medida que la separación de sus padres.

SEXTO: Por las consideraciones expuestas, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia pronunciada por la Sexta Sala de la Corte Superior de Quito, y, en su reemplazo, acepta la demanda y, por tanto, declara disuelto el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal... ..⁴⁶ ”

Como se puede observar la Corte considera que el matrimonio está en permanente conflicto y también analiza la situación de los hijos. La Corte Suprema señala que aunque el matrimonio está protegido por el Estado, de acuerdo a la norma constitucional citada, no es menos cierto que mantener tipos de matrimonios como éstos que sólo traen más desgastes y quiebres familiares, no es, definitivamente, conveniente para ninguno de los miembros de la familia.

⁴⁵ *Ibidem* 32.

⁴⁶ R.O. 201, 10 XI- 2000

El Anteproyecto del Código de Familia, en mi criterio, tiene un acercamiento adecuado al tema del divorcio. En este Anteproyecto se incorpora al divorcio sin invocación de causal, este señala *“Tratándose de un matrimonio que ha durado por lo menos dos años, el juez pronunciará sentencia de divorcio a solicitud de cualquiera de los cónyuges que manifieste su voluntad de dar por terminado el vínculo matrimonial. No se exigirá al solicitante expresar otra causa o motivo para justificar su pretensión. La acción se sustanciará conforme al procedimiento señalado por el artículo.... En estos juicios no se admitirá otra excepción que la incompetencia del juez. La sentencia será apelable sólo en el caso que niegue el divorcio⁴⁷.”*

El tiempo que señala este artículo, de dos años, puede ser interpretado para que se plantee el divorcio basado en que la convivencia o fin del matrimonio no se haya obtenido. El divorcio debe ser producto de situaciones bien pensadas.

El Art. 134, del mismo cuerpo legal, señala *“El que demande el divorcio con fundamento del artículo 130, podrá a su cónyuge que dio lugar a una o más de las ocho primeras causales de dicho artículo, en el mismo juicio, el resarcimiento de los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por la causal y por el hecho del divorcio.”*

El divorcio por mutuo consentimiento no debe dar acción para el resarcimiento de daños y perjuicios pero el divorcio sin expresión de causa y por causales deben proporcionar la posibilidad de esta acción. Cuando el divorcio se da por mutuo consentimiento, en principio, se supone que no existe ninguna falta por parte de los cónyuges, entonces no cabría la acción por resarcimiento de daños y perjuicios. La

⁴⁷ ANEXO

situación del divorcio por causales y el divorcio sin invocación de causal da la posibilidad de plantear la indemnización por daños y perjuicios porque se cree que un cónyuge ha incumplido de este tipo de conducta del cónyuge hace que sea posible plantear la acción de daños y perjuicios.

El artículo citado prevé solamente al divorcio por expresión de causa y no ampara a la situación del divorcio sin invocación de causa. En la situación que el cónyuge infractor es el que pide el divorcio sin expresión de causa el otro cónyuge quedaría sin medio alguno para defenderse. Hay que recordar el principio que dice que nadie se puede beneficiar de su propio dolo. Entonces se debe dar la opción de que por medio del divorcio por causales y sin expresión de causa se pueda pedir el resarcimiento de los daños materiales y morales.

Cuando se invoque el resarcimiento de daños y perjuicios es el juez quien va a otorgar o no dicho resarcimiento. Esta indemnización deberá ser invocada cuando se crea que ha existido algún tipo de daño hacia el cónyuge.

CONCLUSIONES

1. El matrimonio es protegido por la legislación ecuatoriana; sin embargo, habría que evitar que los procesos de divorcio sean largos, difíciles y crueles. La jurisprudencia demuestra que matrimonios destruidos no deben seguir unidos sino que, aunque no se prueben las causales alegadas se declare el vínculo disuelto por el bienestar de cada uno de los integrantes de la familia.
2. En nuestro sistema el divorcio se manifiesta de dos maneras: el divorcio sanción y el divorcio por mutuo acuerdo. Se observa la necesidad de implementar el divorcio remedio por medio de la causal sin expresión de causa, para que los tres tipos de divorcio funcionen en la legislación ecuatoriana y sea el cónyuge o cónyuges quien o quienes decidan optar por cualquiera de estos.
3. El divorcio al estar contemplado en la legislación no viola ningún derecho, por el contrario las legislaciones internacionales y los convenios en temas de Derechos Humanos consideran al divorcio como un medio de solución a las crisis familiares. Así, nuestro sistema debería optar no sólo por el divorcio por causales (sanción) y de mutuo acuerdo, sino el divorcio remedio basado en la causal única de divorcio o sin expresión de causa.
4. La causal única o sin expresión de causa no busca encontrar a un culpable o infractor del matrimonio sino que busca disolver el vínculo por el bien estar de la familia, no solo de los hijos menores de edad (en caso de existir) sino de todos los miembros de la familia.
5. Se necesita la incorporación en nuestro sistema legal que ampare los resarcimientos de daños y perjuicios ocasionados por el cónyuge infractor. Si

