

ARTÍCULO CIENTÍFICO
CIENCIAS SOCIALES

Del divorcio incausado en la legislación ecuatoriana

Divorce incorporated in the Ecuadorian civil legislation

Narváez Montenegro, Bolívar David ^I; Suarez Merino, Edison ^{II}; Recalde, Estefanía ^{III};
Carrera Calderón, Frankz Alberto ^{IV}

^I. ua.bolivarnarvaez@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes -UNIANDES-, Ambato, Ecuador

^{II}. ua.edisonsuarez@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes -UNIANDES-, Ambato, Ecuador

^{III}. ua.estefaniarecalde@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes -UNIANDES-, Ambato, Ecuador

^{IV}. ua.frankzcarrera@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes -UNIANDES-, Ambato, Ecuador

Recibido: 31/10/2018

Aprobado: 26/11/2018

RESUMEN

La terminación del matrimonio al igual que otras instituciones jurídicas, ha sido objeto de análisis por parte de juristas y expertos en Derecho Civil, lo que ha permitido que la legislación ecuatoriana plasme dos formas de terminar el matrimonio por divorcio: de manera contenciosa y por mutuo consentimiento. Para ello se ha considerado a lo largo de las décadas lo establecido en la doctrina jurídica y lo tipificado en legislaciones de mayor avanzada que la nuestra (particularmente la chilena). Sin embargo, ambos tipos de divorcio muestran falencias, ya que el primero está condicionado a causales que resultan harto difíciles de comprobar, y la segunda está condicionada a que ambos muestren su intención de divorciarse, pero el problema radica en que el Código Civil ecuatoriano y el de muchos países no establecen como causal para la terminación del matrimonio la voluntad unilateral expresada por uno de los cónyuges, lo que atenta contra el derecho humano a la paz y a la salud emocional del cónyuge afectado y el de los miembros del núcleo familiar, a más de atentar contra el principio constitucional del libre consentimiento lo que llevó a efectuar una investigación jurídico-doctrinal minuciosa que configure y proponga la figura del divorcio incausado como un nuevo tipo de divorcio dentro del Código Civil ecuatoriano, y que bien puede ser acogida por cualquier legislación del mundo. Este trabajo de investigación se fundamentó en obras nacidas en la Academia y del análisis que al respecto efectuaron los autores, aplicando métodos teóricos y empíricos que, conjugados con la técnica de la entrevista y la encuesta,

concluyó en una propuesta viable y novedosa. De esta forma se concluirá con una nueva forma de divorciarse, sin tener que presentar causales y sin necesidad de contar con el consentimiento del otro cónyuge, es decir, un divorcio en que el único requerimiento sea la manifestación expresa de la voluntad de uno de los cónyuges, brindándole un tiempo prudencial para que se ratifique en su intención, a fin de no provocar divorcios express de 24 horas garantizar de esta forma la unidad familiar.

PALABRAS CLAVE: Divorcio; legislación; causal; código civil.

ABSTRACT

The termination of marriage as well as other legal institutions, has been subject to analysis by jurists and experts in Civil Law, which has allowed Ecuadorian legislation to reflect two ways to end marriage by divorce: in a contentious manner and by mutual consent. To this end, the legal doctrine has been considered throughout the decades and is typified in legislation that is more advanced than ours (particularly the Chilean one). However, both types of divorce show flaws, since the first is conditioned to causes that are very difficult to prove, and the second is conditioned to both showing their intention to divorce, but the problem is that the Ecuadorian Civil Code and that of many countries do not establish as causal for the termination of marriage only the unilateral will expressed by one of the spouses, which undermines the human right to peace and emotional health of the affected spouse and the members of the nuclear family, more than going against the constitutional principle of free consent which led to a meticulous legal-doctrinal investigation that shapes and proposes the figure of the uncaused divorce as a new type of divorce within the Ecuadorian Civil Code, and that may well be accepted by any legislation in the world. This research work was based on works born in the Academy and the analysis made by the authors, applying theoretical and empirical methods that combined with the interview technique and the survey, concluded in a viable and novel proposal. This will conclude with a new way of divorcing, without having to present causes and without the need of the consent of the other spouse, that is, a divorce in which the only requirement is the express expression of the will of one of the spouses, giving him a reasonable time to be ratified in his intention, so as not to provoke express divorces of 24 hours to guarantee in this way the family unit.

