

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

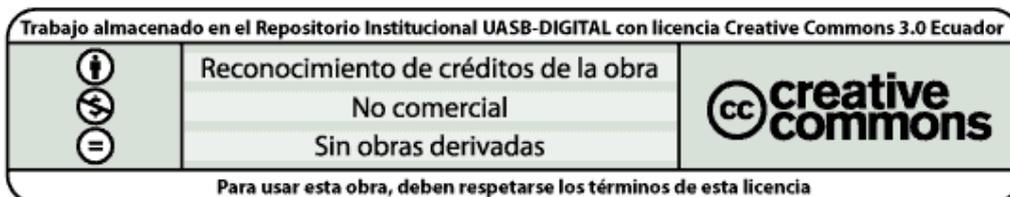
**Área de Derecho**

Programa de Maestría en Derecho Procesal

**La contradicción en el divorcio unilateral**

Xavier Fernando Palacios Pérez

**Quito, 2015**



Yo, Xavier Fernando Palacios Pérez, autor de la tesis intitulada “La Contradicción en el Divorcio Unilateral”; mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1.Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2.Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:

31 de agosto de 2015

Firma.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR SEDE ECUADOR

AREA: DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

LA CONTRADICCION EN EL DIVORCIO UNILATERAL

AUTOR: XAVIER FERNANDO PALACIOS PEREZ

TUTORA: DRA. VANESSA AGUIRRE GUZMAN

QUITO, 2015

## RESUMEN

Las nuevas tendencias del derecho de familia, desarrolladas con mayor fuerza desde fines del siglo pasado, han evolucionado en el contexto social, provocando una nueva estructura familiar y social.

El presente trabajo académico, busca analizar a la institución jurídica del divorcio unilateral en tres capítulos. En la primera parte, se hace un estudio y análisis de como se ha desarrollado el divorcio en la sociedad, desde épocas muy antiguas hasta la actualidad.

En la segunda parte, se plantea un análisis de la aplicación del divorcio unilateral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, utilizando para ello las normas del Código Orgánico General de Procesos y del Proyecto del Código de Familia.

Y en el tercer capítulo efectuaremos un análisis estadístico de cómo se han desarrollado las diversas causales del divorcio en el derecho procesal del Ecuador, así también nos permitiremos sugerir un proyecto con reformas legales tendientes a su aplicación, dentro de la legislación ecuatoriana.

Con este trabajo se busca demostrar que el divorcio unilateral se convertirá sin duda alguna en una institución de aplicación inmediata en la sociedad ecuatoriana, pues la no justificación de razón alguna para solicitar el divorcio, permitirá tener un trámite mucho más ágil y eficaz, acorde con la evolución que ha registrado la sociedad ecuatoriana.

Dedicatoria:

A Dios, que con su infinita sabiduría bendice nuestra vida; y a mi abuelita Carmen Medina, mujer de temple y coraje extraordinario.

Agradecimiento:

A la Doctora Vanessa Aguirre Guzmán, mujer de magistrales conocimientos jurídicos y humildad acrisolada.

## TABLA DE CONTENIDOS.

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I EL DIVORCIO: CAUSALES Y PRINCIPIOS PROCESALES QUE LO REGULAN .....	10
1.1. CONCEPTO DE DIVORCIO UNILATERAL. ....	10
1.2. EL DIVORCIO UNILATERAL .....	14
1.3 LAS CAUSALES DE DIVORCIO, DE FRENTE A LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO DE FAMILIA. ....	16
1.4 LOS PRINCIPIOS PROCESALES, SOBRE EL DIVORCIO QUE RECOGE EL DERECHO DE FAMILIA. ....	20
1.5 EL DERECHO DE CONTRADICION EN EL PROCESO DE DIVORCIO.....	29
CAPITULO II.....	36
2.1 EL DIVORCIO UNILATERAL EN EL PROYECTO DEL NUEVO CODIGO DE FAMILIA.....	36
2.2 PROBLEMAS PROCESALES QUE SE PUEDEN PRESENTAR EN EL DIVORCIO UNILATERAL .....	40
2.2.1 LA JURISDICCION EN EL DIVORCIO UNILATERAL. ....	46
2.2.2 EL PROCEDIMIENTO EN EL DIVORCIO UNILATERAL. ....	50
2.2..2.1 LA DEMANDA.....	51
2.2.2.3 LA CITACION.....	55