cualquiera de los cónyuges se siente perjudicado por el divorcio, en el mismo juicio, podrá pedir indemnización por daños y perjuicios al cónyuge infractor. Esto serviría para que no sea el divorcio el problema sino que el que se siente afectado busque la responsabilidad civil que nuestra legislación la contempla.

6. No se podrá disolver el vínculo, aunque sea por la causal sin expresión de causa, si es que la situación de los hijos y de los cónyuges no ha sido planteada y solucionada antes de que el juez declare el divorcio.
7. Finalmente, la solución del Anteproyecto de Código de la Familia, a mi criterio, da un correcto tratamiento al tema del divorcio, excepto porque no incluye el tiempo de reflexión.

BIBLIOGRAFÍA

- Bossert, Gustavo y Zannoni Eduardo; Manuel de Derecho de Familia, 5^{ta} Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires 2000.
- Cabanellas, Guillermo; Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomos III, V y VII, Editorial Heliasta, Buenos Aires 1998.
- Lacruz Berdejo, José, y otros; Derecho de Familia, Tomo IV, José María Bosch Editor, Barcelona 1997.
- Medina, Graciela; Daños en el Derecho de Familia, Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires- 2002.
- Méndez Costa, María Josefá y Hugo Daniel; Derecho de Familia, Tomos I y II, Editores Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires 2001.
- Mizrahi, Mauricio; Familia, Matrimonio y Divorcio, Editorial Astrea, Buenos Aires- 1998.
- Monroy Cabra Marco, Derecho de Familia y de Menores, Ediciones Librería del Profesional, Colombia- 2001.
- Parraguez Ruiz, Luis; “COMENTARIOS SOBRE LAS OBSERVACIONES DEL DR. JUAN LARREA HOLGUÍN AL PROYECTO DE CÓDIGO DE LA FAMILIA.”, Trabajo realizado como Miembro del Equipo Técnico Redactor del proyecto de Código de la Familia, ejemplar fotocopiado, facilitado por el autor, 2001 (año dado por el autor).

- Parraguez Ruiz, Luis; Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia Volumen I, Universidad Técnica Particular de Loja Ciencias Jurídicas, Quito- 1999.
- Simon Campaña, Farith; “PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO”, Compatibilidad del proyecto de Código de la Familia con los estándares Internacionales de Derechos Humanos, Consultoría para el PROYECTO DE APOYO AL PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Informe preparado dentro del marco del proyecto del Código de la Familia, ejemplar fotocopiado, facilitado por el autor, 2002.

Página del Internet:

- http://www.gacetaoficial.cu/codigo_de_familia_t1_htm.htm

ANEXO

Anteproyecto al Código de la Familia

Parte correspondiente al tema del divorcio:

El divorcio

Art. 127.- Concepto.

El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial por decisión de los cónyuges expresada ante notario público, o en virtud de una sentencia judicial, en los casos y forma establecidos en el presente Código.

Art. 128.- Divorcio consensual.

Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse con arreglo al procedimiento establecido en este Código para los asuntos no contenciosos; o bien ante notario público, en la forma contemplada en la Ley Notarial para la disolución de la sociedad conyugal. En todo caso, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 410.

Art. 128 bis.- Divorcio sin invocación de causal.

Tratándose de un matrimonio que ha durado por lo menos dos años, el juez pronunciará sentencia de divorcio a solicitud de cualquiera de los cónyuges que manifieste su voluntad de dar por terminado el vínculo matrimonial. No se exigirá al solicitante expresar otra causa o motivo para justificar su pretensión.

La acción se sustanciará conforme al procedimiento señalado en el artículo..... (nuevo artículo agregado a continuación del Art. 410)

En estos juicios no se admitirá otra excepción que la incompetencia del juez.

La sentencia será apelable sólo en el caso que niegue el divorcio.

