Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

“Nueva Concepción Normativa Procesal del Divorcio en la Legislación Ecuatoriana”

Trabajo de Titulación Previo a la Obtención del Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República.

AUTORA:

DIANA PAULINA GUERRERO OTAVALO

DIRECTOR:

Dr. OLMEDO PIEDRA IGLESIAS

Cuenca, Ecuador

2020

DEDICATORIA

A mis padres Miguel y Cecilia:

Por ser los mejores modelos de mi vida, a través de su constancia y dedicación he aprendido que todo es posible.

A mis abuelitos Isidoro y Milita:

Por dejar huellas en mi alma, que ni el tiempo ni nadie podrán borrar jamás.

A mis hermanas Tatiana y Carolina:

Por ser mis cómplices en muchas aventuras y haber compartido momentos inolvidables.

A mi sobrino Matías:

Quien, a pesar de su inocencia, me ha enseñado que los logros se obtienen con esfuerzo, dedicación y constancia.

A mi incondicional amigo de cuatro patas Benito:

Quien, a pesar de su silencio, estuvo ahí para brindarme su compañía.

Paulina.

AGRADECIMIENTOS

A Dios:

Por haberme dado la sabiduría para entender el propósito de cada una de sus pruebas y mantenerme de pie cuando muchas veces todo parecía caerse en pedazos.

A mis padres:

Por ser los pilares más importantes de mi vida y de mis sueños. Gracias por transmitirme su amor, confianza, apoyo y fortaleza cada día.

A mi hermana Tatiana:

Por ser una persona incondicional en mi vida, por apoyarme cuando más lo necesito y sobre todo por extenderme su mano para salir adelante.

A la Universidad del Azuay, a todos mis maestros de la Facultad de Derecho:

Mi gratitud por haber sido partícipes en mi proceso de formación, y en especial a mi director de tesis Dr. Olmedo Piedra Iglesias por ser un gran ser profesional y haber aportado con sus conocimientos y su capacidad para guiar mis ideas y poder culminar con éxito este trabajo.

Paulina.

RESUMEN

El tema del divorcio a nivel mundial ha sido objeto de una serie de discusiones basadas en argumentos de índole moral, religioso y jurídico, por lo que ha sido considerado como una figura jurídica absolutamente formalista que generaba una demora innecesaria en la satisfacción de las necesidades de las personas.

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, este cuerpo normativo ha significado un importante desarrollo evolutivo a nivel procesal en la administración de justicia, estableciéndose un nuevo trámite para el divorcio tanto consensual como causal, con la finalidad de optimizar los procesos en un menor tiempo posible, y a su vez simplificar los trámites y garantizar el sistema oral implementado.

PALABRAS CLAVE: demora innecesaria, divorcio, formalista, optimización de procesos, sistema oral.

ABSTRACT

The issue of divorce has been the subject of a series of analyzes based on arguments of a moral, religious and legal nature around the world. For this reason, it has been considered an absolutely formalist legal figure that generates an unnecessary delay in the satisfaction of people's needs. With the entry into force of the General Organic Code of Processes, this regulatory body has meant an important evolutionary development at the procedural level in the administration of justice, which has established a new procedure for both consensual and causal divorce, with the updating of the processes in the less possible time, simplify the procedures and verify the oral system implemented.

KEY WORDS: unnecessary delay, divorce, formalist, process optimization, oral system.

Translated by

Paulina Guerrero

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA I

AGRADECIMIENTOS II

RESUMEN III

ABSTRACT IV

INTRODUCCIÓN 1

CAPITULO I. 3

ASPECTOS GENERALES DEL DIVORCIO 3

1.1 NOCIONES PRELIMINARES: 3

1.2 DEFINICIÓN: 6

1.3 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA: 9

1.4 CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO: 12

1.5 FINALIDAD: 13

CAPITULO II. 17

LOS DIVORCIOS CRECEN Y LOS MATRIMONIOS DESCIENDEN 17

2.1 NORMATIVA LEGAL EN EL ECUADOR RESPECTO DEL DIVORCIO: 17

2.1.1 DIVORCIO CAUSAL: 20

2.1.2 DIVORCIO CONSENSUAL: 23

2.1.3 CAUSAS DEL DIVORCIO: 26

2.2 INSTITUCIÓN DEL DIVORCIO SEGÚN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS (COGEP): 37

2.2.1 CAUSALES PARA LA TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO: 38

2.2.2 TRÁMITE SUMARIO: 52

2.2.3 TRÁMITE VOLUNTARIO: 54

2.3 EL AVANCE DE LA INSTITUCIÓN DEL DIVORCIO: 57

2.3.1 CELERIDAD PROCESAL COMO MEDIO PARA HUMANIZAR LA JUSTICIA: 58

2.3.2 NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL DIVORCIO SIN CAUSA: 59

CAPITULO III. 61

DERECHO COMPARADO 61

3.1 ARGENTINA: 61

3.2 PERÚ: 65

3.3 COLOMBIA: 70
CAPITULO IV.....75
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 75
4.1 CONCLUSIONES: 75
4.2 RECOMENDACIONES: 77
BIBLIOGRAFÍA. 79

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un análisis concreto sobre la nueva concepción normativa del divorcio, la cual consiste en una alternativa exigida por la actual realidad social.

La figura jurídica del divorcio como forma legal de poner fin al vínculo matrimonial desde su aparición ha venido sufriendo grandes cambios, pues al inicio, en su intento de preservar el núcleo familiar, el derecho limitó las causas de divorcio y se establecieron una serie de requisitos formales, los mismos que ocasionaban una demora innecesaria para que se lleve a cabo su resolución, provocando un descontento por quienes lo solicitaban.

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, en mayo del año 2016, trajo consigo la implementación del sistema oral para obtener una justicia eficaz, pues debido al acrecimiento de casos de divorcio resulta necesario que dichos trámites sean resueltos de forma oportuna y ágil.

Con este trabajo se busca analizar si la actual regulación procesal del divorcio que trae el COGEP cumple los postulados que rigen la institución de aplicación inmediata en nuestra sociedad, acorde con la evolución que ha registrado nuestro país.

Para ello en el primer capítulo que lleva como título Aspectos Generales del Divorcio, se tendrá que realizar un estudio desde el punto de vista doctrinario en lo relativo al origen y evolución del divorcio en aquellos sistemas normativos que se basaban en la figura jurídica del repudio para poner fin al matrimonio, el mismo que nos ayudará a comprender a profundidad el tema.

En el segundo capítulo denominado Los Divorcios Crecen y los Matrimonios Descienden se expone una crítica y comentario de la forma cómo se encuentra regulado el trámite del divorcio en nuestro ordenamiento jurídico, pues en términos generales se puede mencionar que existen dos formas de divorcio: por mutuo consentimiento y causal , sin embargo hoy en día sus trámites han ido cambiando con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos con la finalidad de que los trámites sean resueltos acorde a los principios de celeridad, inmediación y eficacia para así poder garantizar el debido proceso, el cual se lo hará tomando en cuenta las diferentes posiciones doctrinarias que nos sirvieron de sustento para determinar el alcance y el fundamento del mismo.

El tercero capitulo desarrolla una comparación con las legislaciones de Argentina, Perú y Colombia, las mismas que han optado por implementar el divorcio incausado como una opción mucho más adecuada y justa para las partes.

Finalmente, en el cuarto capítulo se hace alusión a las conclusiones del presente trabajo.

CAPITULO I.

ASPECTOS GENERALES DEL DIVORCIO

1.1 NOCIONES PRELIMINARES:

La figura jurídica del divorcio surge a través del repudio, está consistía en un derecho que únicamente gozaba el marido debido a las amplias facultades que se les otorgaba para poner fin al matrimonio. Edgar Baqueiro señala que repudio es aquél en el que la sola voluntad de uno de los esposos basta para poner fin al matrimonio. (Baqueiro, 1990, pág. 149).

Fue incorporada en diversas instituciones de derecho, por ello los germanos, romanos, israelitas, hindúes, espartanos, egipcios, entre otros, la adoptaron en cada una de sus legislaciones como un rechazo de uno de los cónyuges, siendo posible en ciertos casos que el repudio sea solicitado por parte de la mujer. Tanto el divorcio como el repudio, poseen el mismo efecto principal, el de la terminación del vínculo matrimonial. (Parraguez, 2005, págs. 273 - 274).

En la Antigua Roma, el matrimonio era indisoluble siendo muy raros los casos de divorcio debido a la severidad de las costumbres primitivas el poder material del hombre excluía a la mujer de toda posibilidad de demanda de divorcio. No obstante al final de la República fue extendiéndose la costumbre del divorcio, pues se admitía libremente, sin testigos, sin formalidades y por la sola voluntad de uno de los cónyuges.

En el código de Justiniano se reconocieron dos clases de divorcio:

1 Divortium communi consensu

2 Repudium. Este a su vez se dividía en:

a) divortium ex iusta causa: que surgía por motivos señalados en la ley,

b) divortium sine causa: sin una justificación legal, que traía consigo pérdidas patrimoniales y

c) divortium Bona Gratia, el mismo que se producía sin culpa del cónyuge, pero motivado en una causa que imposibilitaba cumplir con los fines del matrimonio.

Por el contrario, en Grecia, la normativa era distinta, ya que no se necesitaba de una causa justificada ni de una formalidad para la procedencia del divorcio, "pues una vez que los romanos hicieron frecuente la práctica del divorcio, Grecia implantó la obligación de que el marido prometiese la restitución de la dota para el caso de que se disolviera el matrimonio, dando a la mujer la potestad de exigir al marido a romper la manus." (Morales, 1992, pág. 43).

Con el transcurso del tiempo surge el divorcio por mutuo consentimiento, en sus inicios se requería de una declaración de ambos consortes ante el arconte, quien era un magistrado que desempeñaba funciones de gobierno en las ciudades griegas.

Las mujeres hebreas, eran sometidas a un riguroso análisis a diferencia de los hombres desde el momento que surgió el divorcio por mutua discordia, sin embargo, debido al poder de repudiar que poseían los hombres no era necesario discutir la causa del problema.

Si bien el divorcio no estaba permitido para la iglesia católica, en 1563 el Concilio de Trento impuso la teoría del carácter indisoluble del vínculo, ya que fue considerada como una de las propiedades esenciales del matrimonio, no obstante, se admitió la separación de cuerpos.

En épocas modernas a raíz de la Revolución Francesa, no solo se infundió el derecho a la libertad de las personas, sino que se permitió que el matrimonio adquiera una doble dimensión: jurídico y laico, alcanzando así el carácter de un contrato civil, para más tarde dar origen a la admisión del divorcio.

A partir de esta concepción y a lo largo de la historia se ha podido experimentar numerosas vicisitudes, es así que, en el caso del sistema ecuatoriano, el divorcio como institución jurídica entra por primera vez en vigencia en 1903, con la Ley de Matrimonio Civil, este se concedía únicamente en el caso de adulterio de la mujer y para poder contraer ulteriores nupcias se debía esperar un plazo mínimo de 10 años. (Larrea, 1998, págs. 160 - 162).

Con las reformas de 1904, 1910 y 1912 se generan grandes cambios al divorcio, se incorporan nuevas causales, y a la vez surge el divorcio por mutuo consentimiento, el mismo que se caracteriza por la voluntad común de los cónyuges para dar por terminado aquel vínculo.

La institución de la separación conyugal legalmente autorizada surge en el año de 1958 y cuatro años más tarde se reforma la norma, la misma que prohíbe contraer ulteriores nupcias antes de un año de la sentencia de divorcio.

Con la reforma del Código Civil y el Código de Procedimiento Civil en el año de 1981 y a través de la Ley 73 se otorgó la potestad a cualquiera de los cónyuges para solicitar la terminación y por ende la liquidación de la sociedad conyugal.

Esta misma ley modificó el artículo 109 del Código Civil reduciendo los plazos establecidos para la causal de abandono, a la vez que eliminó definitivamente la idea de la separación judicial autorizada. El código civil hasta el año 2015 regulaba 11 causales de divorcio, las mismas que han sido reformadas y actualmente existen 9 causales del divorcio.

1.2 DEFINICIÓN:

Para Guillermo Cabanellas la palabra divorcio etimológicamente se deriva del latín "*divortium,* del verbo *divertere* que significan irse cada cual por su lado; y por antonomasia, referido a los cónyuges cuando así le ponen fin a la convivencia y al nexo de consortes." (Cabanellas, 2011, pág. 132).

García Falconí define al divorcio como "La separación legal de un hombre y una mujer, producida por alguna causa legal, por sentencia judicial y que disuelve completamente las relaciones matrimoniales o suspende los efectos en las que se refiere a la cohabitación de las partes." (García, 1992, pág. 16).

El divorcio es un procedimiento judicial que se encuentra establecido en la ley en el cual un juez competente a través de la sentencia declara la disolución del matrimonio y sus efectos.

Al respecto el Dr. Jorge Morales concuerda con el Dr. Hernán Coello García al definir que "el divorcio es una forma judicial a la que los cónyuges acuden, ya sea voluntariamente ya en virtud de una acción promovida por uno de ellos en contra del otro, en virtud del cual y mediante sentencia, el juez declara la terminación del matrimonio. Procede en este caso, la conclusión de las relaciones personales que mantuvieron los cónyuges entre si y las económicas a que de lugar el matrimonio." (Morales, 1992, pág. 168).

Larrea Holguín expresa que la ley regula el divorcio de dos maneras:

1. Permitiendo la separación de los cónyuges, pero respetando la indisolubilidad del vínculo de manera que continúan obligados a guardarse fidelidad.

2. O caso contrario violando el derecho natural, en el que se pretende romper el vínculo indisoluble y dejar así en libertad a los cónyuges para que puedan incluso volver a casarse con otra persona. (Larrea, 1998).

Los efectos civiles del matrimonio, se traducen en la terminación o disolución legal del mismo, permitiendo a los cónyuges la posibilidad para contraer nuevas nupcias.

Esto se da debido a que la convivencia conyugal durante cierto tiempo ha llegado a su fin, lo cual conlleva al divorcio, y podrá ser solicitada en una demanda individual por cualesquiera de los cónyuges o de mutuo acuerdo, dando

como resultado una sentencia que pondrá fin al vínculo matrimonial. En pocas palabras el divorcio se traduce en el cese absoluto de aquel vínculo matrimonial mediante la actuación de una autoridad judicial facultada por la ley.