2.2.2.4 CONTESTACIÓN A LA DEMANDA. DEFENSAS, EXCEPCIONES Y ANUNCIO DE PRUEBA.....	57
2.2.2.5 LA AUDIENCIA. ....	58
2.2.2.6 LA PRUEBA. ....	60
2.2.2.7 AUDIENCIA DE FAMILIA Y RESOLUCION DE ALIMENTOS Y VISITAS. ....	64
2.2.2.8 LA SENTENCIA O AUTO RESOLUTORIO .....	66
2.2.2.9 RECURSOS QUE CABRIAN CONTRA LA RESOLUCION ...	68
CAPITULO III.....	71
3.1 CONSIDERACIONES RESPECTO AL DIVORCIO UNILATERAL..	71
3.1.1 FUNDAMENTOS PARA REFORMAS AL CODIGO CIVIL.....	73
3.1.1.1 INDICE BAJO EN MATRIMONIOS, INDICE ALTO EN DIVORCIOS. ....	73
3.1.1.2 ABUSO DEL DERECHO. ....	75
3.1.1.3 ANALISIS DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN RELACION AL DIVORCIO UNILATERAL. ....	78
3.2. POSIBLES REFORMAS QUE INCORPOREN AL DIVORCIO UNILATERAL EN NUESTRA LEGISLACION.....	84
CONCLUSIONES. ....	86
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFIA.....	88

## **INTRODUCCIÓN**

Abordar la temática del divorcio unilateral o divorcio “express” como una de las tendencias del derecho de familia, plantea la revisión de los principios procesales del Derecho de familia con la finalidad de estudiar la aplicación de los mismos, en la estructura familiar contemporánea.

El divorcio unilateral ya fue debatido en su debido momento por el entonces Congreso Nacional, pues fue incorporado dentro del Proyecto de Código de la Familia, analizando de qué manera está conformada su estructura procesal y como afecta de manera directa la extinción del matrimonio.

La contradicción en el divorcio unilateral, será estudiada desde el punto de vista del debido proceso, para encontrar si existe una indefensión en la que podría incurrir la parte demandada dentro de esta temática en particular.

La inclusión del divorcio unilateral en el sistema jurídico procesal nos plantea nuevos retos en la solución de controversias propias del Derecho de familia, y nos permite abordar temas relacionados a la estructura jurídica contemporánea que se va acoplando al nuevo milenio.

# **CAPÍTULO I EL DIVORCIO: CAUSALES Y PRINCIPIOS PROCESALES QUE LO REGULAN**

## **1.1. CONCEPTO DE DIVORCIO.**

El estudio de la familia<sup>1</sup> y su nuevo rol en el siglo XXI<sup>2</sup> se inserta dentro de una estructura social y jurídica diferente a la clásica estructura familiar conservadora; el avance de la ciencia y la tecnología, sumadas a fenómenos que en la actualidad constituyen de por sí variables muy distintas a la clásica estructura familiar conocida en el milenio anterior, enfocan el concepto de familia que se difundió en épocas pasadas y que ha involucrado una gran cantidad de debates, entre miembros de una misma sociedad<sup>3</sup>. Precisamente en este nuevo

---

<sup>1</sup> El Artículo 67 de la Constitución del Ecuador reconoce a las familias en sus diversos tipos, indica que el Estado protegerá a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

<sup>2</sup> En el suplemento del Registro Oficial Año II No 346, de fecha jueves 2 de octubre de 2014, se hace mención a la sentencia No 05-201 en cuyos antecedentes encontramos.....”La Familia, o mejor las Familias, porque la Constitución ecuatoriana las reconoce en sus diferentes tipos, ha sido definida de varias maneras desde las distintas ramas del saber; se ha creído interesante para este trabajo traer la de Elizabeth Jelin, socióloga familista: es una institución social anclada en necesidades humanas universales de base biológica: la sexualidad, la reproducción y la subsistencia cotidiana. Sus miembros comparten un espacio social definido en términos de relaciones de parentesco, conyugalidad y pater-maternalidad. Se trata de una organización social, un microcosmos de relaciones de producción, reproducción y distribución con su propia estructura de poder y fuertes componentes ideológicos y afectivos. Existen en ella tareas e intereses colectivos, pero sus miembros también tienen intereses propios diferenciados, enraizados en su ubicación en los procesos de producción y reproducción.”