KEYWORDS: Divorce; legislation; causation; civil code.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación científica se plantea como objetivo plantear una nueva forma terminación del matrimonio civil por divorcio, estableciendo tan solo la voluntad unilateral de uno de los cónyuges como causal de terminación del matrimonio para cumplir el principio constitucional del libre consentimiento.

En efecto, una de las instituciones jurídicas cuya concepción cambió en la Asamblea Constituyente del 2008 fue el matrimonio. Ciertamente, luego de propuestas y debates referentes a temas como el matrimonio entre personas del mismo sexo, y hasta el derecho a la satisfacción sexual de las mujeres; se logró una definición que cambia la forma tradicional de esta institución jurídica. En el Ecuador se define al matrimonio de la siguiente forma: “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal (ASAMBLEA CONSTITUYENTE, 2008). Precepto constitucional que deroga la definición clásica conocida en el Ecuador del Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente (ASAMBLEA NACIONAL 2018). De la nueva conceptualización constitucional sobre el matrimonio se desprenden ciertas observaciones que es menester sacar a limpio: al matrimonio civil se le quita la calidad jurídica de contrato; así también, no se establece en la definición los fines que clásicamente ha tenido el matrimonio civil. Siendo menester anotar que la concepción jurídica del matrimonio no ha terminado de debatirse ya que hasta la actualidad las propuestas de cambiar la definición clásica del matrimonio persisten, particularmente en lo referente al matrimonio de personas del mismo sexo (GIROUX, 2014), y a la forma de terminarlo. Efectivamente, la identificación de un nuevo tipo de divorcio en la legislación ecuatoriana resulta necesaria, en vista de que las causales del divorcio contencioso establecidas en la normativa civil, resultan en unos casos harto complejas de evidenciar, y en otros resultan insuficientes, ya que existen muchas causas que pueden llevar a una persona a deshacer su vínculo matrimonial –causas que aunque no estén escritas en la norma jurídica, resultan justificables en muchos casos-. Hecho que vulnera los derechos humanos y constitucionales del cónyuge solicitante y del resto de miembros del núcleo familiar - particularmente de los hijos, quienes sufren las repercusiones negativas de la separación de los padres, mismos que no mantienen una adecuada comunicación con ellos después del divorcio, una buena comunicación que constituye pieza clave para establecer una relación familiar basada en el amor y el respeto mutuo (VALLEJO, 2015)-.

Ciertamente, la Constitución de la República consagra como garantía el establecimiento de una cultura de paz, y la integridad psíquica y física de los integrantes de la familia; por otro lado los Derechos Humanos de igual forma garantiza el derecho a la integridad emocional, a

la salud mental, a la libertad de asociación y a la libertad personal de los seres humanos (PACTO DE SAN JOSE, 1969)

En ciertas legislaciones se ha instituido la figura del “divorcio express” pero de una forma inadecuada, ya que resulta atentatorio contra la unidad familiar que una persona producto de un enojo momentáneo se divorcie en 24 horas, y luego con el transcurrir de los días muestre su arrepentimiento (MATTHEUW, 2014). Pero esta forma de rompimiento del matrimonio por la voluntad unilateral, ha existido desde los inicios de la sociedad humana, sin embargo, el tratamiento que se le daba estaba plagado de machismo y discriminación hacia la mujer (VILLAFUERTE, 2014). Efectivamente, en los primeras épocas el matrimonio se constituyó en una unión que no podía ser disuelta por la mujer, ya que esa facultad en la mayoría de lugares estaba reservada de manera exclusiva para el hombre, bajo la figura del repudio, mismo que estaba condicionado a ciertas causales que resultaban en extremo machistas - por ejemplo: cuando la mujer daba a luz solo a niñas-, hecho que lo podemos evidenciar particularmente en la historia de las culturas orientales (ESCUDERO, 2013). Sin embargo, los nuevos cambios sociales hicieron que las legislaciones del mundo poco a poco vayan adaptando su ordenamiento jurídico a las nuevas realidades sociales surgidas del seno del liberalismo, configurando figuras jurídicas que rompieron con el esquema ultraconservador de concebir al matrimonio como una unión indisoluble. De esta manera se originó la figura jurídico-civil del divorcio (PICAZO, 2015).