Art. 129.- Reconvencción del cónyuge demandado.-

El cónyuge demandado de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, podrá reconvenir al actor para el sólo efecto de reclamar el resarcimiento a que se refiere el artículo 134, fundado en una o más de las causales señaladas en los ocho primeros numerales del artículo 130; y aunque no lo hiciere, quedará a salvo su derecho para iniciar las acciones que correspondan según la naturaleza de los hechos constitutivos de la o las causales de que se crea asistido.

La sentencia que rechace la reconvencción impondrá al cónyuge que la propuso el pago de las costas y una multa de 200 a 2000 dólares en favor de su contraparte.

Art. 130.- Divorcio con expresión de causas.-

El divorcio puede ser demandado por cualquiera de los cónyuges, por una o varias de las siguientes causales:

1. Adulterio;
2. violencia física, psicológica o sexual;
3. injurias graves;
4. incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones que impone el matrimonio;
5. actitud hostil;
6. actos ejecutados con la intención de corromper al otro cónyuge o a un hijo;
7. alcoholismo o toxicodependencia; y,
8. abandono voluntario e injustificado por más de seis meses; y
9. incompatibilidad de caracteres.

Art. 131.- Irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de la acción.

La acción de divorcio será irrenunciable e imprescriptible. Cualquier estipulación en contrario, se tendrá por no escrita.

Art. 132.- Atribución del uso de la vivienda familiar.

El uso del inmueble destinado a vivienda familiar, sea que pertenezca a uno de los cónyuges, pro indiviso a ambos, o a la comunidad matrimonial, se atribuirá a título de derecho real de habitación al cónyuge a quien se confie la potestad parental o la guarda de los hijos, mientras éstas duren.

Si se tratare de un bien de la comunidad matrimonial, el cónyuge habitador podrá solicitar que no se incluya en la liquidación de la comunidad, mientras tenga hijos bajo su cuidado.

No habiendo hijos que deban estar bajo la potestad parental o curaduría, y mientras se practique la liquidación del régimen matrimonial de bienes, el juez atribuirá este derecho a quien decidan los mismos cónyuges y, a falta de acuerdo, al cónyuge que disponga de menos recursos económicos o esté afectado por una enfermedad grave o se encuentre en la tercera edad. Estando los cónyuges en igualdad de condiciones, el derecho se asignará a la mujer.

La concesión de la vivienda familiar a uno de los cónyuges conllevará el retiro del otro cónyuge, para lo cual, en la misma resolución que la atribuye, el juez le fijará un plazo no superior a cinco días, bajo prevención de desalojo con auxilio de la fuerza pública.

Si la vivienda fuere alquilada o recibida en comodato, se aplicarán las reglas anteriores, aunque limitadas simplemente a la utilización de la vivienda, sin que ello importe alteración de los términos del contrato respectivo.

Art. 133.- Efectos del divorcio.

Una vez inscrito en el Registro Civil, el divorcio producirá los siguientes efectos:

1. Disuelve el vínculo matrimonial y habilita a los ex cónyuges para contraer nuevas nupcias, con las limitaciones señaladas en los artículos 49, 50 y 51;
2. constituye en los ex cónyuges el estado civil de divorciado;
3. da derecho al cónyuge que lo requiera para su subsistencia y que no haya dado causa para el divorcio en el caso del artículo 130, al cobro de una pensión de asistencia económica que le permita conservar las condiciones de vida que tenía durante el matrimonio, en la medida en que lo hagan posible los recursos del obligado al pago, durante todo el año siguiente al pronunciamiento de la

sentencia, plazo que podrá ampliarse hasta por un máximo de cinco años, o por el tiempo que acuerden las partes. Esta pensión será fijada en la misma sentencia de divorcio.

El divorcio no afecta la condición de residente o inmigrante del cónyuge extranjero, cualquiera sea su categoría migratoria, cuando el matrimonio disuelto ha durado más de dos años.

Art. 134.- Resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por el divorcio.

El que demande el divorcio con fundamento del artículo 130, podrá reclamar a su cónyuge que dio lugar a una o más de las ocho primeras causales de dicho artículo, en el mismo juicio, el resarcimiento de los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por la causal y por el hecho del divorcio.

Currículo

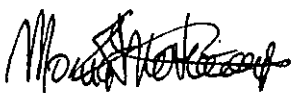
Nombre: María Fernanda Montenegro Valdiviezo

Lugar y Fecha de nacimiento: Quito, 4 de Abril de 1979.

Instituciones educativas y títulos:

- Colegio Internacional SEK: Bachiller
- Universidad San Francisco De Quito: Abogada

Especialización: Relación Internacionales



Firma