<sup>3</sup> “Desde hace ya algún tiempo se ha convertido en un lugar común, para los estudiosos de la familia, el señalar las transformaciones que se están produciendo en la misma, que se ven como síntomas de un desmoronamiento de una institución que es cada vez más inestable, en la medida que está siendo desbordada por la actitud individualista de sus miembros, que con sus comportamientos en el seno de la misma y al exterior han alterado las relaciones entre los sexos y también entre las generaciones modificando los esquemas tradicionales de la convivencia familiar, al mismo tiempo que emergen en la

escenario la inclusión del divorcio unilateral nos trae nuevas e interesantes formas de estudiar el Derecho de familia.

Desde los tiempos más remotos, en los que el hombre aparece y desarrolla su actividad gregaria y atraviesa de un estadio a otro de la evolución social, la familia va sometiéndose a una dialéctica propia de dicha evolución; Engels, al estudiar a Morgan<sup>4</sup>, afirma que la familia es el elemento activo de la sociedad por excelencia, definiéndola como una institución que se encuentra en permanente movimiento, afirmando además, que la familia en ese evolucionar va de una forma inferior a una superior, dependiendo lógicamente de la evolución que registra la sociedad; mientras que los sistemas de parentesco, por el contrario, son más bien pasivos y registran cambios después de varios intervalos.

Al estudiar Engels a varias tribus de este continente, encuentra en un comienzo que la composición familiar no establece distinción en una primera instancia entre miembros de una familia sanguínea, al punto que los miembros que integran una familia se confunden y esto da paso a una primitiva estructura familiar, que va cambiando a medida que se establece la monogamia como elemento para precautelar la composición familiar. Lo indicado por Engels nos permite comprender que el Derecho de Familia encuentra en esa evolución, el soporte para

---

sociedad otras realidades que se reconocen como familia.” Rosario Valpuesta Fernández, “La constitucionalización del derecho civil”, en *Foro, Revista de Derecho* (Quito: No. 5, segundo semestre año 2010), 127.

<sup>4</sup>Carlos Marx / Federico Engels, *Obras Escogidas 2*, AKAL Editor, España, 1975, 201

garantizar su adecuada participación como herramienta al servicio de la institución familiar.

Comprendido el concepto y la evolución que ha registrado la familia dentro del contexto social contemporáneo, efectuaremos el estudio y análisis que el divorcio ha desarrollado dentro de su estructura política y social. Así podemos entender la necesidad de plantear una forma diferente de conceptualizar al divorcio. En ese contexto el divorcio unilateral se convierte en una institución jurídica tendiente a solucionar las necesidades de esta sociedad contemporánea, en un esquema jurídico más acorde con la realidad.

En su más tradicional expresión, “*divorcium*”<sup>5</sup> significa separar algo que se encontraba unido, institución que la encontramos desde el Derecho Romano pasando por el pueblo hebreo, hasta llegar a la Edad Media y convertirse en una institución casi universalmente aceptada en las legislaciones que regulan el Derecho de Familia.

Voltaire sostenía que el divorcio es tan antiguo como el matrimonio; vale decir entonces que el divorcio es inherente a la vida del hombre ,como la sombra que sigue a un cuerpo. Dentro del análisis efectuado por Eugenio Tarragato se manifiesta que desde civilizaciones muy antiguas el divorcio es propio de la estructura social.

---

<sup>5</sup>Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1963.109.

Esta práctica del repudio consistía en la potestad exclusiva del hombre de rechazar a su esposa y devolverla para su casa, basándose para ello en una de las causas o justificaciones que conforme a la norma se aplicaba.<sup>6</sup>

La influencia de la Iglesia Católica a favor de la indisolubilidad del matrimonio fue tan decisiva, que sólo a partir del proceso de reforma religiosa promovida bajo el patrocinio de Martín Lutero<sup>7</sup>, quien favorecía la disolución del matrimonio, por razones de adulterio, se cuestionó dicha permanencia<sup>8</sup>. Estos fenómenos de orden social y secular tuvieron enorme impacto en toda Europa, y permitieron que, con el advenimiento de la Revolución Francesa, algunas instituciones consideradas como sagradas sean catalogadas como meros actos jurídicos, entre ellas, al matrimonio. Con esta nueva visión contractual del matrimonio, se pasó al estudio de la necesidad de reconocer al divorcio por mutuo consentimiento como una garantía a la libertad individual, estableciéndose entonces una nueva forma de visualizar la institución del divorcio, en la cual la voluntad de los contratantes se sitúa en un lugar protagónico<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Entre los hebreos el divorcio se concebía como el acto de repudio que el hombre hacía de la mujer cuando encontraba en ella alguna cosa torpe, para lo cual la ley contemplaba que el marido debía escribir una carta de repudio, entregársela en su mano y luego despedirla de su casa.. Esto lo encontramos en el Deuteronomio versículo primero.