Juan Larrea Holguín, en su obra "Manual Elemental de Derecho Civil" defiende una tesis antidivorcista, que va encaminada a reforzar el matrimonio como base importante para la familia, que es el núcleo fundamental de la sociedad, por eso el matrimonio no debe tener ninguna posibilidad de ser disuelto. (Larrea, 1998).

En nuestro sistema legal cabe recalcar que el divorcio es una de las instituciones jurídicas más analizadas, lo que conlleva a un debate permanente más aún si consideramos aquella época en la que el Ecuador implantó esta figura en su ordenamiento jurídico, la misma que estaba estrechamente ligada con la Iglesia Católica, y se basaba en el principio de indisolubilidad del matrimonio.

Durante varios siglos, la iglesia católica ha rechazado el divorcio, sin embargo, Tertuliano consideró necesario aprobar el divorcio para el caso exclusivo del adulterio, afirmando que un hombre no se merecía una mujer pagana. El Dr. Juan Larrea Holguín, señala que el divorcio aparece con la decadencia moral de los pueblos. (Larrea, 1998, pág. 16).

Para que surja el divorcio por causales es imprescindible que se incurra en una causa legalmente citada en la ley, para lo cual el juez analizará la pertinencia o no de la misma y en base aquello dictará su resolución. Mientras que el fundamento jurídico del divorcio consensual es el mutuo disenso de los cónyuges, en virtud del cual las cosas se deshacen de la misma manera de cómo se hacen.

1.3 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA:

Al ser el divorcio una institución jurídica que otorga el derecho de dar por terminado o disuelto el vínculo matrimonial, es menester realizar un análisis a esta figura desde el punto de vista del derecho procesal a través de la cual podemos resumirlo como el mecanismo que pone fin a la convivencia conyugal.

Si analizamos brevemente la figura del divorcio desde el punto de vista del derecho procesal, podemos resumirlo como el mecanismo que pone fin a la convivencia conyugal.

Manuel Ossorio define al divorcio como la acción de separar por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio. (Ossorio, 2018).

Por su parte, García Falconí define al divorcio "como la separación de un hombre y su mujer, producida por alguna causa legal, por sentencia judicial y que disuelve completamente las relaciones matrimoniales o suspende los efectos en lo que se refiere a la cohabitación de las partes." (García, 1992, pág. 16).

De acuerdo con el criterio establecido por los dos autores, se puede llegar a sintetizar que al ser el divorcio un procedimiento judicial, el juez tiene la potestad de resolver el conflicto en base a lo actuado durante el desarrollo del proceso y determinar si se disuelve o no el vínculo matrimonial.

Borda recalca que la palabra divorcio en derecho tiene dos acepciones distintas. Se designa así a la simple separación de cuerpos (*divortium ad thorum et mensam)* la misma que no disuelve el vínculo ni autoriza a contraer nuevas nupcias, o bien al divorcio vincular, en el cual disuelve el matrimonio existente, con la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio (Borda, 1984).

Si bien uno de los objetivos del matrimonio es proporcionar ayuda y protección mutua, muchas veces llega a ser considerado como uno de los puntos negativos a la hora de enfrentar un divorcio. Claro Solar "en su sentido más lato manifiesta que la palabra divorcio significa toda separación legítima del marido y la mujer." (Solar, 1978, pág. 34).

En otras palabras, la finalidad de la sentencia de divorcio resuelta en un juzgado es la de disolver toda acción y reacción dentro del mismo.

La forma legal de extinguir un matrimonio por el cese de la causa que lo motivó será a través del divorcio, permitiendo a la vez a los divorciados contraer un nuevo matrimonio en un futuro.

De acuerdo a su forma legal, el divorcio solo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante la autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales del procedimiento. (Jurídico, 1989).

A pesar de que en el Código Civil no existe una definición específica de divorcio, en el artículo 106 se enuncia lo siguiente:

Art.106: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorió la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del cónyuge demandado. Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectúa con el último cónyuge." (Congreso Nacional, 2015, pág. 32)

Ahora bien, en el artículo 107 del mismo cuerpo normativo se hace mención a lo referente al divorcio por mutuo consentimiento, cabe recalcar que el mismo se caracteriza porque simplemente requiere de la voluntad de los cónyuges para solicitarlo, teniendo en cuenta que dentro del vínculo existan o no hijos dependientes o menores de edad, en este caso será el juez el encargado de resolver el asunto.

Art. 107: "Por mutuo consentimiento los cónyuges pueden divorciarse en procedimiento voluntario que se sustanciará según las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos." (Congreso Nacional, 2015, pág. 32)

Manuel Somarriva afirma que la ruptura del vínculo matrimonial se fundamenta en una causa legal y en virtud de una sentencia judicial se otorga la facultad a los divorciados para volverse a casar. (Somarriva, 1991).

Cuando la convivencia entre la pareja enfrenta graves problemas que no admiten una solución, el camino más acertado es la disolución del vínculo, pues según Enrique Varsi mediante el divorcio se da la disolución definitiva y total del vínculo conyugal, restituyendo a los ex cónyuges su capacidad para contraer nuevas nupcias. (Varsi, 2012, pág. 319).

De acuerdo a las definiciones antes mencionados podemos destacar que todos los doctrinarios coinciden que el divorcio es una de las formas de dar por terminado el vínculo, siempre y cuando haya existido un matrimonio válido, en este caso tanto el marido como la mujer tendrán la potestad para poder contraer un nuevo matrimonio con apego a la excepción claramente señalada en la ley.

Probablemente la mayor parte de las causas de divorcio se deben a la falta de armonía en la convivencia conyugal durante cierto tiempo, cualquiera de los cónyuges puede interponer esta demanda tomando en cuenta que este proceso trae consigo consecuencias personales y familiares.

1.4 CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO:

a) La acción de divorcio únicamente podrá ser solicitada por uno de los cónyuges pues posee un carácter personal.

b) Para que el estado civil de las personas no se vea afectado esta acción es irrenunciable.

c) Taxativamente en nuestro cuerpo normativo se encuentran enunciadas las causales en las que obligatoriamente se debe incurrir en una de ellas para que se lleve a cabo un divorcio causal.

d) El artículo 124 del Código Civil hace alusión a que esta acción es prescriptible. Dicha norma señala que la acción de divorcio prescribe en un año contado de acuerdo a cuál sea la causa que se alegue.

"Por las causales 1, 5 y 6 el año se contarán desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa que se trate." (Congreso Nacional, 2015, pág. 39)

En lo referente a "las causales 2, 3 y 4, desde que se realizó el hecho. Mientras que en la séptima causal se tomará como referencia el momento desde que se ejecutorió la sentencia respectiva". (Congreso Nacional, 2015, pág. 39)

e) “La acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, cualquiera que sea el estado del juicio, como lo establece el artículo 127 del Código Civil.” (Congreso Nacional, 2015, pág. 40)

f) “El vínculo matrimonial no podrá disolverse si uno de los cónyuges ha adquirido una discapacidad intelectual o persona sorda que no puede darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas.” De conformidad con el artículo 126 del Código Civil. (Congreso Nacional, 2015, pág. 40)

g) Mientras no se inscriba la sentencia de divorcio en el registro civil correspondiente, esta no tendrá validez. Según el artículo 128 del Código Civil. (Código Civil, 2017).

h) Cuando uno de los cónyuges fuere ecuatoriano y existieren hijos menores de edad o bajo su dependencia que residan en el Ecuador, para disolver el matrimonio se requiere de la sentencia de los jueces ecuatorianos como lo manifiesta el artículo 129 del Código Civil. (Código Civil, 2017).

i) Durante los juicios de divorcio, disolución o liquidación de la sociedad conyugal o cualquier otra controversia entre cónyuges, a petición de cualquiera de ellos o del curador ad litem, el juez podrá tomar las providencias que estime conducentes a la seguridad de los bienes, mientras dure el juicio. Según lo establece el artículo 130 del Código Civil. (Código Civil, 2017).

1.5 FINALIDAD:

La principal finalidad que tiene el divorcio, como ya se ha mencionado anteriormente, busca disolver el vínculo matrimonial permitiendo que los cónyuges puedan contraer un nuevo matrimonio. Sin embargo, es menester recalcar que el aumento de cifras de divorcios ha llegado a convertirse en uno de los mayores fenómenos sociales que atentan y repercuten en las relaciones de familia en el Ecuador.

En las últimas décadas las rupturas conyugales se han convertido en el escenario que afecta la vida social, familiar y emocional, creando consecuencias de gran impacto en el diario vivir.

Según lo mencionan las estadísticas en nuestro país, los divorcios alcanzan uno de los porcentajes más altos, los mismos que repercuten en la sociedad, quizá la explicación de este aumento se deba a las profundas transformaciones sociales y culturales que afectan al matrimonio tales como: La migración, la falta de acuerdo en la división tradicional de los roles conyugales, entre otros.

Las diversas transformaciones que ha venido desafiando a la familia, así como sus consecuencias se detallan con los siguientes aspectos:

1. Con el divorcio termina el contrato matrimonial, por ende, los deberes conyugales dejan de tener validez.

2. Los cónyuges adquieren nuevamente la posibilidad para contraer matrimonio.

3. La sociedad conyugal se disuelve.

4. Las obligaciones que corresponden a los cónyuges terminan con el divorcio.

5. Se extingue el segundo orden sucesorio con respecto del cónyuge.

Es necesario recalcar que el divorcio se ha constituido como un factor de vital importancia para así poder comprender las múltiples transformaciones y repercusiones que se manifiestan en distintos niveles en la familia.

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, este cuerpo normativo implica una reforma procesal en la administración de justicia, estableciéndose un nuevo trámite para el divorcio causal, así como también para el consensual.

El primero se sustancia a través del procedimiento sumario, el mismo que se gestiona en un menor tiempo posible. En tanto que el divorcio consensual se tramita ante un notario siempre que no existan hijos dependientes, caso contrario dada su especial naturaleza necesariamente debe ser conocido y resuelto por el órgano jurisdiccional, sustanciándose por el procedimiento voluntario.

No obstante, a partir del 26 de Junio de 2019 a través de la publicación de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos se reformó el artículo 18 numeral 22 de la Ley Notarial por el siguiente texto: "Tramitar el divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho, únicamente en los casos en que no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia según lo previsto en la Ley, y de haber hijos dependientes, cuando su situación en relación a tenencia, visitas y alimentos se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial dictada por juez competente." (Asamblea Nacional, 2019)

Es por ello que ahora los notarios gozan de la facultad de divorciar a parejas con hijos menores de edad cuando se haya acordado previamente la situación de los mismos, caso contrario seguirá el juez conociendo de este asunto.

El objetivo de esta reforma busca descongestionar los trámites en el sistema judicial, sin embargo, uno de los grandes inconvenientes radica en la vulneración al principio de gratuidad y el acceso a la justicia, ya que este trámite tiene un costo que impide que todas las parejas puedan acceder a este servicio.

La finalidad del COGEP se relaciona con el principio de celeridad procesal, pues ambos buscan evitar dilaciones innecesarias en la administración de justicia, y poder satisfacer las necesidades de los litigantes.

Cabe recalcar que en el principio de celeridad procesal para que el trámite se lleve a cabo de forma dinámica se debe evitar que las actuaciones de quienes intervienen no obstaculicen su normal desenvolvimiento, a fin de no solo obtener una decisión en un tiempo razonable, si no también que se respete el debido proceso y el ordenamiento legal.

Lo que se pretende alcanzar es que a través del ordenamiento jurídico se garantice que los procesos sean resueltos de una forma rápida y oportuna. Pues es necesario enfatizar que actualmente nuestro país requiere de una nueva forma de administrar justicia, es decir que este sistema este encaminado a resolverlo con equidad para el común de las personas y se pueda evidenciar una justicia diligente en el tratamiento y resolución de los conflictos, en pocas palabras: Eficaz.

Es importante tomar en cuenta la oportunidad de la administración de justicia para conocer las pretensiones formuladas por la parte actora, la procedencia de la vía procesal escogida, así como la pertinencia de las pruebas para una decisión justa e imparcial.

CAPITULO II.

LOS DIVORCIOS CRECEN Y LOS MATRIMONIOS DESCIENDEN

2.1 NORMATIVA LEGAL EN EL ECUADOR RESPECTO DEL DIVORCIO:

Con el transcurso del tiempo el divorcio, como mecanismo para dar por terminado el matrimonio ha venido sufriendo grandes cambios. Es así que en el artículo 105 del Código Civil se puntualiza claramente las causas de terminación del matrimonio:

"1. Por la muerte de uno de los conyugues.

2. Por la 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." (Congreso Nacional, 2015, pág. 32)

Explicando brevemente cada uno de los numerales del artículo en mención podemos decir que, en el primer numeral el vínculo matrimonial se termina cuando se da el deceso de uno de los cónyuges.

En el segundo numeral de dicho artículo se hace mención a otra forma en la que se puede terminar con el matrimonio, esto es cuando el juez por medio de la sentencia lo declara nulo.

En cuanto al tercer numeral, se indica que este vínculo concluye cuando se otorga la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

Finalmente, el último numeral establecido en este artículo menciona al divorcio como un mecanismo para finalizar el vínculo matrimonial, el mismo que es objeto de estudio a lo largo de este trabajo.

En el artículo 106 del Código Civil, "se establece ciertas limitaciones para las segundas nupcias, pues no podrá contraer matrimonio dentro del año siguiente a la fecha en la que se ejecutorió la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del cónyuge demandado, no obstante, esto no se aplica en el caso que el nuevo matrimonio se celebre entre los mismos cónyuges divorciados." (Congreso Nacional, 2015, pág. 32)

Para que se lleve a cabo el divorcio litigioso necesariamente se debe incurrir en una de las nueve causales del artículo 110 del mismo cuerpo normativo, sin embargo se estaría vulnerando el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues si bien dentro de la normativa ecuatoriana, el matrimonio es un contrato jurídico solemne que conlleva el consenso de la voluntad de los litigantes, el divorcio también debería ser considerado y analizado desde una perspectiva más práctica, en donde no exista la necesidad de incurrir en una causal para tener acceso a esta figura.

Para el doctrinario Eduardo Zannoni, existen dos clases de divorcio:

1) Divorcio con carácter vincular: Su efecto principal es el de dar por finalizado el vínculo a consecuencia de los conflictos matrimoniales.