Aunque es deber de los Estados proteger a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, también hay que recalcar que dicha protección no faculta a la norma jurídica a sostener a la fuerza matrimonios en los que el amor, el respeto y la confianza se han acabado. Sencillamente es una aberración con un alto costo psicológico-emocional en la pareja afectada y para los miembros del núcleo familiar. Ya que uno de los lazos principales que definen una familia nuclear terminó, esto es el vínculo de afinidad que se basa en la existencia de un vínculo reconocido por la sociedad, como es el matrimonio. Ciertamente, la familia es un grupo de personas naturales unidas para satisfacer necesidades afectivas, económicas y sociales, pero cuando lo afectivo ya no existe, la familia nuclear como tal ya no existe, y tienen que disolverse para dar origen a un nuevo tipo de familia, sea monoparental o ensamblada (UNICEF, 2013).

Sin embargo, no es menos cierto que si la familia es el núcleo de la sociedad, así también la pareja es la célula fundamental de una familia nuclear, ya que si la pareja no está bien la familia no está bien.

Por esta razón resulta necesario mejorar la figura del divorcio incausado, a fin establecer un procedimiento de divorcio que no atente contra la unidad familiar, ya que no resulta adecuado que las parejas se puedan divorciar en 24 horas -tal cual como acontece en otras legislaciones

que establecen en su ordenamiento jurídico civil este tipo de divorcio, sino que, la decisión de divorciarse gire en torno a la ausencia del *affectio maritalis*, es decir en el vínculo sentimental que une a una persona a otra como pareja, vínculo que le lleva a protegerle, asistirle, necesitar su compañía permanentemente, vincularse sexualmente y desearle como compañero (a) de vida hasta la muerte. (STEELE, 1999)

Mediante un estudio exhaustivo se ha logrado identificar que en el mundo existe una modalidad de divorcio rápido y que no posee las trabas clásicas que presenta el divorcio contencioso, esto es “El divorcio exprés o divorcio incausado”, divorcio que como su nombre mismo lo dice, no necesita evidenciar judicialmente ninguna causal -tal cual como acontece con el divorcio contencioso- sino que se fundamente únicamente en la voluntad de uno de los cónyuges (VALENCIA, 2012). Este tipo de divorcio incausado que se halla en legislaciones de mayor avanzada que la nuestra, permitió al autor proponer un nuevo tipo de divorcio para las legislaciones que solo cuentan con el divorcio contencioso y el de mutuo consentimiento, recogiendo lo que se halla positivizado al respecto en la legislación civil del mundo, e incorporando ciertas mejoras a esta figura jurídica del “divorcio exprés o divorcio incausado” que ningún país en el mundo tiene, en base a un estudio minucioso efectuado en el Derecho Comparado, y en base a un estudio multidisciplinario efectuado con apoyo de psicólogos y sociólogos.

Lo que hace que el resultado sea novedoso y de gran impacto para el Derecho, y que puede ser acogida y considerada por la legislación del Ecuador y/o de cualquier país del mundo.

MÉTODOS

De acuerdo al paradigma descrito en la introducción la modalidad de la investigación es cualitativa y cuantitativa con tendencia a la primera ya que se trata de un problema social y se caracteriza por el predominio de la aplicación de métodos teóricos sin embargo en la modalidad cuantitativa se aplicó métodos empíricos para la recolección de la información y su interpretación mediante modelos matemáticos estadísticos y en el análisis de las modalidades se emplearon tablas y gráficos.

En cuanto al Tipo de investigación predominantemente se realizó la investigación bibliográfica sobre la base de libros, revistas, monografías e información electrónica actualizados y de autores que se compadecen con el paradigma e investigación.

Además, la investigación de campo y documental que permitió aproximarse al problema planteado y sus actores correspondientes. En cuanto a la metodología investiga integra métodos, técnicas e instrumentos en el proceso de investigación en el que predomina el método científico con sus fases esenciales; entre otros:

- La observación directa de los fenómenos, objeto de estudio para identificar el problema.
- Generación de ideas y evaluación de los hechos y fenómenos.
- Evaluación de la posibilidad de que las preguntas científicas e idea a defender se materialicen y se concreten en la práctica.
- Generación de ideas como proceso de innovación teórica y práctica.

Los métodos teóricos más utilizados fueron: inductivo-deductivo, analítico-sintético, histórico-lógico, y enfoque-sistémico. Los métodos empíricos fueron la observación científica y la medición, el análisis documental y la validación por vía de expertos.

Entre las técnicas más utilizadas fueron entrevistas y la encuesta con los instrumentos correspondientes como son el cuestionario, guía de entrevista, guía y observación.