<sup>7</sup> Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho de Familia*.110.

<sup>8</sup> Las naciones que incorporaron protestantismo fueron incorporándola a sus legislaciones, las teorías acerca de la naturaleza contractual del matrimonio, propugnadas por los filósofos racionalistas del XVIII, se fueron abriendo paso paulatinamente e impregnaron la legislación positiva de países tradicionalmente católicos.

<sup>9</sup> Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho de Familia*.110-111

## **1.2. CONCEPTO DE DIVORCIO UNILATERAL**

Para establecer un concepto de divorcio unilateral, debemos analizar cada uno de sus componentes para de esta manera encontrar un concepto que defina con claridad lo que es el divorcio unilateral.

Respecto al divorcio unilateral, se encuentran antecedentes históricos en algunas civilizaciones. Así, en la India la mujer tenía derecho de abandonar al marido cuando éste era considerado vagabundo o si se alejaba de su hogar por un largo tiempo, siendo justificable por contrapartida el abandono del hombre si la mujer era estéril o su descendencia había procreado sólo mujeres. Esta particular forma de procedimiento se registra en aquella civilización país, pues en el resto de civilizaciones que históricamente aceptaron al divorcio, normalmente se aplicaba la práctica del repudio.

Para definir el divorcio unilateral, diremos que se trata de una estructura jurídica que en forma legal establece los procedimientos jurídicos que empleados por uno de los cónyuges, o por ambos, buscan disolver el vínculo matrimonial. Lo que lo convertirá en unilateral, no es una calificación propia de su tramitación, sino más bien el constituir una causal más que la ley podría contemplar en su más prolija acepción.

Por ende podríamos definir al divorcio unilateral, como el procedimiento utilizado de manera voluntaria y unilateral por parte de uno de los cónyuges que, sin necesidad de invocar o justificar su pretensión, presenta su acción para conocimiento de un juez, quien previa las formalidades de ley lo declarará en sentencia.

Precisamente, dotar a los litigantes de un proceso que se ajuste a la realidad social, constituye la mejor carta de presentación del divorcio unilateral, evitando la inadecuada tipificación de las causales que en la actualidad nos brinda el Código Civil. La necesidad de adecuar las realidades atinentes a la familia y al derecho con las nuevas tendencias del derecho de familia, se traduce en la necesidad de establecer un procedimiento de divorcio unilateral que permita al juez conocer los hechos de la manera más clara posible y garantizar con su accionar una verdadera tutela jurídica por parte del Estado.

Si bien el divorcio unilateral conceptúa en su naturaleza, la no justificación o invocación de causal alguna para desarrollar el proceso judicial, se hace necesario referirnos a esta doctrina, pues no se puede negar que en los juicios de divorcio de manera general, al momento en que uno de los cónyuges decide presentar su demanda en contra del otro, es por la vulneración del afecto conyugal.

Ahora bien, es necesario analizar la doctrina citada en España como el afecto conyugal y que ha sido introducida en un fallo de la Corte Nacional de Justicia al no casar el fallo pronunciado por la Corte Superior de Justicia de Pichincha; así se indica que el sólo hecho de que un cónyuge presente la demanda de divorcio en contra del otro, debe entenderse como el rompimiento del afecto conyugal, es decir de no cumplir con los fines del contrato matrimonial que son vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

En el estudio del divorcio unilateral tendremos que considerar la problemática que se avizora con los derechos derivados del trámite de divorcio, tales como la custodia de los menores o el derecho a percibir alimentos, por lo cual debe procurarse establecer una estructura jurídica que otorgue un tratamiento claro y adecuado a los grupos vulnerables reconocidos por la misma ley.