2) Divorcio que implica la atribución de culpa a uno o ambos cónyuges: Tradicionalmente denominadas como causas subjetivas, es decir imputables a

título de dolo o culpa a cualquiera de los cónyuges según la decisión del juez. (Zannoni, 2005, pág. 10).

Partiremos indicando que, dentro de la primera clase, encontramos un divorcio con expresión de causa frente a uno sin expresión de ella o conocido también como divorcio incausado. La diferencia entre estos, radica en que en el primero se necesita presentar la razón del divorcio y según las condiciones de los contrayentes se juzgará la validez de esta.

Mientras que en los divorcios incausados, las razones que motivaron a tomar esta decisión no son conocidas ni juzgadas. Se encuentra incorporado en esta clase, el divorcio por mutuo consentimiento, aquí los cónyuges no requieren expresar sus razones, sino que simplemente solicitan la disolución del vínculo.

Dentro de la segunda clase establecida por Zannoni, se compara el divorcio remedio con el divorcio sanción, denominado así a esta categoría debido a que el juez es el encargado de determinar por medio de las pruebas presentadas en el proceso la existencia o no de la culpa, para finalmente a través de la sentencia imponer una sanción al que haya incurrido en ella.

En esta clase de divorcio sanción se encuentra el divorcio causal, como su nombre lo indica mediante la adecuación de los hechos en una o más causales establecidas en la ley, se busca al cónyuge que ha infringido en su actuar.

En la legislación ecuatoriana se reconoce jurídicamente:

1. El divorcio por mutuo consentimiento o consensual; y,

2. El divorcio contencioso o causal.

El primero se basa en el mutuo disenso de las partes para terminar con el matrimonio, por el contrario, en el divorcio contencioso se incurre en una o más causales.

2.1.1 DIVORCIO CAUSAL:

La falta de acuerdo entre los cónyuges, muchas veces origina la ruptura de este vínculo a tal punto que la disputa de uno contra el otro termina en un divorcio sin acuerdo y mediante una demanda una de las partes se opone a la separación. En esta clase de juicios se requiere una serie de elementos de prueba que rectifiquen lo que se alega.

Al ser contencioso, Hernando Devis Echandía considera que se ejercita entre personas que requieren la intervención del órgano jurisdiccional a fin de que se desate una controversia o litigio existente entre ellas, sobre el cual no han podido llegar a un acuerdo. (Echandía, 2009, pág. 96).

El divorcio es un mal necesario, cuando uno o ambos cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio, siendo imposible continuar con la vida en común, y por ende se permite la ruptura del vínculo matrimonial. (Baqueiro, 2010). Lo que el autor manifiesta es que, dentro de un divorcio contencioso, la acción es concedida al cónyuge afectado y más no a quien expuso los inconvenientes que dificultaban llevar una vida en común.

Como se mencionó anteriormente en el Ecuador las causales del divorcio contencioso, se encuentran reguladas en el Código Civil en su artículo 110. Lo que caracteriza a esta clase de divorcio, es el hecho de que se fundamenta en una

de las causales previstas en la ley, es decir, que uno de los cónyuges tiene el deseo de divorciarse, por lo tanto, en el proceso existe un actor y un demandado, cabe recalcar que los hechos deben adaptarse y guardar armonía con la norma legal.

Cuando la decisión y la voluntad de dar por terminado el matrimonio son asumidas unilateralmente por un cónyuge, ante este caso es necesaria la interposición de un proceso judicial para que a través de su sustanciación y por las causas legales, el juez competente las analice y declare la sentencia de divorcio. (Camacho, 2000, pág. 74).

La lista taxativa de causales que posee el articulado, se caracteriza porque tipifican un hecho imputable, en otras palabras, el obrar culpable de uno de los litigantes. Al cónyuge cuyas actuaciones se adecuan a la causal se le denomina como culpable; mientras que el cónyuge perjudicado o inocente, es aquél que no ha dado lugar a la configuración de la causa de divorcio, habiendo más bien sufrido las consecuencias de la misma provocada por el otro cónyuge. (Parraguez, 2005, pág. 337). Las mismas que luego de ser analizadas y sustanciadas en un proceso serán el resultado en la toma de la decisión antes de dictar sentencia.

Es por ese motivo que antiguamente esta hipótesis se justificaba cuando se consideraba como punto de partida que el divorcio era una estructura hermética a la que se debía optar en casos extremos.

El divorcio contencioso o por causales puede llevarse a cabo únicamente cuando uno de los cónyuges incurre en algunas de las causales expresadas en la norma legal. Este tipo de divorcio está implementado y regulado en la mayoría de sistemas jurídicos a nivel mundial, bajo la óptica que se tenía en el siglo XIX sobre la perpetuidad del matrimonio, por influencias morales y religiosas. (Borja, 2011).

El pensamiento de que el divorcio se considera como una alternativa excepcional sigue prevaleciendo hasta la actualidad por lo que ni siquiera es visto como una opción sino por el contrario, como un recurso extraordinario. (Borja, 2011).

Las principales características de este tipo de divorcio son:

a. La violencia o falta de armonía entre los esposos influye directamente en la ruptura matrimonial.

b. La incapacidad de resolver un conflicto, juega un papel de vital importancia al momento de disolver un matrimonio, sin embargo, se debe justificar la causa invocada. Es decir, la existencia de una causal determinada en la ley (artículo 110 del Código Civil).

c. En la demanda de divorcio se debe expresar los motivos por los que el cónyuge quiere divorciarse, en otras palabras, se deberá hacer referencia a una o más de las causales en las que haya incurrido el otro cónyuge.

d. Se debe probar que la causal invocada haya acontecido durante el matrimonio.

Si establecemos una divergencia con el divorcio de mutuo acuerdo, podemos deducir que, debido al desistimiento de los cónyuges con el asesoramiento de un abogado diferente para cada uno, presentarán una demanda contenciosa y el juez será el encargado de dictar una sentencia en donde quede aclarado los derechos y obligaciones de los mismos.

Hasta hace algunos años atrás se requería de un procedimiento verbal sumario para efectuar un divorcio contencioso, hoy en día, con las reformas aprobadas en el Código Civil en el artículo 118 se expresa que " toda demanda de divorcio de un cónyuge contra el otro se tramitará en procedimiento sumario." (Congreso Nacional, 2015, pág. 38)

Anteriormente en el artículo 117 del Código Civil se expresaba que "la demanda de divorcio se propondrá ante el juez del domicilio del demandado, y si éste se hallare en territorio extranjero la demanda se propondría en el lugar de su último domicilio en el Ecuador." (Código Civil, 2013, pág. 56).

Este artículo también fue modificado, de tal manera que ahora se detalla que "La demanda de divorcio se propondrá ante la jueza o el juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia del domicilio del cónyuge demandado; si se hallare en territorio extranjero, la demanda se propondrá en el lugar de su último domicilio en el Ecuador." (Congreso Nacional, 2015, pág. 38)

En el sistema ecuatoriano todo lo relativo al estado civil de las personas otorga competencia a los jueces nacionales en virtud de la ley nacional del involucrado. (Piedra Andrade, O. 2018).

Es decir, aunque uno de los cónyuges se encuentre domiciliado en el extranjero, la demanda se propondrá en el último domicilio que éste haya tenido en el Ecuador. Pues el domicilio forma parte del estatuto personal y por ende debe regirse de acuerdo a la legislación nacional.

2.1.2 DIVORCIO CONSENSUAL:

Cuando voluntariamente los cónyuges deciden divorciarse, estamos hablando de un divorcio consensual, el mismo que mediante un acuerdo pone fin a este vínculo, sin que medie para ello ninguna causal, más que su deseo.

Camacho sostiene que este tipo de salida a la terminación del matrimonio puede constituir una manera de evitar los malos tratos, las discusiones y las riñas permanentes dentro de un matrimonio, si bien no puede ser una solución ideal en muchos de los casos sí resulta saludable la disolución del matrimonio antes que el mantenerse juntos, pues en casos como los señalados las consecuencias también de esas desavenencias intrafamiliares suelen producirse en los hijos, y se ha de insistir que ante ello una fórmula de solución es la voluntad mutua de no continuar con el matrimonio. (Camacho, 2000, pág. 72).

A raíz de la Revolución Francesa de 1789, Francia instauró por primera vez el divorcio consensual en vista de que el matrimonio llegó a considerarse como un contrato o negocio, el mismo que podía disolverse por disconformidad.

Es necesario recalcar que hasta Junio 2015, en la legislación ecuatoriana el artículo 107 del Código Civil mencionaba que "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." (Congreso Nacional, 2015, pág. 48)

Sin embargo, con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos el 22 de mayo de 2016, existe la posibilidad de divorciarse por mutuo consentimiento el cual se sustanciará a través de un procedimiento voluntario ante el juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia si existen hijos menores de edad o dependientes, caso contrario ante un notario.

Hoy por hoy la disposición tercera de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos establece que los notarios se encuentran también facultados para resolver divorcios con hijos menores de edad, necesariamente se requiere de un acuerdo previo de la tenencia, alimentos y visitas respecto de los menores, así como también deberán llenar un formulario del Consejo de la Judicatura para acudir ante el notario y manifestar su voluntad de disolver el vínculo matrimonial, pues en la Ley Notarial se menciona:

"**Art. 18 # 22:** Tramitar el divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho, únicamente en los casos en que no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia según lo previsto en la Ley, y de haber hijos dependientes, cuando su situación en relación a tenencia, visitas y alimentos se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial dictada por juez competente." (Asamblea Nacional, 2019)

Según Hernando Devis Echandía la jurisdicción voluntaria se ejercita a solicitud de una o más personas que necesitan darle legalidad a una actuación o precisión a un derecho, sin que exista desacuerdo al hacer tal solicitud; (Echandía, 2009). Entiéndase que, en este tipo de divorcio, las causas le son indiferentes al derecho y no tienen que ser ventiladas ante la autoridad.

Doctrinariamente se ha denominado a este tipo de divorcio como administrativo, por cuanto no es sustanciado ni disuelto a través de una autoridad judicial, como lo es el juez de lo civil, sino que se delegada al notario público esta facultad, desde luego cumpliendo los requisitos preestablecidos por ley para permitirlo. (Acedo, 2010, pág. 434).

El Dr. Hernán Coello define al divorcio consensual "Como la terminación del matrimonio previo el cumplimiento de las ritualidades señaladas en la ley y que el juez decreta a petición conjunta de los cónyuges." (Coello, 2004) Es decir, en concordancia con el Dr. José García esta clase de divorcio termina por la voluntad libre y espontánea de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial, mismo que se resuelve de forma amistosa, sin conflictos, evitando altercados que afecten su estabilidad. (García, 2011).

El divorcio consensual se caracteriza por:

1. Necesariamente debe manifestarse el deseo común entre los cónyuges para divorciarse.

2 Al no requerir de una causal para que este se lleve a cabo, tampoco existe afectación de derechos entre los cónyuges.

3. El juez o el notario serán quienes tengan la facultad de celebrar esta clase de divorcio.

4. Uno de los objetivos del COGEP está fundamentado en resolver los trámites de forma ágil y oportuna cuando el caso lo amerite, beneficiando a los interesados.

2.1.3 CAUSAS DEL DIVORCIO:

En la actualidad el divorcio es una situación que ocurre con frecuencia, muchas parejas se divorcian sin considerar los múltiples problemas que esto trae consigo, tanto para la pareja como para sus hijos.

Dentro de un matrimonio cada pareja enfrenta diferentes situaciones y problemas influenciados por diversos factores, los cuales muchas veces llegan a ser considerados como elementos de vital importancia al momento de tomar la decisión de divorciarse.

Para el Dr. Francisco Consetini existen cinco características que influyen en el divorcio:

1. Causas Criminológicas: El adulterio, el atentado contra la vida del otro cónyuge, la condena por reclusión, la falta de moralidad y perversión sexual, malos tratos e injurias. (Consetini, 1992, pág. 23)

2. Causas Simplemente Culposas: Abandono voluntario. (Consetini, 1992, pág. 23)

3. Causas Eugenésicas: Enfermedades relacionadas con el alcoholismo, la toxicomanía. (Consetini, 1992, pág. 23)

4. Causas Objetivas: Separación voluntaria de los cónyuges. (Consetini, 1992, pág. 23)

5. Causas Indeterminadas: El embarazo ignorado por el marido antes que se celebre el matrimonio. (Consetini, 1992, pág. 23).

2.1.3.1 CAUSAS PSICOSOCIALES Y ECONÓMICAS:

Parraguez manifiesta que diversas investigaciones se han abocado a tratar de determinar cuáles podrían ser las variables que presentan un mayor riesgo de

divorcio, aunque no necesariamente se puede presumir que son aquellas las causales directas de éste.

Hoy en día muchas parejas deciden asumir nuevos retos y enfrentarse a la vida matrimonial desde temprana edad, dejando a un lado las consecuencias que esto puede acarrear. A pesar de que no todos los matrimonios fracasan, existen casos de que otros no llegan a adaptarse y ven al divorcio como primera alternativa para solucionar su problema. Quizá esto dependa de la sociedad actual en la que vivimos, pues los factores económicos y sociales juegan un papel de vital importancia dentro del núcleo familiar.

Cabe recalcar que cuando un matrimonio con hijos fracasa, estos últimos son las víctimas de esta separación, muchas veces inesperada, simplemente porque ellos estaban acostumbrados a vivir con cierta estabilidad, y que de un momento a otro desapareció, los hijos menores de edad al depender de sus padres sufren el mayor impacto con esta situación.

A más de los aspectos psicológicos y emocionales, que de una u otra forma afectan a la familia, el divorcio acarrea una serie de efectos económicos, pues si bien favorece a uno pone en desventaja al otro impidiéndole solventar ciertos gastos.

Con respecto a los cónyuges:

Terminar una relación matrimonial presenta una serie de desafíos financieros, pues con su eventual ruptura se desestabiliza la situación de los miembros de la familia, debiendo adaptarse a esta nueva forma de vida para poder subsistir. Si durante el matrimonio la mujer no trabajaba y dependía del sueldo

que percibía el marido, en el momento en que los cónyuges se separan quedan desprotegidos, tanto ella como sus hijos.

Cuando en la vida matrimonial comienza a existir una relación turbulenta, lo más adecuado para lograr un bienestar mutuo es que se lleve a cabo un divorcio, sin embargo, no en todas las parejas la situación es igual, pues en algunas puede existir una auto recriminación por lo que no se hizo para que exista armonía, teniendo la oportunidad de hacerlo.