RESULTADOS

Luego de la investigación efectuada en obras escritas por juristas de reconocida sapiencia y en legislaciones de mayor avanzada que la nuestra, se determina que la figura jurídica del divorcio incausado debe ser aplicado en la legislación ecuatoriana e incluso en la de cualquier Estado del mundo, y así garantizar el derecho humano a la paz, a la libertad y el principio constitucional del libre consentimiento. A continuación, se detalla el resultado:

INSERCIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DEL DIVORCIO INCAUSADO EN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO

Art. 1.- A continuación del Art. 110 del Código Civil, agréguese el siguiente artículo Innumerado:

Art...Divorcio Incausado. Unilateralmente cualquiera de los cónyuges sin causa alguna podrá expresar su voluntad de divorciarse en procedimiento voluntario, que se sustanciará según las normas del Código Orgánico General de Procesos.

Art. 2. A continuación del Art. 340 del Código Orgánico General de Procesos agréguese el siguiente artículo Innumerado:

Art. ...El divorcio Incausado siempre que haya hijos dependientes, se sustanciará ante la o el juzgador competente.

La o el cónyuge citada/o podrá oponerse a la solicitud de divorcio Incausado formulando excepciones por escrito hasta antes de que se convoque a la audiencia. La oposición deberá cumplir los mismos requisitos de la contestación a la demanda.

La o el juzgador convocará a los cónyuges a audiencia a la cual comparecerán personalmente o a través de la o del procurador judicial, en la que quien presentó la solicitud se ratificará en su deseo de terminar el vínculo matrimonial Incausado.

Si no existe oposición al divorcio Incausado y se haya resuelto o acordado sobre la tenencia, alimentos y visitas en favor de las o los hijos menores de dieciocho años o dependientes, la o el juzgador en el acto pronunciará sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial.

En caso de oposición al divorcio Incausado y/o falta de acuerdo sobre la situación de las o los hijos menores de dieciocho años o dependientes, el asunto se sustanciará ante la o el mismo juzgador, en procedimiento sumario, y resuelta esta controversia se declarará disuelto el vínculo matrimonial, para lo cual la solicitud se tendrá como demanda y la oposición como contestación a la demanda, debiendo la o el juzgador conceder a las partes el término de quince días para la anunciación de pruebas, luego convocará a la audiencia y emitirá su resolución.

La sentencia se inscribirá en el Registro Civil correspondiente de conformidad con el Art. 128 del Código Civil.

DISCUSIÓN

La inserción en la normativa jurídica civil de un nuevo tipo de divorcio, en donde no sea necesario evidenciar causales ni tampoco contar con el consentimiento del otro cónyuge, ayudará a las personas cuya sentimiento y deseo de continuar en pareja con otra persona ha terminado por varias razones, razones que no siempre están contenidas dentro de las causales que establece la ley.

Ciertamente, este divorcio incausado ayudará a las personas a deshacer el matrimonio cuando sienta y este seguro que uno de los sus elementos claves dejo de manifestarse: el *affectio maritalis* -cuando cada uno habla el lenguaje de amor que es significativo para el otro, y permite que haya armonía en el matrimonio (CHAPMAN, 2014)-; y para ello se concederá el plazo de seis meses -tiempo recomendado por terapeutas de parejas- para que alguien se dé cuenta si existe algún sentimiento de pareja hacia su cónyuge y pueda considerar un posible regreso.

Esto permitirá garantizar el derecho a la paz de una persona y de los miembros del núcleo familiar, quienes tienen derecho a vivir un estado de armonía espiritual y tranquilidad, estado que se pierde cuando aparecen conflictos repetitivos; de igual manera garantizará el derecho a la libertad, ya que cualquier persona adulta tiene el derecho para elegir de manera responsable su propia forma de vida sentimental, sin estar sometido a la voluntad de otra persona; de igual manera se garantizará el derecho a la salud a la salud emocional, ya que los niveles de stress que provoca un estado de vida conflictivo o sin amor, provoca depresión, frustración, ansiedad, pánico en el afectado (a), lo que le enferma psicológica, emocional y hasta físicamente (VASQUEZ, 1989)

El resultado alcanzado en el presente trabajo de investigación se asemeja al tipo de divorcio que existe en otras legislaciones de América como la argentina, la cubana, la mexicana, la de Estados Unidos, Guatemala, donde se establece la figura del divorcio unilateral o incausado, sin tomar en cuenta un período prudencial de tiempo para la reflexión de los cónyuges. Igual situación acontece en Europa, donde la mayor parte de Estados ya establecen dentro de su ordenamiento jurídico civil el divorcio incausado, pero este continente, se establece un tiempo de convivencia previo que dependiendo del Estado puede ir de seis meses a tres años.