### ***1.3 LAS CAUSALES DE DIVORCIO, DE FRENTE A LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO DE FAMILIA.***

Desde la época de Justiniano los pueblos han preestablecido causas con la finalidad de justificar el divorcio; encontrando al

adulterio, la negligencia o descuido de las labores conyugales, la sevicia y los tratos crueles y humillantes como los más regulares.<sup>10</sup>

En Francia, donde se impulsó el divorcio como una conquista de los derechos del hombre, el mismo Luis XVIII de la dinastía borbónica fue condescendiente con los planteamientos que la Iglesia reclamaba y con la finalidad de frenar el ímpetu revolucionario, abolió el divorcio en mayo de 1.816, trascurriendo varias décadas hasta el 27 de julio de 1.884 año en que se reintrodujo la institución.

El divorcio debe estar determinado en fundamentos o motivos que permitan a los justiciables y a sus administradores conocer bajo qué circunstancias y hechos es posible presentar una demanda de divorcio, bien sea de un cónyuge en contra del otro; o de manera conjunta como se verá más adelante.

Entre los motivos o causas del divorcio, encontramos a las de origen criminológico, que en su esencia misma tienen que ver con faltas cometidas por uno de los contrayentes en afectación directa a la institución matrimonial.<sup>11</sup> Se incluye usualmente entre estas causas al adulterio de cualquiera de los cónyuges, la condena en que pueda incurrir uno de ellos como consecuencia de una infracción penal, los malos tratos físicos y psicológicos en los cuales puede la pareja incurrir,

---

<sup>10</sup> Juan Isacc Lovato, *El Divorcio Perfecto*, en Editorial Universitaria, Quito, 1957.23-27

<sup>11</sup> El Código Civil de Colombia en su artículo 154; el Código Civil de la República Oriental del Uruguay en su artículo 14, contienen en su redacción las causales de origen criminológico.

el atentar contra la vida de uno de los contrayentes, el abandono del hogar, la conducta deshonestas, entre otras acciones que, ejecutadas por uno o ambos cónyuges, afectan la estabilidad matrimonial y como consecuencia lógica la autoestima del otro cónyuge.<sup>12</sup>

Encontramos también las causales de origen antieugénicas<sup>13</sup>, las cuales se fundamentan en el cuidado que la legislación quiere dar al momento mismo de la creación del matrimonio, con la finalidad de que este nuevo vínculo sea de beneficio para la sociedad, pero previniendo que a futuro puedan aparecer nuevos impedimentos que atenten contra la estabilidad matrimonial. Entre estos encontramos el alcoholismo, siempre que sea crónico, el abuso de sustancias estupefacientes, la demencia, la impotencia o esterilidad que posteriores al matrimonio puedan afectar a uno de los cónyuges<sup>14</sup>. Como se puede apreciar, la intención del legislador es delimitar un posible campo de acción en el cual, y bajo ciertas eventualidades, el matrimonio podría ser afectado.

En el Ecuador, la revolución liberal dejó una marcada disputa de índole religiosa y jurídica. El divorcio modificó jurídicamente la estructura misma de la sociedad, siendo rechazada por parte de los sectores más conservadores de aquella sociedad. Sin embargo, a pesar

---

<sup>12</sup> En nuestra legislación lo encontramos enunciado en el Art.110 del Código Civil, y de igual manera en la Ley 103 que contiene la normativa de Ley contra la violencia a la mujer y la familia.

<sup>13</sup> Cfr. SOMARRIVA UNDURRAGA Manuel, *Derecho de Familia*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1963,, pag.111

<sup>14</sup> El Artículo 110 del Código Civil enumera algunas de las causales que entrarían dentro de la clasificación que estamos estudiando, y que han sido utilizadas en nuestro sistema procesal por varias décadas.

de esa reticencia inicial, el Ecuador se ha alineado a la vanguardia de nuevas instituciones en el Derecho de Familia, lo que se evidencia en que la Asamblea Nacional ha presentado para primer debate, un proyecto de ley Reformatoria al Código Civil<sup>15</sup>.

Vale la pena anotar que nuestra legislación<sup>16</sup> mantenía hasta el año 1.958 —y en otras aún se encuentra como causal— la denominada *separación de cuerpos*; así, como ocurre, por ejemplo actualmente en Alemania y Francia<sup>17</sup>. La separación de cuerpos consiste en el pedido de divorcio que los cónyuges realizan al juez, teniendo éste la potestad de decretar la separación de cuerpos, con la finalidad de permitir a los cónyuges que revisen su situación durante un plazo que determina la ley, de insistir en su cometido entonces el juez decretará el divorcio como última alternativa.