Luis Mizhari manifiesta que el trauma que viven los cónyuges que se divorcian en una sociedad que desde niños les han enseñado a idealizar el matrimonio, es grande. Quizá porque la sociedad incorporó al matrimonio en su personalidad como una de las principales metas a alcanzar en su vida. De esta frustración se desprende la sensación de fracaso que se experimenta con el divorcio, sensación que se intensifica con las ideas y actitudes que tienen su familia y sus amigos sobre el divorcio (Mizhari, 1998).

Las principales consecuencias en los cónyuges son:

1. Una vez que se ha producido el divorcio la convivencia conyugal termina y por ende el deber de fidelidad a la pareja concluye.

2. Transcurrido los plazos señalados en la ley, los divorciados pueden volver a casarse.

3. Cada uno puede celebrar cualquier tipo de negocios sin la necesidad de consultar al otro.

Con respecto a los hijos:

La forma en la que reaccionan los hijos a partir del divorcio de sus padres depende de las circunstancias del proceso, de la edad y de la personalidad de cada uno, pues todo divorcio tiene repercusiones sobre los implicados, especialmente sobre los hijos, ya que son ellos quienes conocen a profundidad los verdaderos conflictos por los que están pasando sus padres.

Las formas en que se manifiestan las consecuencias del divorcio en los hijos, frecuentemente se relacionan con síntomas conductuales: El ser testigo de peleas, dolor, tristeza y ausencia de amor no es lo más idóneo para un hijo, por ese motivo su intención es tratar de llamar la atención de sus padres y muchas veces de las personas que les rodean, se vuelven personas agresivas, su rendimiento escolar se ve afectado, surge con frecuencia angustia, depresión y ansiedad.

El desacuerdo que se produce entre los padres tras el hecho de divorciarse se ve reflejado en los hijos, pues en muchas ocasiones estos se sienten atrapados en los conflictos de sus progenitores y son los principales espectadores de las hostilidades que existen durante el proceso de divorcio, llegando a inferir directamente en su autoestima.

Otro de los problemas que se ve reflejado en los hijos es el hecho de que se ven obligados a vivir con uno de los padres siendo que también aman al otro. En otras ocasiones por decisión de la autoridad judicial deben vivir con el padre a quien ellos consideran que es el culpable del divorcio y por tal motivo adquieren conductas rebeldes y desafiantes.

Aunque se haya efectuado el divorcio es necesario que la relación padres e hijos no se vea quebrantada, por ello es adecuado que:

1. A pesar de que la patria potestad se haya otorgado únicamente al cónyuge que adquiera la custodia del menor, es importante que se cumpla con el régimen de visitas, para que de esa forma el menor también pueda compartir con su otro padre.

2. Es necesario que como padres siga existiendo una comunicación concerniente al tema de los hijos, pues tanto sus derechos y obligaciones como padres no termina por el divorcio.

3. La interacción entre padres e hijos se convierte en un eje de seguridad emocional para ellos.

2.1.3.2 CAUSAS JURÍDICAS:

Diversos factores que atañen a los cónyuges, a los hijos y en muchos casos hasta sus bienes, son consecuencias que acarrea el divorcio. Entre las principales, podemos citar:

1. Anulación de los deberes conyugales por la terminación del contrato matrimonial.

2. Lógicamente, con el cese de un convenio o contrato, las consecuencias dentro del mismo se acaban, dando la libertad a cada una de las partes para contraer un nuevo matrimonio.

Con respecto a los cónyuges:

En este caso se puede señalar en forma enunciativa los siguientes:

1. Los deberes de socorrerse, ayudarse mutuamente, guardarse fe a los que se refiere el artículo 136 del Código Civil terminan, pues ya no existe mancomunidad de vida.

2. Entre los objetivos de la pareja durante el matrimonio está el de escoger el domicilio para vivir de acuerdo a los intereses que mejor se adapten a ellos según sus necesidades, sin embargo, luego de un divorcio, las cosas cambian y esto simplemente se disuelve.

3. Según la ley, si una persona divorciada queda viudo (a) de su ex pareja, éste no podrá heredar los bienes del difunto.

4. Al cónyuge que se le ha designado el cuidado de los hijos menores de edad o que posean algún tipo de discapacidad, cuando exista un solo bien destinado a la vivienda, de acuerdo al artículo 190 del Código Civil le corresponde el derecho de uso y habitación a aquel cónyuge.

De igual manera, en el artículo 44 de la Constitución Ecuatoriana manifiesta que lo que se pretende es precautelar el principio de interés superior del niño, brindándoles seguridad, protección y un ambiente adecuado para su desarrollo. (Asamblea Constituyente, 2008).

5. Según el artículo 307 del Código Civil, la patria potestad corresponderá al padre que, según en la sentencia, tenga el cuidado de los hijos. (Código Civil, 2017).

En las diferentes legislaciones se ha condicionado un plazo de tiempo específico para volverse a casar. En el Ecuador el artículo 106 expresa que “El

actor no puede contraer un nuevo matrimonio dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorió la sentencia.” (Congreso Nacional, 2015, pág. 32). A pesar de que en la sentencia exista la constancia de que una pareja está divorciada, será imposible volverse a casar si es que en la inscripción de matrimonio no consta una nota marginal, certificando la disolución del vínculo.

Con respecto a los hijos:

1. Los hijos son un compromiso de por vida, por lo tanto, los padres deberán siempre pensar objetivamente en las necesidades básicas de sus hijos, los mismos que se mantendrán a pesar de la situación que enfrenten.

2. Aunque el divorcio se haya llevado a cabo esto no puede repercutir en la relación padres e hijos, pues en el artículo 21 del Código de la Niñez y Adolescencia señala que los niños tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidado por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores, especialmente cuando se encuentren separados. (CONA, 2017).

3. Cuando uno de los padres posea cualquier tipo de discapacidad que impida el cuidado que necesitan los hijos, el juez podrá designarlo a un pariente cercano.

Art. 269: Podrá el juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y, sobre todo, a los ascendientes. (Código Civil, 2017).

4. Resulta enriquecedor que un hijo goce de la oportunidad de poder compartir tiempo con el padre con el que no convive diariamente, esto será fundamental para la formación y desarrollo sano para crear su propia identidad.

Con respecto a los bienes patrimoniales:

La sociedad conyugal que se forma en un matrimonio genera una serie de derechos y obligaciones en base a los aportes realizados, esto incluye tanto el patrimonio que cada uno tenía antes de casarse como lo que adquieran durante la unión. Los bienes serán administrados por cualquiera de los cónyuges, sin embargo, necesitará la autorización de quien no posea la facultad de la administración para realizar determinados actos.

En el artículo 140 del Código Civil se menciona que cualquiera de los cónyuges, previo acuerdo, tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal, pero podrá autorizar al otro para que realice actos relativos a tal administración. No podrá presumirse tal autorización sino en los casos en los que se haya previsto. (Código Civil, 2017).

El patrimonio de la sociedad conyugal está conformado por activos y pasivos, ya sean estos absolutos o relativos. "Al darse la liquidación de la sociedad conyugal es necesario establecer si existen o no gananciales y en el caso afirmativo partirlo por la mitad entre los cónyuges, reintegrar las recompensas que la sociedad adeude a los cónyuges o que estos adeuden a la sociedad; y reglamentar el pasivo de la sociedad conyugal." (Morales, 1992, pág. 246).

Los pasos para realizar la liquidación de la sociedad conyugal son:

1. Facción de inventarios y tasación de bienes: Consiste en el alistamiento y avalúo que se hayan inscrito en el régimen social.

2. Formación de un acervo común de bienes: Sobre la masa común de bienes que se produce por el inventario se encuentran confundidos tanto los bienes que les pertenece a cada uno de los cónyuges como aquellos que son propios de la sociedad conyugal, por lo tanto, se debe obtener de este acervo los bienes de cada cónyuge.

3. Restitución o retiro de los bienes propios de los cónyuges: En el artículo 195 del Código Civil se menciona que una vez que se haya disuelto la sociedad conyugal, cada cónyuge por sí o por sus herederos, tendrá derecho a sacar de la masa las especies o cuerpos que le pertenezcan, y los precios, saldos y recompensas que constituyen el resto de su haber. (Código Civil, 2017).

Como lo menciona el Dr. Jorge Morales en su libro "Derecho Civil de las Personas" los cónyuges deben retirar:

-Los bienes que pertenecían a su haber propio y los que fueron inventariados con los bienes sociales.

-Los valores correspondientes por los bienes que ingresaron al haber relativo por los cuales la sociedad conyugal quedó obligada al pago de recompensas. (Morales, 1992, pág. 246).

4. Liquidación de las recompensas que mutuamente se deban a la sociedad y los cónyuges: Las recompensas son un elemento regulador del patrimonio de la sociedad conyugal y del patrimonio propio de los cónyuges que evitan un

enriquecimiento injustificado. (Morales, 1992, pág. 251). Sin embargo, la ley permite que se acumulen a un haber social.

Art. 194: Se acumulará imaginariamente al haber social todo aquello de que los cónyuges sean respectivamente deudores a la sociedad, por vía de recompensa o indemnización. (Código Civil, 2017).

5. Partición del acervo líquido o ganancial: Es todo lo que adquieren los cónyuges durante el matrimonio, estos gananciales por regla general deben dividirse en partes iguales.

6. Liquidación del pasivo social: Se puede liquidar conjuntamente con el activo por medio de un procedimiento único o caso contrario de forma separada.

Al darse la disolución de la sociedad conyugal, cambian la relación con terceros, de tal modo que:

1. Los patrimonios se individualizan, es decir que para celebrar un contrato con terceros ya no se requiere la concurrencia de las dos voluntades.

2. Las obligaciones contenidas en el artículo 171 del Código Civil cesan, pues la sociedad se ha disuelto.

3. Las deudas e intereses que tengan los cónyuges deberán ser cumplidas de forma personal.

2.2 INSTITUCIÓN DEL DIVORCIO SEGÚN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS (COGEP):

La reforma procesal más importante en la administración de justicia en nuestro país se inició con la entrada en vigencia del COGEP, con este cambio evolutivo el sistema procesal escrito es reemplazado por la oralidad, pues la Corte Nacional de Justicia manifiesta la importancia del mismo en el que impere la oralidad y la inmediación, sin dejar a un lado la correcta aplicación del debido proceso. Solo mediante la observancia del debido proceso puede otorgarse tutela efectiva y garantizar la seguridad jurídica como fines de la sociedad contemporánea. (Corte Nacional de Justicia, 2015, pág. 4).

Con esta reforma se ha visto la necesidad de mejorar la forma de tramitar el divorcio, es decir se busca que sea resuelto de una forma ágil evitando dilaciones innecesarias. Para la mayoría de los juristas el paso de un sistema escrito a un sistema predominantemente oral significa un gran avance, pues lo que se busca con la oralidad es la inmediación, es decir el contacto directo entre las actuaciones de las partes con el juez. Incluso las actuaciones podrán realizarse por medio de videoconferencia u otros medios de similar tecnología cuando la comparecencia personal no sea posible.

No obstante, a pesar del poco tiempo de vigencia del COGEP se ha generado una serie de anomalías en su aplicación, ya que las mismas no guardan congruencia con la realidad de las partes interesadas. Esto se debe a que no son aplicadas correctamente por los legisladores, sobre todo en lo relativo al cumplimiento de los términos en el desarrollo de las etapas procesales.

2.2.1 CAUSALES PARA LA TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO:

El divorcio por causales ocurre cuando dentro del matrimonio uno de los cónyuges considera imposible continuar con una vida en común, manifestando su interés ante un juez de romper con este vínculo por cumplir con una de las causales establecidas en la ley que le otorgan este derecho.

Anteriormente las causales de divorcio del Código Civil eran once, con las reformas realizadas unas se han mantenido, otras se han modificado y otras se han derogado. Entre las causales derogadas están: "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 obtenida sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo", conforme a lo dispuesto en la causal sexta del Código Civil. (Congreso Nacional, 2015, pág. 53) Y "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. Correspondiente a la causal octava del mismo cuerpo normativo." (Congreso Nacional, 2015, pág. 53)

En la actualidad son nueve causales específicas por las que pueden divorciarse cualquiera de los cónyuges. Necesariamente la causal invocada en el libelo de la demanda, así como las pruebas presentadas deben ser útiles, conducentes y pertinentes para que puedan ser apreciadas y valoradas por el juez.

A) PRIMERA CAUSAL DE DIVORCIO "EL ADULTERIO DE UNO DE LOS CÓNYUGES"

La causal de adulterio es una de las más antiguas pues en el Derecho Romano a través de la Ley Julia de adulteris coercendis se calificó al adulterio como un crimen de carácter público para la mujer, la cual era castigada severamente ante la máxima autoridad. Sin embargo la situación era distinta para el marido el cual gozaba de una mayor libertad para actos de fornicación con personas soltera.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al adulterio "Como la relación sexual de persona casada con otra que no sea su cónyuge." (RAE, Real Academía Española).

Para el Dr. Jorge Morales en su obra Derecho civil de las personas manifiesta que "Para que haya adulterio es fundamental que haya la intención de cometerlo pues si hay fuerza o si hay violación no se configura el adulterio como causa de divorcio" (Morales, 1992, pág. 175).

De esta forma podemos afirmar que el adulterio implica una violación a la fidelidad que los cónyuges están llamados a cumplir. Por ese motivo que dada su importancia en la sociedad esta causal se conserva en nuestro sistema ecuatoriano, por lo tanto, a través de un juicio de divorcio contencioso se puede alegar la misma. Cabe recalcar, que el adulterio ha existido y crecido a tal punto que se ha convertido en una práctica condenable y a la vez inevitable en muchas culturas.

La infidelidad es un problema social que ha venido afectando a las parejas desde hace mucho tiempo atrás, superar este problema suele ser un reto enorme, porque no se trata de engañar o quebrantar un código moral, sino esto implica lastimar, herir y destruir al semejante.

B) SEGUNDA CAUSAL DE DIVORCIO "LOS TRATOS CRUELES O VIOLENCIA CONTRA LA MUJER O MIEMBROS DEL NÚCLEO FAMILIAR"

Antes de la reforma procesal, es decir hasta el año 2015 está causal era conocida como la sevicia, la cual se basa en la crueldad desarrollada por uno de los cónyuges sobre el otro con acciones que faltan al respeto de forma brutal.