Pero sin lugar a duda, la única legislación que admite un tiempo de reflexión antes de que el juez dicte su sentencia es Finlandia. En efecto, el normativa jurídica Civil finlandesa establece “Las demandas de divorcio son competencia de los juzgados de distrito. Pueden solicitarlo ambos cónyuges o uno de ellos por separado. El divorcio puede concederse después de un período de reflexión de seis meses (PARLAMENTO FINLANDESE, 2017). Siendo esta legislación la que respalda el resultado presentado en el presente trabajo de investigación.

Las investigación que se llevó a cabo en el marco de nuestro trabajo es novedosa para la legislación civil ecuatoriana, porque establece y respetar a la voluntad unilateral simple e incondicional de uno de los cónyuges, como forma para dar por terminado el matrimonio por divorcio, con un período previo de reflexión de seis meses –que no tiene ningún país del mundo a excepción de Finlandia-. Es por esta razón que la figura jurídica del divorcio incausado será de gran utilidad en la resolución de conflictos de pareja con relaciones insanables, de una manera rápida y sin enfrentar procesos probatorios engorrosos. Además, el resultado presentado en la presente ponencia es práctico desde que tiene la posibilidad de ser legalizar en la Asamblea Nacional.

CONCLUSIONES

La Legislación Civil ecuatoriana al ofrecer a la sociedad un marco jurídico garantista y coherente, que permita a los cónyuges terminar su matrimonio civil con la sola expresión de su voluntad, sin mediar causal o condición alguna, garantizará los derechos humanos y constitucionales de los cónyuges, y particularmente de los hijos que son los que también sufren las repercusiones negativas de la separación de sus padres.

Por eso es que lo que incidirá en la disminución del índice de violencia doméstica y de cuadros patológicos de depresión, frustración y ansiedad, protegiendo de esta manera la unidad familiar al configurar un ambiente de paz y armonía dentro del hogar, donde se viva en un ambiente de sosiego emocional y sin conflictos.

Para el efecto es menester recoger los estudios médico-sociológicos efectuados por legislaciones de mayor avanzada que la nuestra, que han configurado esta nueva forma de terminación del matrimonio por divorcio incausado, sin tener que enfrentar el desgaste que demanda el divorcio contencioso especialmente, con las erogaciones económicas que ello también demanda en las partes procesales.

REFERENCIAS

- American Psychological Association. (2012). *Publication manual of the American Psychological Association*. Washington, DC: American Psychological Assoc.
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE (2008). Constitución de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito
- ASAMBLEA NACIONAL (2018). Código Civil. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito
- CHAPMAN, Gary (2014). Los cinco lenguajes del amor. Editorial Unilit. Chicago.
- ESCUDERO, JOSÉ (2013). Curso de Historia de Derecho. Editorial EDITOR-AUTOR. España
- GITROUX, Michelle y otros (2014). Matrimonio homosexual y adopción. Colección jurídica General-jornadas. Barcelona.
- MATTHEW, McKay (2014). El libro del divorcio y la separación. Ediciones Robinbook.
- Organización de Estados americanos (2016). Convención Americana de Derechos Humanos. Área de Publicaciones de la Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires.
- PARLAMENTO FINLANDES (2017). Código Civil. Editorial Tecnos . Madrid.
- PICAZO, LUIS (2015). Sistema de Derecho Civil. Editorial Tecnos . Madrid.
- STEELE, RICHARD (1999). “Los Deberes de esposos y esposas”. CHAPEL LIBRARY. Florida.
- UNICEF (2013). “Nuevas formas de Familia”. Editado por UDELAR. Montevideo.
- VALENCIA, Paola (2012). Ventajas del divorcio Unilateral/en/ Revista de Derecho de Universidad de Almería. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año LVIII, octubre 2012, Nº 228, págs. 20 a 22.
- VALLEJO, Alejandra (2006). Hijos de padres separados. Editorial Temas de hoy. Barcelona.
- VASQUEZ, Antonio (1989). Matrimonio para un tiempo nuevo. Editorial Palabra. Madrid.
- VILLAFUERTE, EUGENIO (2014). Historia del Derecho Universal. Editorial Perrot. Buenos Aires.