Ahora bien, el divorcio por mutuo consentimiento, es considerado también como causal<sup>18</sup>. Este tipo de divorcio ha sido profundamente desarrollado en países como Ecuador<sup>19</sup> y Uruguay<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> La Asamblea Nacional de la República del Ecuador, a través de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado ha realizado varios estudios tendientes a introducir reformas sustantivas en la legislación.

<sup>16</sup> En nuestra legislación la separación de cuerpos se mantuvo en vigencia hasta entrado el año 1.958

<sup>17</sup> En Alemania los artículos 1564 y 1565, apartado 1, párrafo 1, del Código Civil (Bürgerlichen Gesetzbuches). Establece que en Francia las reformas introducidas en el 1 de Enero de 2005, viabilizaron ya la forma de llevar a cabo la disolución del vínculo matrimonial, marcando una diferencia manifiesta desde 1975 donde no se encontraba regulado este procedimiento de manera expedita como en la actualidad. Red Judicial

Europea/Divorcio/ Alemania y Francia.

<sup>18</sup> Juan Isaac Lovato, *El Divorcio Perfecto*, 81

<sup>19</sup> En nuestra legislación el divorcio por mutuo consentimiento se encuentra tipificado en su parte sustantiva y adjetiva en los artículos 107 y 108 del Código Civil.

El divorcio por mutuo consentimiento, se fundamenta en la verdadera voluntad de las partes para acceder a esta clase de divorcio, lo contrario desnaturalizaría su verdadero propósito, es por ello que algunas legislaciones <sup>21</sup>no lo han considerado como un elemento eficaz de incorporarse al Derecho de familia, pues las que no lo siguen indican que bastaría que los cónyuges pongan su voluntad de acuerdo para afectar a una institución familiar fuerte como es el matrimonio; por su parte sus defensores lo ven como una apropiada forma de poner fin a una relación matrimonial que puede verse muy afectada, evitando los escándalos y la intervención de otros miembros de familia, que por lo general se ven afectados también.

#### **1.4 LOS PRINCIPIOS PROCESALES, SOBRE EL DIVORCIO QUE RECOGE EL DERECHO DE FAMILIA.**

Algunos principios procesales en el Derecho de Familia, que se aplican al juicio de divorcio de manera general, buscan garantizar desde

---

<sup>20</sup> En Uruguay el Artículo 187 numeral 2 del Código Civil establece el procedimiento empleado para el trámite de divorcio por mutuo consentimiento.

<sup>21</sup> La Ley 1289 Código de Familia, en Cuba en su artículo 51 contempla tanto el divorcio por mutuo consentimiento como el divorcio contencioso; el Código Civil Federal de México en su artículo 267 enumera las causales de divorcio en Los Estados Unidos de México, siendo la causal XVII el mutuo consentimiento.

la perspectiva procesal del divorcio, el debido proceso para quienes intervienen en el desarrollo del juicio.

Los principios procesales, aplicados de manera correcta, evitan una proliferación de toma de justicia por mano propia y blindan a las decisiones judiciales con un carácter público, que garantiza el derecho en su aplicación dentro de la sociedad. De este modo, nos encontramos con un proceso dialéctico que en su desarrollo se sujeta a la presentación de una tesis, controvertida por la antítesis, y que nos permite encontrar una síntesis a través de la sentencia, todo esto en la esfera del debido proceso<sup>22</sup>.

Entre los principios procesales aplicables a esta materia cabe resaltar los siguientes:

a) Igualdad de las partes<sup>23</sup> ante la ley procesal: El proceso es un conjunto de actos que generalmente se encuentran ligados entre sí, lo que demuestra una cohesión entre dichos procedimientos; así definitivamente, el principio de igualdad de las partes, se coloca como la base de todos los principios procesales.