Es necesario enfatizar que de acuerdo con la problemática actual de nuestra sociedad esta causal ha incrementado su trascendencia, pues cada vez ocurre con más frecuencia casos de maltratos dentro del núcleo familiar.

Es así que hoy en día no únicamente los tratos crueles se consideran como causales de divorcio, sino también todo acto de violencia contra la mujer.

De esta manera resulta adecuado analizar esta causal como dos sub causales:

1. La Sevicia: actualmente definida como la crueldad excesiva o trato cruel. (RAE, Real Academia Española).

Si bien durante el matrimonio es muy común que existan diferencias entre la pareja que en ocasiones son resueltas sin inconvenientes, sin embargo, cuando estos altercados van más allá e involucran golpes, insultos, ultrajes, ofensas, etc. Es decir, empieza a darse una relación de desigualdad en donde el uno tiene poder sobre el otro y la estabilidad del matrimonio se torna insostenible, es necesario que se disuelva el matrimonio.

Doctrinariamente se ha clasificado a la sevicia en dos clases:

- La sevicia física: La cual implica golpes de un cónyuge hacia el otro

- La sevicia moral: La cual conlleva ofensas que atentan a la dignidad y a la autoestima del otro cónyuge.

Ambas formas de sevicia implican actos de desprecio hacia la pareja, ya sea que se hayan producido por una sola vez o de forma periódica durante el matrimonio.

Al referirnos a los tratos crueles, estos deben ser considerados como graves, a tal punto que este tipo de agresión afecte la integridad física y moral de las víctimas, quienes muchas veces aceptan la situación como algo natural.

Si bien el maltrato físico pone en riesgo la integridad del otro cónyuge, en muchos casos se presentan agresiones psicológicas siendo estas últimas más difíciles de detectar porque no dejan marcas físicas, más bien el autoestima y los sentimientos de valor personal y conyugal se ven negativamente afectados.

Es necesario enfatizar que la violencia no únicamente implica una agresión física sino también todas aquellas que puedan afectar emocionalmente a la víctima, provocando un ambiente de pánico en el hogar. Es por ello que cualquiera de los cónyuges afectados el derecho a solicitar el divorcio, una vez que hayan demostrado que han sido víctimas de maltratos.

2. Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar: En nuestra sociedad son varios los casos de maltrato hacia la mujer por parte de su pareja, sin embargo, en la mayoría de los casos las víctimas no denuncian a sus victimarios

por temor de que esto pueda repercutir en otros miembros de la familia como son los hijos.

En el artículo 155 del Código Orgánico Integral Penal se expresa que se considera violencia "Toda acción que consista en maltrato físico, psicológico o sexual ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar." (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, pág. 27)

"Se considera miembros del núcleo familiar a la o al cónyuge, a la pareja en unión de hecho o unión libre, conviviente, ascendiente, descendiente, hermanas, hermanos, parientes hasta el segundo grado de afinidad y personas con las que se determine que el procesado o la procesada mantenga o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación." (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, pág. 27)

De igual manera este mismo cuerpo normativo establece tres tipos de violencia:

1) Violencia física: "La persona que, como manifestación de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cause lesiones" (…) (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, pág. 27)

2) Violencia psicológica: "La persona que, como manifestación de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cause perjuicio en la salud mental por actos de perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamiento o control de creencias, decisiones o acciones" (…) (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, pág. 27)

3) Violencia sexual: “La persona que, como manifestación de violencia contra la mujer o un miembro del núcleo familiar, se imponga a otra y la obligue a tener relaciones sexuales u otras prácticas análogas” (…) (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, pág. 27)

La violencia intrafamiliar es un problema muy grave que causa daños irreparables tanto para la víctima como para el agresor. Este tipo de violencia no se produce de forma aislada, sino que sigue un patrón constante en el tiempo, llegando a constituir un abuso de poder y de confianza que desintegra, corrompe y destruye a la célula fundamental de la sociedad: la familia.

C) TERCERA CAUSAL DE DIVORCIO “ EL ESTADO HABITUAL DE FALTA DE ARMONÍA DE LAS DOS VOLUNTADES EN LA VIDA MATRIMONIAL”

Antes de la reforma de Junio 2015 esta causal hacía referencia a las injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía en la vida matrimonial. (Congreso Nacional, 2015, pág. 52)

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española se define a la injuria como una acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. (RAE, Real Academia Espaola).

Sin embargo, para que sea causal de divorcio necesariamente esta injuria debía ser grave, es decir las que resultan más ofensivas para la víctima. (Cabanellas De Torres, 2011).

Actualmente tanto las injurias graves como la actitud hostil no están establecidas taxativamente en esta causal, sin embargo desde el punto de vista lógico las mismas se encuentran incorporadas en la falta de armonía, ocasionando que no se pueda conservar una convivencia perenne dentro de la relación y aunque la armonía es considerada como un requisito fundamental en cada una de las etapas del matrimonio, las mismas que deben basarse en la búsqueda del equilibrio y la estabilidad, empiezan a deteriorarse por lo cual se puede recurrir al divorcio por esta causal.

Es necesario para que esta causal sea válida que indispensablemente deba tratarse de un acto reiterado y que dichas ofensas sean lesivas para la personalidad del cónyuge.

Aunque la falta de armonía puede ser ocasionada por distintos hechos, esta causal debe darse de forma habitual, impidiendo de esta manera la vida en común y generando un ambiente de incertidumbre.

Cabe recalcar que las discrepancias entre los esposos no son consideradas como consecuencias para solicitar la disolución del vínculo matrimonial. En palabras de Guillermo Cabanellas "Habitualidad es el estado durable, la permanencia de los hábitos o inclinaciones que perseveran en un sujeto" (Cabanellas, 2011, pág. 180)

D) CUARTA CAUSAL DE DIVORCIO "AMENAZAS GRAVES DE UN CÓNYUGE CONTRA LA VIDA DEL OTRO"

Con respecto a esta causal no ha adquirido ningún tipo de modificación al respecto, por ello según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define que amenazar es dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien. (RAE, Real Academia Española).

Hay que tener en cuenta que las amenazas son el producto de un escalamiento de comportamientos agresivos que se vive diariamente en el entorno familiar. Es importante que los cónyuges traten de tomar conciencia de las consecuencias de sus conductas, ya que esto implica la terminación de un hogar y los daños que se ocasionan en cada uno de los miembros del núcleo familiar.

Cuando hablamos de amenazas como causa de un divorcio, hacemos referencia a todos aquellos actos graves, peligrosos, realizables que atenten contra la vida de uno de los cónyuges. Para que esta causal proceda necesariamente estas amenazas deben ser encaminadas de un cónyuge hacia el otro, más no si van dirigidas a terceras personas.

Es muy difícil encontrar un caso de este tipo, debido a la dificultad de la prueba, pues como se sabe para que esta causal sea admisible deben haber existido amenazas graves y frecuentes.

Al referirnos a la gravedad asimilaremos como peligrosa, en otras palabras, es necesario que exista la intención real de cumplirla, caso contrario no procederá la acción del divorcio, simplemente porque no existe ningún peligro contra la integridad de quien fundamenta dicha causal.

E) QUINTA CAUSAL DE DIVORCIO "TENTATIVA DE UNO DE LOS CÓNYUGES CONTRA LA VIDA DEL OTRO"

Esta causal era conocida como la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice, actualmente se ha eliminado la parte final del enunciado que hace mención a la coautoría en una infracción.

Es indispensable distinguir esa conducta desde un punto de vista relevante para el derecho de familia, y otro desde el punto de vista penal.

El Código Orgánico Integral Penal define a la tentativa como "La ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito." (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, pág. 11)

Mientras que para el derecho de familia lo define como una acción violenta que realiza una persona en contra de otra con el propósito de acabar con su vida, dentro de este punto cabe recalcar que, aunque el acto no se haya consumado, la intención de hacerlo es motivo suficiente para solicitar el divorcio.

Resulta imposible conocer a ciencia cierta cuales fueron los verdaderos propósitos de una persona que nos permitan identificar los hechos que motivaron el deseo de causar daño al cónyuge, debido a que la intención no se nota a primera vista, sino más bien es algo subjetivo.

Esta causal prescribe luego de un año en el que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento del hecho.

Es importante fundamentar que si uno de los cónyuges fallece ya no es necesario plantear la acción de divorcio, ya que automáticamente el matrimonio se disuelve, por el simple hecho de que el delito no se consumó.

F) SEXTA CAUSAL DE DIVORCIO "LOS ACTOS EJECUTADOS POR UNO DE LOS CÓNYUGES CON EL FIN DE INVOLUCRAR AL OTRO O A LOS HIJOS EN ACTIVIDADES ILÍCITAS."

El matrimonio es considerado como una institución edificada con bases sólidas en donde el respeto y la moral serán los valores que rijan la conducta del ser humano en la sociedad, sin embargo, si esta norma se llega a quebrantar por distintas razones, y uno de los cónyuges pretende involucrar al otro o a sus hijos en actos ilícitos, la disolución del matrimonio es admisible.

Por actividades ilícitas debemos entender que son aquellos actos que no están permitidos por ser contrarios a la buena fe y al orden público, los mismos que son sancionados por la ley debido a que son considerados punibles para la sociedad.

Existen varios actos para involucrar a los hijos o al otro cónyuge por medio de distintos vicios que existen en la sociedad, medios que sirven para degradar a la familia cuando por diferentes motivos uno de los cónyuges mediante engaños, intimidación o fuerza obliga a su pareja o a sus hijos a cometer actos ilícitos.

Involucrar consiste en abarcar, incluir a alguien en un asunto comprometiéndolo en este. (RAE, Real Academia Española).

Esta causal tiene por objeto proteger la integridad de cada miembro de una familia, garantizando el desarrollo y bienestar de los hijos ante cualquier tipo de abuso. Para la invocación de esta causal es necesario determinar si los actos ilícitos cometidos fueron realizados por voluntad propia o se estaba atentando contra la integridad física y moral de las víctimas.

Para que proceda el divorcio por esta causa, no es necesario que previamente haya existido una sanción penal. La misma tiene validez dentro de un año, tomando en cuenta desde el momento en el que el cónyuge conoció sobre el hecho.

G) SÉPTIMA CAUSAL DE DIVORCIO "LA CONDENA EJECUTORIADA A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD MAYOR A 10 AÑOS"

En esta causal existe una leve modificación en su disposición, la misma que antes de la reforma se enunciaba como la condena ejecutoriada a reclusión mayor, esto se daba debido a que en el Código Penal existía la pena con reclusión mayor, es decir no importaba los años que se le habían impuesto al imputado para solicitar el divorcio. Actualmente en el Código Orgánico Integral Penal se establece un tiempo determinado de pena privativa de la libertad.

Luego de un proceso penal en el que se haya condenado a uno de los cónyuges la privación de la libertad por más de 10 años por el cometimiento de un delito dentro del matrimonio, es indispensable que haya pre judicialidad, es decir, el pronunciamiento formal juega un rol de vital importancia para poder solicitar el

divorcio por la séptima causal. Cabe recalcar que por ningún motivo se puede obligar a nadie a permanecer a lado de otro especialmente cuando no se puede cumplir con las obligaciones del matrimonio.

Esta causal prescribe en el plazo de un año contado desde el momento en que la sentencia se encuentra ejecutoriada.

H) OCTAVA CAUSAL DE DIVORCIO "EL QUE UNO DE LOS CÓNYUGES SEA EBRIO CONSUETUDINARIO O TOXICÓMANO"

Partiremos mencionando brevemente que el alcohol desde la antigüedad es considerado como una bebida que afecta al organismo debido a que genera una dependencia física y emocional. Mientras que la toxicomanía "Es un estado patológico del organismo que se caracteriza por el deseo o necesidad irresistible de ingerir determinados fármacos y buscárselo con cualquier medio por la tendencia a aumentar progresivamente la dosis" (Morales, 1992, pág. 188)

Para que esta causal tenga validez, será preciso considerar que el estado de embriaguez o toxicomanía sean frecuentes en una persona. Cabanellas define que ebrio es aquel que, por haber ingerido bebidas alcohólicas o algún líquido nocivo, sufre de ciertas alteraciones mentales. (Cabanellas De Torres, 2011).

El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario no solo representa pérdidas económicas en el hogar, sino que la violencia que se genera va aumentando hasta llegar a los niveles más altos de frustración en una pareja, a tal punto que tratar de lidiar con este tipo de personas representa un peligro, debido a que su conducta irregular le impide actuar de la mejor manera y muchas veces puede obrar en su contra.

Es necesario que tanto la ebriedad como la toxicomanía sean habituales, es decir que el sujeto haya adquirido dependencia, a tal punto que llegue a convertirse en un adicto y por lo tanto genera una influencia negativa para la familia, en este caso se considera como una causal de divorcio.

Esta causal busca proteger a la familia de posibles daños físicos, psicológicos y sexuales, los mismos que se puedan cometer bajo los efectos del alcohol o de algún otro tipo de alucinógeno.

Cabe mencionar que esta conducta debe presentarse de forma reiterada para poder solicitar el divorcio.

I) NOVENA CAUSAL DE DIVORCIO "EL ABANDONO INJUSTIFICADO DE CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES POR MÁS DE SEIS MESES ININTERRUMPIDOS"

De acuerdo a Cabanellas el abandono de la familia consiste en el "Incumplimiento voluntario y malicioso de los deberes atinentes al jefe de familia para el sostenimiento del hogar; como son las obligaciones alimenticias, asistencia, educación y socorro" (Cabanellas, 2011, pág. 10)

Por su parte la Corte Nacional de Justicia en la resolución N° 605-2009 se ha visto en la necesidad de enfatizar la importancia de distinguir lo que es en realidad el abandono, pues en muchas ocasiones se lo asemeja con la separación.

"No se puede considerar el abandono y la separación como sinónimos, pues la separación no siempre conlleva la intensión de los cónyuges de romper el vínculo matrimonial que los une y puede deberse a ciertas circunstancias que

obligan por necesidad a permanecer separados por determinado tiempo, como sucede por motivo de trabajo, salud, educación, la situación migratoria en la que, si bien existe la separación de los cónyuges, empero, la intensión de permanecer unidos y vivir juntos se mantiene.

En cambio, en el abandono la situación es diferente, ya que uno de los cónyuges deja el hogar en común con el ánimo y la intensión de romper el vínculo matrimonial, en tal caso desaparece el animus conyugalis, porque ya no existe el deseo de permanecer unidos y auxiliarse mutuamente". (Resolución No. 605-2009. Ex Sala de Lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia , 2009).

El criterio expuesto por los jueces de la Sala de Familia manifiesta que el abandono conlleva la concurrencia de tres elementos:

El primero: consiste en la dejación material o física del hogar conyugal.

El segundo: implica el incumplimiento de los deberes conyugales, es decir en forma voluntaria e intencional.

El tercero: transcurra un determinado periodo de tiempo.

Esta causal es una de las más utilizadas en la práctica y también una de las que más cambios ha adquirido con el pasar del tiempo, es así, que actualmente para solicitar la demanda de divorcio se requiere que hayan transcurrido 6 meses ininterrumpidos de abandono. Pues la falta de convivencia y la ruptura de las relaciones maritales y sociales dentro del matrimonio deben ser frecuentes, mientras que con la ley anterior se estableció un año de abandono para ser considerada como válida.

La acción de divorcio por esta causal no prescribe, pues a pesar de que la ley establece un plazo de seis meses para alegarla, pues al ser una de las más comunes existe la posibilidad de que ésta pierda validez en el momento de que exista algún tipo de reconciliación entre los cónyuges.

2.2.2 TRÁMITE SUMARIO:

Los principales trámites que regulaba el Código de Procedimiento Civil eran: el ordinario, verbal sumario y el ejecutivo, sin embargo, se mantenían varios trámites sumarios, los mismos que buscaban cumplir con un fin específico. Con la entrada en vigencia del COGEP se establecen cuatro tipos de trámites que son conocidos como procedimientos fundamentales y son: ordinario, sumario, ejecutivo y monitorio.

En el artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos se delimita los tipos de juicios que deberán tramitarse bajo el procedimiento sumario. En su cuarto numeral se expresa "En el divorcio contencioso si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho". (Asamblea Nacional, 2015, pág. 45)

Es decir antes de declarar disuelto el matrimonio necesariamente el juez debe resolver la situación de los menores en lo relativo a la tenencia, alimentos y el régimen de visita.

Según el artículo 333 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos determina que el procedimiento sumario, es un trámite que busca ser resuelto en un menor tiempo posible, de forma oral en una

audiencia única, en el mismo que no procede la reforma a la demanda, solo se admite la reconvención conexa, la cual consiste en una contrademanda que deduce el demandado en contra del actor, esgrimiendo con sus propios fundamentos de hecho y de derecho la pretensión frente al actor. (Piedra Iglesias O. , 2017).

En el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos, se mencionan los requisitos para presentar la demanda en general, la misma que debe ser redactada de forma clara y precisa, en otras palabras, es el acto por el cual se materializa la acción, se pone en manifiesto la pretensión y se da inicio al proceso. (Piedra Iglesias O. , 2017).

Posteriormente el juzgador calificará la demanda en un término de cinco días, examinará si cumple con los requisitos legales, generales y especiales para luego realizar la citación, caso contrario se concederá un término de cinco días para que el actor aclare o complete la demanda de no hacerlo se archiva la causa. (Asamblea Nacional, 2018).

La parte demandada tiene la facultad de contestar o no a la demanda, si este se rehúsa a hacerlo se considera como negativa de los hechos alegados en la pretensión. Pero si decide dar contestación, deberá adjuntar todas las pruebas que le favorezcan.

En el término de cinco días, el juez analizará si la contestación cumple o no con los requisitos legales, otorgando un término de tres días si la misma debe ser aclarada.

Una vez aprobado los requisitos tanto de la demanda como de la contestación, el juzgador convocará a una audiencia para dar la oportunidad a los litigantes de expresar sus argumentos ante el órgano jurisdiccional.

El procedimiento sumario se desarrollará en una audiencia única, la misma que está conformada por dos fases:

La primera conocida como la audiencia preliminar o de saneamiento que resuelve ciertos puntos específicos tales como las excepciones previas, la validez procesal, la conciliación, se determina el objeto de la controversia y se hace un pronunciamiento respecto de los medios de prueba. Es decir, busca limar todas las asperezas necesarias a efecto de dejar absolutamente claro el panorama para entrar a la segunda fase.

La segunda fase también conocida como la audiencia de juicio comprende dos aspectos: la práctica de los medios de prueba anunciados tanto en la demanda como en la contestación y los alegatos cuyo objetivo es influir decididamente en el ánimo del juzgador, para que se dicte una sentencia favorable de acuerdo a los intereses de una de las partes. (Bucio, 2012, pág. 324).

Finalizada la participación de cada una de las partes procesales, el juez dictará la sentencia y cada una será notificada con el solo pronunciamiento oral de la decisión.

2.2.3 TRÁMITE VOLUNTARIO:

La jurisdicción voluntaria se encarga de resolver aquellos actos o asuntos que por su naturaleza o por el estado en el que se hallan, no admiten contradicción, emanando su parte intrínseca de los mismos interesados que acuden ante la autoridad judicial para la disolución del vínculo. (Piedra Iglesias O. , 2017). En otras palabras, en este proceso no existe un desacuerdo entre las partes, sino más bien el propósito es unánime y concreto.

El Código Orgánico General de Procesos en el artículo 340 menciona que "Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de los juzgadores el divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento siempre que haya hijos dependientes." (Asamblea Nacional, 2015, pág. 47)

Aunque en la práctica existan algunos inconvenientes sobre el proceso voluntario, en el artículo 335 del Código Orgánico General de Procesos podemos encontrar los pasos que se deben seguir para presentar la demanda de divorcio.

En el segundo inciso de dicho artículo se hace alusión al hecho de que la solicitud cumpla con los mismos requisitos para presentar la demanda, pues en el caso de que esta no este completa tendrá el término de cinco días para hacerlo caso contrario se rechazará dicha solicitud.

Posteriormente "se dispondrá la citación de todas las personas interesadas o de quienes puedan tener interés en el asunto" (Asamblea Nacional, 2015, pág. 46). Es decir, el juez tiene la facultad discrecional para citar a las personas a quienes considere necesarias para dar su intervención, lo cual es excepcional pues es el actor al que le corresponde determinar contra quien se dirige la demanda.

Transcurridos entre diez y veinte días posteriores a la citación, se llevará a cabo la audiencia, sin embargo, respecto a este tercer inciso del artículo 335 existe una contradicción con el artículo 336 del mismo cuerpo normativo.

Art. 336: Las personas citadas o cualquier otra que acredite interés jurídico en el asunto, podrán oponerse por escrito hasta antes de que se convoque a la audiencia. (Asamblea Nacional, 2018).

Es decir, existe incertidumbre en la oposición puesto que no se establece un plazo fijo para que esta parte del proceso se ejecute, perjudicando el derecho a la defensa debido a que la oportunidad para la oposición es incierta.

En la ley se establece que antes de que se disuelva el vínculo matrimonial es obligatorio resolver todo lo concerniente al tema de los hijos.

Es necesario enfatizar que, a partir del 26 de junio de 2019, fecha en la que entró en vigencia la Ley Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos, faculta a los notarios a tramitar el divorcio por mutuo consentimiento a parejas con hijos dependientes, cuando exista previamente un acta de mediación o por decisión del juez en lo relativo a la tenencia, alimentos, visitas y cuidado de los menores.

Lo que se busca es una mayor agilidad en la administración de justicia y así lograr que los procesos sean resueltos de una manera mucho más rápida.

El proceso a seguir es el siguiente:

1. Se debe llenar el formulario de petición de divorcio por mutuo consentimiento otorgado por el Consejo de la Judicatura, en el cual se debe detallar la información de las partes interesadas.

2. Deberán acudir ante un notario y manifestar su deseo de divorciarse de forma libre, es necesario que se adjunte el acta de mediación o la resolución del juez referente a la situación de los hijos menores de edad.

3. Una vez realizado el reconocimiento de firmas, el notario convocará a una audiencia en el término máximo de 10 días, en la cual se deberá ratificar el deseo de las partes de divorciarse de forma libre y voluntaria.

4. Posterior a ello el notario levantará el acta, entregando a su vez las copias correspondientes a las partes para su posterior marginación en el Registro Civil. (Diario el Comercio: https://www.elcomercio.com/actualidad/divorcio-hijos-posible-notarias-ecuador.html).

2.3 EL AVANCE DE LA INSTITUCIÓN DEL DIVORCIO:

La familia como núcleo de la sociedad afronta un serio quebranto en su estructura debido a que vivimos en una cultura cada vez más individualista, en donde las discrepancias dentro del matrimonio muchas veces terminan en una ruptura, por tal motivo el divorcio ha dejado de ser un tema tabú y más bien esto nace como la mejor opción para solventar los problemas y seguir adelante.

En este caso el derecho no puede obligar a una persona a continuar con este vínculo matrimonial, simplemente porque sus actos no se encuentran establecidos dentro de una causal. En otras palabras, el derecho que posee una persona a no continuar casado no debe depender de la demostración de una causa, sino más bien de la voluntad expresada en la solicitud.

La voluntad de las personas implica una decisión libre en diferentes ámbitos, entre estos cuando ya no desean mantener un vínculo matrimonial, si bien es cierto que el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza la libertad de la actuación humana, también permite establecer un plan de vida acorde a las necesidades de cada uno por encima de cualquier sistema rígido del divorcio.

2.3.1 CELERIDAD PROCESAL COMO MEDIO PARA HUMANIZAR LA JUSTICIA:

García Falconí, en su obra La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de protección en la nueva Constitución Política del Ecuador conceptualiza a la celeridad como "El procedimiento que no puede superar en ningún caso los términos señalados en la Constitución, los códigos y las leyes pertinentes, por esta razón no cabe incidente alguno, por lo cual habrá que establecer la prohibición de la recusación." (García, 2008). Dicho procedimiento debe resolverse de forma ágil con la finalidad de garantizar el bienestar a las partes y no perjudicarlas.

La Constitución de la República del Ecuador, determina al principio de celeridad en su artículo 169 que, "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.". (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, pág. 82)

La administración de justicia por medio del principio procesal busca asegurar la agilidad o celeridad de respuestas en los procesos, y evitar el malestar de la ciudadanía por la demora injustificada en el desarrollo de una causa, y el logro de la justicia.

El Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 20 expresa que "La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido." (Registro Oficial, 2015, pág. 9)

La eficacia y la eficiencia mantienen una estrecha relación con el principio de celeridad, ya que en conjunto buscan dar una solución y una respuesta ágil, veraz y oportuna a quien lo solicita.

Es menester recalcar que la eficiencia busca obtener buenos resultados en un menor tiempo y optimizar los recursos humanos, materiales y financieros. Mientras que la eficacia se relaciona con la capacidad para cumplir los objetivos propuestos por el ordenamiento jurídico.

De esta forma el principio de celeridad se convierte en una herramienta eficaz para atender los requerimientos de las partes dentro de la audiencia.

2.3.2 NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL DIVORCIO SIN CAUSA:

La figura del divorcio constituye una respuesta a la necesidad social de una pareja que, cualquiera que haya sido el motivo, ya no desea estar junta, por ende, es violatorio de la decisión y libertad de los cónyuges que la estructura estatal se empeñe en mantener de forma ficticia un vínculo que ya no cumple con el fin que persigue el matrimonio y por ello resulta irreconciliable. (Ramírez, 2011).

Algunos instrumentos internacionales amparan derechos y los consideran como la base primordial para que se lleve a cabo un divorcio sin causa, hoy en día la doctrina busca una reforma completa para que el divorcio refleje la realidad social y la manera en cómo este ha ido avanzando en los últimos tiempos, en donde cada persona anhela que tanto sus principios básicos como sus derechos no se vean vulnerados.

Mizhari manifiesta que en el divorcio sin expresión de causa no se exige la prueba de la culpa ni del desquiciamiento matrimonial; es decir, se atribuye fuerza vinculante al sólo pedido de uno de los cónyuges sin necesidad de invocar causas al tribunal. (Mizhari, 1998).

Según la definición anterior, podemos concluir afirmando que cuando uno de los cónyuges desea dar por terminado el matrimonio sin tener que denotar ningún tipo de razones ante un juez sobre su decisión, no existe la necesidad de aducir ni probar los hechos subjetivos (imputación de conductas reprochables en el otro) u objetivos (quiebra irremediable del matrimonio, separación de hecho).

La libertad para actuar, la dignidad humana y la defensa de los intereses de los hijos son los pilares esenciales que rigen un divorcio sin expresión de causa porque facultan a cualesquiera de los cónyuges a solicitar la disolución matrimonial cuando este se vea afectado por algún motivo que impida su convivencia, causándose daños en cada uno de los miembros de la familia, especialmente en los hijos.

Este tipo de divorcio nace como una opción para evitar tener que pasar por largos y costosos procesos, facilitando a uno de los cónyuges a tomar esta decisión cuando considere pertinente hacerlo, sin la necesidad de someterse a razones jurídicas para solicitarlo.

CAPITULO III.

DERECHO COMPARADO

El presente capítulo tiene como finalidad realizar un estudio comparativo acerca de la institución del divorcio, la misma que ha sido analizada en los capítulos anteriores y compararla con otros ordenamientos jurídicos tales como: Argentina, Perú y Colombia, los mismos que poseen una regulación normativa análoga a la del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

De esta forma es necesario partir este análisis observando desde un punto de vista procesal, la manera en la que se lleva a cabo dicho trámite con el propósito de establecer las diferencias y similitudes en el caso de haberlo de cada uno.

3.1 ARGENTINA:

Hasta el año de 1987 la ley vincular vigente en Argentina establecía que, si una pareja divorciada decidía rehacer su vida, esto era ilegal y podía ir a la cárcel ya que en esa época no existía el derecho a tener otra oportunidad ni mucho menos a volverse a casar. Solamente existía la posibilidad legal de la separación de los bienes.

La oposición de la iglesia, los políticos y de la justicia acerca del divorcio llevaron a Argentina a cumplir al pie de la letra las disposiciones del derecho, las mismas que estaban regidas por el Estado, en donde se disponía que las únicas causas para poder divorciarse eran las establecidas en el artículo 213 del capítulo XI del Código Civil Argentino.

Artículo 213 La disolución del matrimonio se da por:

"1. Muerte de uno de los esposos,

2. El matrimonio que contrajere el cónyuge del ausente, con presunción de fallecimiento y

3. Por sentencia de divorcio vincular." (Sársfield, 1874).

Con la entrada en vigencia de la ley 23.515 se estableció que los cónyuges podían divorciarse sin la necesidad del consentimiento del otro, simplemente se debía demostrar que uno de los cónyuges había abandonado el hogar por más de dos años consecutivos. Mientras que la infidelidad ya no era considerada una causal de divorcio.

Si realizamos una comparación de la legislación analizada con nuestra legislación se evidencia que en ambos ordenamientos jurídicos el abandono es considerada como una causal de divorcio, lo único que varía es el tiempo transcurrido para aquello, pues en Argentina se necesita que hayan pasado más de dos años para poder ejercer el derecho a demandar, mientras que en el Ecuador se requiere seis meses ininterrumpidos para realizar este trámite. Cabe mencionar que existe la misma consideración tanto para la persona que demanda como para la que sufre este abandono.

En Argentina también existe la posibilidad de que uno de los cónyuges solicite la separación personal, cuando surjan alteraciones mentales, problemas de alcoholismo del otro cónyuge que impidan la convivencia armónica entre ellos.

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial en el año 2015, surge el denominado divorcio incausado el cual se basa en la libertad personal,

pues permite a los cónyuges que no desean continuar casados el derecho a divorciarse, sin la necesidad de manifestar la causa de aquello.

Lucas Aón expresa que el libre desarrollo de la personalidad justifica que el derecho a no continuar casado no depende de la concurrencia de causa alguna, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la misma. (Aón & Méndez, 2016).

Esto no quiere decir que el proceso deje de ser judicial, al contrario, quienes deseen divorciarse ya sea por decisión unánime o de manera individual deben presentar al juez una solicitud y propuesta de divorcio.

"**Artículo 437:** El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o uno solo de los cónyuges." (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016, pág. 80).

El rol del juez cambia debido a que este no se encargará de indagar los motivos de la ruptura matrimonial, sino de resolver los efectos de la separación respetando los derechos e intereses de todos los integrantes. Este sistema es el que mejor preserva los principios constitucionales y procesales, como el derecho de defensa, intereses familiares, la autonomía de la voluntad y la libertad de cada consorte. (Aón & Méndez, 2016).

Para que este proceso se lleve a cabo de una forma adecuada se ha incorporado al mismo un convenio regulador, el cual puede ser decidido por ambas partes o en su defecto por el interesado en disolver el matrimonio.

De acuerdo con el artículo 439 del Código Civil y Comercial, manifiesta que "La finalidad de este convenio busca resolver cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, distribución de los bienes, las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges, al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial la prestación de alimentos." (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016, pág. 80)

En el caso de que no se llegue a un acuerdo sobre los asuntos relacionados con los hijos, se dictará la sentencia de divorcio, ya que estos temas no impiden que se disuelva el vínculo, las cuestiones sobre las que no se logre un acuerdo deberán resolverse por mediación o por la vía judicial.

Artículo 31: La mediación familiar comprende las controversias patrimoniales o extra patrimoniales originadas en las relaciones de familia que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial. Se encuentran comprendidos dentro de este proceso de mediación familiar las controversias que versan sobre:

a) alimentos entre los cónyuges

b) tenencia de menores

c) régimen de visita de menores o incapaces

d) administración y enajenación de bienes

e) separación personal o separación de bienes

f) cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio. (Ley 26.589, 2010).

Es por ello que en este tipo de divorcio incausado se encuentra exento la etapa previa y de mediación como se establece en la ley 26.589. Mizhari

manifiesta que la protección de los derechos e intereses de terceros implica una amplia libertad individual para el desarrollo de su vida privada, pues el derecho no puede estar dirigido a imponer modelos de virtud personal. (Mizhari, 1998).

Se ha preferido optar por esta nueva opción de divorcio debido a que en los últimos años ha existido un alto porcentaje de destrucción y desgaste emocional que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por un divorcio contencioso. (Aón & Méndez, 2016).

La institución del divorcio incausado constituye un trámite ágil, sencillo y de celeridad procesal de acuerdo a los intereses de los cónyuges evitando la afectación moral y emocional de alguna de las partes, así como la de los hijos, sino más bien opera con una justicia pronta y expedita, minimizando los tiempos judiciales y favoreciendo a los interesados.

3.2 PERÚ:

El sistema de divorcio en la legislación peruana en el año de 1984 se basaba en una tesis divorcista que permitía el divorcio vincular, pero con ciertas restricciones, pues debía mantenerse las normas dictadas por el Congreso Constituyente de la época, comprendidas en las leyes 7893 y 7894 relativas al matrimonio civil obligatorio. Impidiendo que se incorporara reformas procesales para robustecer su aplicación.

Según Carmen Cabello, Perú optaba por un sistema jurídico mixto al admitir el divorcio remedio a través de la separación convencional como previo al divorcio, mientras que las otras causas en su mayoría de carácter culposo tenían como fundamento el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales,

de ahí, su clara comprensión sancionadora, que no solo permitía disolver el vínculo matrimonial sino también impregnaba la regulación de los efectos personales, paterno filiales y patrimoniales del divorcio. (Cabello, 2001).

Es necesario recalcar que el Código Civil Peruano establece una distinción entre la separación de cuerpos y el divorcio. Pues en el artículo 332 se menciona que la separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial. (Decreto Legislativo 295, 2015). Mientras que en el artículo 348 se hace alusión al tema del divorcio.

Artículo 348: El divorcio disuelve el vínculo matrimonial. (Decreto Legislativo 295, 2015).

Es decir, aunque la separación de cuerpos está estrechamente relacionada con el divorcio, existen dos significados para el derecho, el primer término hace relación a que no se permite contraer nuevas nupcias debido a que no se autoriza la disolución del vínculo, mientras que cuando se produce un divorcio existe la posibilidad de volverse a casar y engendrar hijos ya que la disolución del vínculo es admisible.

En el año 2011, a través de la ley 27495 se realizan importantes modificaciones en el Código Civil Peruano, pues si bien se reconocen dos clases de divorcio: causal y por mutuo consentimiento.

El primero denominado también divorcio sanción, ocurre cuando cualquiera de los cónyuges incumple alguno de los deberes dentro del

matrimonio, recayendo sobre el cónyuge culpable una serie de efectos a modo de sanción. Este proceso se tramita por la vía procedimental.

Es necesario recalcar que en este tipo de trámite se implementaron las causas por las cuales se puede ventilar el proceso judicial, pues en un inicio se reconocían únicamente diez causales, pero a través de esta reforma se consideró necesario incorporar las relativas a la separación de hecho por un período de dos años ininterrumpidos, así como también la separación convencional después de dos años de la celebración del matrimonio.

A pesar de la similitud que existe entre la separación de cuerpos y el divorcio, es menester recalcar que las causales para la disolución de estos dos vínculos son las mismas, sin embargo, se toma en consideración que las doce primeras causales establecidas en el artículo 333 de dicho cuerpo normativo se aplican en el momento de efectuar un divorcio.

Artículo 333: Son causas de separación de cuerpos

"1. El adulterio.

2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.

3. El atentado contra la vida del cónyuge.

4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.

5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.

6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.

8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.

9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.

10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.

13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio." (Decreto Legislativo 295, 2015).

Artículo 339: La acción basada en el artículo 333, incisos 1, 3, 9 y 10, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida. La que se funda en los incisos 2 y 4 caduca a los seis meses de producida la causa. En los demás casos, la acción esta expedita mientras subsistan los hechos que la motivan. (Decreto Legislativo 295, 2015).

En cuanto al divorcio por mutuo acuerdo, únicamente es necesario la libre decisión de las partes de dar por terminado el vínculo matrimonial, sin la necesidad de exponer las razones que los llevó a tomar esta decisión, aquí no existe un cónyuge culpable ni uno inocente. Estos procesos se tramitan por la vía sumaria.

Sería importante destacar que la ley de divorcio en Perú faculta a las personas el derecho y la libertad de divorciarse en cualquier momento, hoy en día existe la posibilidad de hacerlo gracias a la Ley de Divorcio Rápido o denominada también Ley Notarial, no obstante, a este beneficio podrán acceder únicamente aquellas personas que hayan mantenido un vínculo matrimonial por más de dos años, caso contrario deberán acogerse ante el poder judicial.

Además, según lo dispuesto en la Ley Notarial pueden acceder a este procedimiento:

1. Los cónyuges que estén de acuerdo con divorciarse.

2. Que no tengan hijos menores de edad o hijos mayores con incapacidad.

3. Ni que hayan adquirido bienes dentro del matrimonio.

En el caso de que no se llegue a cumplirse con los dos últimos requisitos mencionados anteriormente y se quiera optar por este trámite, previamente se deberá resolver la tenencia y régimen de visitas y alimentos de los hijos, así como la separación del patrimonio ante un notario.

Si no existe mutuo acuerdo entre los cónyuges en el momento de disolver el vínculo matrimonial, el único mecanismo será optar por la vía judicial.

Podemos apreciar que en la legislación peruana la separación de cuerpos debe tener un carácter temporal y no permanente, ya que se estaría dejando a los cónyuges en una situación indefinida y la voluntad de uno de ellos prevalecería sobre el otro al momento de obtener el divorcio.

En nuestra legislación ecuatoriana no existe la figura de la separación de cuerpos como un antecedente para disolver el vínculo matrimonial.

3.3 COLOMBIA:

El divorcio ha sido considerado como una de las batallas legislativas más extensas a lo largo de la historia, pues a pesar de haber sido consagrado en el Código Civil Colombiano desde 1887 en la práctica comenzó a existir a partir de 1992, esto se dio debido a que los colombianos no eran considerados iguales ante la ley y solamente las personas que se habían casado por lo civil podían acceder al divorcio, siendo estos la minoría de la población.

En 1991 entró en vigencia la nueva constitución en la que se decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, a partir de ese momento las parejas casadas por la iglesia podían disolver el vínculo de forma legal y volverse a casar si así lo deseaban.

Un año más tarde, con la aprobación de la Ley 25 se modificó el proceso de divorcio, permitiéndose la separación de hecho que haya durado por más de dos años.

Con la Ley 25 de 1992, se pretendió presentar el divorcio como una figura de protección a la institución familiar, que es el sentido que se le viene dando a esta figura en otras legislaciones viéndolo como un recurso que le concede el

Estado a las parejas que han fracasado en su matrimonio para que, disolviendo la unión malograda, se les reconozca el derecho de legalizar esa disolución. (Mendoza, 2003, pág. 14).

En la legislación colombiana el divorcio se disuelve por:

Artículo 152: "El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado." (Congreso de Colombia, 2018, pág. 3)

Es decir, se reconoce dos tipos de divorcio: contencioso y por mutuo consentimiento.

El primero se iniciará cuando no exista un acuerdo común, en este caso uno de ellos deberá exponer y demostrar las causales que motivaron a tomar esta decisión. La demanda de divorcio debe presentarse ante el juez de la familia, en donde tenga su domicilio o lugar del cónyuge demandante si este ha conservado el llamado domicilio conyugal. (Civil, 2017).

Las causales válidas que están dentro del Código Civil Colombiano y que dan la razón para disolver el matrimonio son:

Artículo 154: Son causales de divorcio

"1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, sin el consentimiento del otro.

2. El incumplimiento de los deberes del cónyuge.

3. el maltrato, el trato cruel o el ultraje.

4. La embriaguez habitual.

5. El uso frecuente de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.

6. El padecimiento de una enfermedad o anormalidad grave e incurable que ponga en riesgo la salud física o mental del otro miembro de la pareja.

7. La separación de cuerpos por más de dos años.

8. La conducta tendiente a pervertir al otro integrante de la pareja o a otra persona que conviva bajo el mismo techo.

9. El común acuerdo manifestado ante un juez competente." (Congreso de Colombia, 2018, pág. 3)

Así como también se dio la inclusión del divorcio por mutuo consentimiento según lo establecido en el artículo 34 de la Ley 962 en el año 2005.

Artículo 34: "Podría convenirse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges, por intermedio de abogado, mediante escritura pública, la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio religioso y el divorcio de matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia asignada a los jueces por la ley." (Congreso Nacional de Colombia, 2005, pág. 11)

Este tipo de divorcio es conocido también como divorcio express, se caracteriza porque su duración es menor a diferencia del divorcio contencioso, el mismo que podrá llevarse a cabo entre cinco a diez días dependiendo si existen hijos o no.

En el caso de que los solicitantes no hayan adquirido ningún bien durante el matrimonio ni hayan tenido hijos, no se requiere como tal la presencia de ambas partes, basta con el poder otorgado a favor de un profesional del derecho para que se lleve a cabo el proceso ante un notario.

Mientras que si existen hijos menores de edad se necesita que previamente se haya llegado a un acuerdo con respecto a la pensión alimenticia, régimen de visita y bienestar para el menor, caso contrario no se podrá continuar con el proceso.

El divorcio por mutuo consentimiento ha sido consagrado en casi todas las legislaciones del mundo, basándose en el supuesto de que dos personas no han podido consolidar su relación, sino más bien ha generado disconformidad e incluso un conflicto social, razón por la cual llegan a un acuerdo para separarse. En otras palabras, podemos recalcar que el divorcio no siempre implica un procedimiento contencioso.

Una de las ventajas del divorcio por mutuo consentimiento en Colombia es que el trámite es menos prolongado y traumático. Muchos doctrinarios afirman que después de un siglo de batallas, Colombia pasó de la ausencia total de posibilidades de disolver el vínculo matrimonial a la simplificación extrema del proceso de divorcio. (Obtenido por: www.semana.com>articulo)

Es necesario mencionar que la normativa vigente en Argentina, Perú, Colombia y en nuestro país no se formaliza el divorcio y la liquidación de la sociedad conyugal en el mismo acto, más bien lo realizan en un momento previo o

posterior al divorcio, además que muchos de estos trámites no están sujetos a tiempo y lugar.

Por otra parte, las causas del divorcio y la separación de cuerpos varían entre una legislación y otra, únicamente el adulterio es común en todas ellas, aunque se regulen de diferentes formas.

Una similitud que vale la pena considerar al finalizar este análisis, es que en las legislaciones anteriores y en la ecuatoriana se regula el divorcio vincular, como una forma de dar por terminado el vínculo matrimonial.

Desde el punto de vista del campo jurídico se podrían elaborar ciertas construcciones o afirmaciones teóricas sobre las cuales debería apoyarse la figura del divorcio vincular desde una visión de derechos humanos e incluso más allá de las divergencias socioculturales. (Herrera).

Esta forma de divorcio se ha optado en su gran mayoría por los países latinoamericanos pues a más de ser una institución tradicional en el ámbito del derecho de familia, permite que se lleve a cabo una administración de justicia con apego a la normativa de cada país.

CAPITULO IV.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En este capítulo se detallan las conclusiones y recomendaciones respecto a la regulación normativa del divorcio en el Ecuador, el mismo que a consecuencia de los cambios sociales y culturales han generado un crecimiento particularmente pronunciado en las rupturas conyugales.

4.1 CONCLUSIONES:

1. Las reformas al Código Civil resultaron favorables en consideración con la realidad actual, pues con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos se ha establecido un procedimiento sumario y un voluntario para la tramitación del divorcio con la finalidad de simplificar los procedimientos, los mismos que puedan ser resueltos en un menor tiempo posible y así lograr consolidar un sistema procesal transparente, ágil y eficaz al momento de impartir justicia.

2. La necesidad de emprender una profunda transformación en la estructura jurídica del Ecuador implicaba cambios en la administración de justicia, ya que el sistema tradicional escrito con el pasar del tiempo resultaba cada vez más complejo y obstaculizaba la prontitud en la resolución de los litigios. Es así, que debido a las actuales exigencias sociales surge un sistema procesal predominantemente oral, el mismo que juega un rol de vital importancia dentro de una tutela jurisdiccional efectiva, permitiendo la sustanciación de los procesos mediante un sistema de audiencias, en otras palabras, la implementación de la oralidad no significa que no se acepte nada escrito, por el contrario, es necesario que la demanda, la contestación y los medios de

prueba sigan siendo escritos, pues caso contrario se estaría negando el derecho a la igualdad de oportunidades para que el demandado conozca la reclamación.

3. En las legislaciones analizadas durante el desarrollo de este trabajo se puede evidenciar que existen dos vías para formalizar un divorcio: Por mutuo consentimiento, cuando los cónyuges están de acuerdo en las condiciones de la disolución, es un trámite sencillo por ende lo primordial es que dentro de este proceso judicial no existan hechos que se deban justificar beneficiando emocionalmente a la familia. Y por vía contenciosa, cuando no existe un entendimiento entre las partes y es un juez quien declara la disolución del vínculo, en este tipo de divorcio es indispensable que el actor demuestre que el demandado ha incurrido en una de las causales para la terminación del vínculo matrimonial.

4. El principio de celeridad procesal busca la tramitación de los procesos judiciales en el menor tiempo posible, sin la necesidad de tantos formalismos jurídicos, sino más bien a través de los medios probatorios se busca el reconocimiento de un derecho que ha sido desconocido o vulnerado, teniendo presente que la falta de garantías jurídicas no permiten la adecuada aplicación de los principios constitucionales y deben ser tomados muy en cuenta para evitar el acumulamiento de causas que pese a existir normas que ordenan su aplicación no se las usa o existe una errónea aplicación por falta de conocimiento.

5. El Código Orgánico General de Procesos menciona que el procedimiento voluntario se presenta como una herramienta de fácil aplicación en la administración de justicia concediendo a los juzgadores la potestad para resolver el divorcio siempre que existan hijos dependientes. Hoy en día con los cambios establecidos en la ley notarial, se concede a las notarías la facultad para realizar los trámites de divorcio con hijos en

relación de dependencia, en donde los requisitos indispensables son el mutuo acuerdo entre las partes y haber solucionado lo relativo a las horas de visita, pensión y tenencia de los menores de edad, facilitando la situación de los ciudadanos en el sentido de que se pueda resolver los conflictos y tutelar los derechos de quienes se deciden por esta opción.

6. La mejor solución ante una ruptura matrimonial seria aquella en la que ambos cónyuges que desean divorciarse lleguen a un acuerdo sobre la situación de los hijos y no exista la necesidad de dar a conocer públicamente las razones que los ha llevado a tomar esa decisión. Desafortunadamente, no siempre ocurre así, la ruptura va asociada a muchos factores que causan desacuerdos, por ello es necesaria la preparación psicológica de cada uno de los miembros del núcleo familiar durante este proceso para amparar los derechos de los mismos. La incorporación del divorcio sin expresión de causa es posible actualmente en la legislación ecuatoriana, a pesar de las diferentes connotaciones morales, y aunque la moral y el derecho son temas distintos, en la práctica están estrechamente relacionadas en materia de familia especialmente en el divorcio.

4.2 RECOMENDACIONES:

1. A lo largo de la vida todo ser humano enfrenta situaciones complejas, especialmente dentro del matrimonio por lo que es aconsejable que si las discrepancias son irreconciliables se debe optar por una decisión correcta, pues, aunque muchas veces el divorcio es un proceso doloroso hoy en día es una alternativa para solucionar los conflictos conyugales y evitar las ofensas físicas o psicológicas que dejan huellas profundas, especialmente en los hijos.

2. Las transformaciones estructurales y procedimentales previstas en el Código Orgánico General de Procesos no serán posibles sin el cambio mental y moral de los administradores de justicia, por tanto se recomienda que al momento de resolver las causas judiciales se garantice el cumplimiento del principio de celeridad procesal, con el único propósito de que la sociedad vuelva a tener confianza en el ordenamiento jurídico y se evite que muchos juicios se queden estancados por la no aplicación de este principio que muchas veces se ve vulnerado por actos innecesarios que retrasan los trámites.

3. La legislación ecuatoriana ha optado por mantener un fundamento jurídico y doctrinario en base a la protección de la familia, pues el hecho de conservar las causales establecidas en el Código Civil sin que una de ellas haga alusión a la voluntad y el deseo de uno de los cónyuges de dar por terminado el vínculo matrimonial resulta contradictorio al derecho del libre desarrollo de la personalidad establecido en la Constitución, por ello es necesario incorporar la voluntad unilateral de divorciarse sin dejar a un lado el cumplimiento de los deberes y obligaciones en relación a la manutención y cuidado de los hijos.

BIBLIOGRAFÍA.

Acedo, P. &. (2010). *El divorcio en el Derecho Iberoamericano.* Madrid: Editorial Reus.

Almeida, M. (2012). *Doctrina sobre el Libro Primero de Derecho Civil las Personas* . Cuenca - Ecuador : Universidad Católica de Cuenca.

Aón, L. C., & Méndez, R. A. (2016). Aspectos procesales del divorcio.

Argentina, P. de la N. (2016). *Código Civil y Comercial*. *Código Civil y Comercial de la Nación*. https://doi.org/www.saij.gob.ar

Asamblea Nacional. (2018). Codigo Organico General De Procesos. *Registro Oficial Suplemento 506*, 1–119.

Baqueiro, E. (1990). *Derecho de Familia y Sucesiones* . México : Oxford .

Baqueiro, E. (2010). *Derecho de Familia.* México: Oxford University.

Borda, G. (1984). *Manual de Derecho de Familia.* Buenos Aires - Argentina: Perrot .

Borja. (2011).

Bruce, 2011, & Carbonnier, 1961. (2013). Indisolubilidad Matrimonial y Divorcio ante el Derecho Civil. *Journal of Chemical Information and Modeling*, *53*(9), 1689–1699. https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004

Bucio, R. (2012). *Derecho Procesal Civil.* México: Porrúa.

Cabanellas De Torres, G. (2011). *Diccionario Jurídico Elemenal*.

Cabello, C. (2001). *Divorcio ¿remedio en el Perú?* Perú : PUCP.

Camacho, A. (2000). *Derecho sobre la Familia y el Niño.* San José- Costa Rica : EUNED.

Civil, C. (2017). CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Retrieved from http://www.amb.gov.co/jdownloads/Documentos/Administracin y Financiera/codigo_civil.pdf

Código Civil. (2015). *CODIGO CIVIL PERU*.

Código Civil. (2017). Codigo civil. *Familia Normas Legales*, (Libro I), 489. https://doi.org/Id Infojus: LNS0002653

Código Orgánico de la Función Judicial. (2009). Plura.

Coello, H. (2004). *Epitome del título preliminar del Código Civil y sus principales relaciones con la Legislación Ecuatoriana.* Cuenca - Ecuador: Universidad de Cuenca .

COIP. (2018). Codigo Organico Integral Penal. *Noticias*, 1. Retrieved from https://www.mendeley.com/import/

CONA. (2017). Codigo de la Niñez y Adolescencia. *Codigo de La Niñez y Adolescencia*, 1–45. https://doi.org/10.1111/j.1095-8312.1989.tb01569.x

Consetini, F. (1992).

Constituyente, A. (2008). *Constitución de la República del Ecuador* . Quito - Ecuador : LEXIS .

Constituyente, A. (2019). Asamblea Constituyente. *Constitución de La República de Ecuador*, 1–222.

Echandía, H. D. (2009). *Nociones Generales de Derecho Procesal* . Bogotá : Temis.

El principio de celeridad en el código orgánico general de procesos, consecuencias en la audiencia . (enero de 2019). Recuperado el 15 de junio de 2019, de http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v11n1/2218-3620-rus-11-01-314.pdf

García, J. (1992). *Manual de Práctica Procesal Civil.* Ecuador: RODIN.

García, J. (24 de Febrero de 2011). *DerechoEcuador.com*. Recuperado el 20 de Mayo de 2019, de DerechoEcuador.com: https://www.derechoecuador.com/el-juicio-de-divorcio-en-el-ecuador

Herrera, M. (s.f.). *El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según la legislación*. Recuperado el 10 de Noviembre de 2019, de Bases para leer el régimen: https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina489.pdf

Jurídico, D. (1989). *Diccionario Jurídico Mexicano*. Recuperado el Abril de 20 de 2019, de gandhi.com,mx: https://www.gandhi.com.mx/diccionario-juridico-mexicano-1-4

Larrea, J. (2008). *Manual Elemetal del Derecho Civil del Ecuador, Derecho de Familia* . Quito - Ecuador : CEP.

Ley 26.589. (2010). Ley 26.589, 1–13.

Lovato, J. (1957). *El divorcio perfecto.* Cuenca - Ecuador : Universitaria .

Mendoza, M. &. (2003). *Verdades y Mentiras sobre el divorcio.* Bogotá - Colombia : Nomos S.A.

Mizhari, M. (1998). *Familia, Matrimonio y Divorcio* . Buenos Aires - Argentina : Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Morales, J. (1992). *Derecho Civil de las Personas.* Cuenca - Ecuador : Universidad del Azuay.

O, P. A. (2018). *Materia de Derecho Internacional Privado* . Cuenca - Ecuador.

Omeba, E. J. (2010). *Versión Electrónica - Enciclopedia Jurídica Omeba*. Recuperado el 15 de Abril de 2019, de Enciclopedia Jurídica Omeba: https://www.omeba.info/versi%C3%B3n-electr%C3%B3nica/

Ortiz, J. (2015). *Pérez Bustamante & Ponce* . Recuperado el 22 de Mayo de 2019, de https://www.pbplaw.com/es/

Ossorio, M. (2018). Diccionario de ciencias juridicas politicas y sociales. *Ciudad de Guatemala*, *0329*(502), 382. Retrieved from http://www.herrerapenaloza.com/images/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicas-y-Sociales---Manuel-Ossorio.pdf

Parraguez, L. (2005). *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: personas y familia tomo II.* Loja - Ecuador : Universidad Técnica Particular de Loja.

Peñaloza, C. (2015). *Validez y Eficacia del Testimonio en el Juicio de Divorcio.* Cuenca.

Piedra Iglesias, O. (2017). *materia de Derecho Procesal Civil.* Cuenca - Ecuador.

Piedra Iglesias, O. (2017). *materia de Derecho Procesal Civil* . Cuenca - Ecuador .

R.Oficial. (2019). *Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos.* Quito - Ecuador: LEXIS.

RAE. (s.f.). *Real Academia Española* . Recuperado el 10 de junio de 2019, de https://dle.rae.es/toxicoman%C3%ADa

RAE. (s.f.). *Real Academía Española* . Recuperado el 5 de Junio de 2019, de https://dej.rae.es/lema/adulterio

RAE. (s.f.). *Real Academia Espaola*. Recuperado el 5 de junio de 2019, de https://dle.rae.es/injuriar

RAE. (s.f.). *Real Academia Española* . Recuperado el 9 de Junio de 2019, de https://dle.rae.es/amenazar

RAE. (s.f.). *Real Academia Española* . Recuperado el 9 de Junio de 2019, de https://dle.rae.es/involucrar

RAE. (s.f.). *Real Academia Española* . Recuperado el 5 de Junio de 2019, de https://dej.rae.es/lema/sevicia

Ramírez, E. (enero de 2011). *La Oralidad en el Proceso Civil. Necesidad, ventajas y desventajas.* Recuperado el 18 de junio de 2019, de http://www.eumed.net/rev/cccss/07/eerb3.htm

Registro Oficial, 517. (2019). Suplemento Sumario : *Uihu*, 2–4. Retrieved from https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-29/Votaciones Comisiones/Enmienda/RO Enmiendas constitucionales.pdf

517, R. O. (2019). *Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos.* Quito - Ecuador : LEXIS.

Resolución No. 605-2009. Ex Sala de Lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia , 0341-2009 (Dr. Ramírez Romero Carlos 24 de Noviembre de 2009).

Ripert, P. &. (1992). *Tratado Práctico de Derecho Civil : Introduccion, Familia y Matrimonio* . México .

Sánchez, P. (2004). *Cereridad Procesal. Manual de Derecho Procesal Penal* . Lima - Perú: IDEMSA.

Somarriva, M. (1991). *Derecho Civil: parte preliminar y parte general* . Chile: Ediar-Conasur.

Tocto, W. (2014). *La terminación del matrimonio por divorcio unilateral o sin expresión de causal y su incorporación en el régimen civil ecuatoriano* . Loja - Ecuador.

Valenti. (1970). *Las Injurias como Causal de Divorcio.* Buenos Aires .

Varsi, E. (2012). *Tratado del derecho de familia, matrimonio y uniones estables* . Lima - Perú : Universidad de Lima .

Zannoni, E. (2005). *Derecho Civil: Derecho de Familia tomo II.* Buenos Aires - Argentina : Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Zurita. (2014). *El Patrimonio Familiar Obligatorio; su extinción y la celeridad procesal*. Recuperado el 28 de Abril de 2019, de El Principio de Celeridad : http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v11n1/2218-3620-rus-11-01-314.pdf