En todo Estado de Derecho, el axioma de igualdad de los ciudadanos ante la ley, se identifica como la garantía propia de un

---

<sup>22</sup>Eduardo Couture, *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2002, 148-149

<sup>23</sup>Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997. 56-57

proceso que resulta justo para las partes, quienes pueden acceder a la justicia en condiciones iguales, y así encontrar del órgano soberano que administra justicia, la correcta aplicación de la misma.<sup>24</sup> Este principio garantiza a las partes procesales contar con las mismas oportunidades para su defensa, haciendo hincapié en que no es aceptable un procedimiento privilegiado para una de ellas. Este principio incluye la obligación del Estado de otorgar un defensor público<sup>25</sup> a la parte que no pudiera contar con uno para su patrocinio.

b) Principio dispositivo<sup>26</sup>: según este principio la justicia es rogada; es decir que sólo la demanda que la parte interesada presenta ante el juez competente para recibir de este un pronunciamiento que atienda sus pretensiones, da inicio a un proceso. Por otra parte, este principio indica que las partes en litigio se convierten en las principales protagonistas del proceso, entregando a la justicia no sólo la controversia materia del litigio, sino también esperando encontrar una solución a sus problemas jurídicos y familiares.

Según este principio, “los dueños del proceso” son las partes, quienes tiene la capacidad de iniciar o no una acción civil, presentar o

---

<sup>24</sup> Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Montevideo, Editorial b de f, 2002. 150-151

<sup>25</sup> La Constitución de la República garantiza a todos los ciudadanos a contar con un defensor, que sea de su confianza para el patrocinio de su causa, en caso de contar con los medios económicos que le permitan al ciudadano contratar los servicios de un letrado profesional, la Defensoría Pública cuenta con una serie de abogados que de manera gratuita para el usuario asistirán a la persona que necesite ser representada dentro del proceso, con lo que el derecho de igualdad de las partes se encuentra garantizado.

<sup>26</sup> Sobre el tema, véase a Enrique Palacio Lino, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial ABELEDO-PERROT, 2.000. 64

no argumentos que justifiquen tanto sus pretensiones como sus excepciones, practicar o dejar de presentar prueba, y transigir libremente sobre la causa, allanarse o dejarla en franco abandono.

Mediante el principio dispositivo encontraremos entonces que la demanda de divorcio unilateral debería ser presentada por cualquiera de los cónyuges, siempre y cuando se cumpla con los requisitos que la ley ha establecido como necesarios para dar trámite a este tipo de divorcio. Esta sería la aplicación desde la perspectiva del proyecto de Código de Familia, que permita a cualquiera de los cónyuges activar su demanda de divorcio unilateral.

Como veremos más adelante, la presentación de la demanda en el divorcio unilateral, así como también la interposición de recursos, se ajusta a ciertos requisitos de índole taxativa para el cónyuge que desea proponer la demanda, mientras que, por el contrario, la demanda no será admitida en caso de que ésta no cumpla de manera coherente con la parte sustantiva que determina la ley al momento de iniciar y seguir con la prosecución de la causa.

c) Lealtad y buena fe procesal<sup>27</sup>: este principio se coloca como uno de los principios bases del proceso de familia. Conocemos que un juicio de divorcio refleja una problemática particular de un matrimonio en concreto, por lo que si bien es cierto que los sujetos procesales plasman en su demanda y excepciones asuntos relativos a su particular

---

<sup>27</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, 73

actividad privada; sin embargo, esto no convierte al proceso en una decisión al arbitrio exclusivo de sus participantes. Al contrario, el Estado y la sociedad en su conjunto se encuentran vinculados de manera eficaz y directa con el proceso, de ahí la importancia de que tanto actor como demandado, así como el juez de la causa observen este principio en las actividades que desarrollen en juicio.

Este principio es esencial para regular la actividad de los sujetos procesales y sus abogados patrocinadores, pues el proceso no satisface solamente una necesidad privada, sino que también cumple un interés público. Al momento de ejercitar la acción judicial, las partes se someten a un proceso que busca eficacia y rectitud.<sup>28</sup>

Conocemos que el proceso tiene como uno de sus fines la búsqueda de la verdad; son entonces los sujetos procesales los llamados a aportar los fundamentos de hecho y de derecho que deben ser más tarde valorados por el juez al momento de emitir un fallo; como se verá más adelante, precisamente el divorcio unilateral, plantea la posibilidad de que en virtud del principio ya invocado, se cumpla una correcta aplicación de la ley, y de esta manera evitar la utilización fraudulenta de los medios procesales o sustantivos, en claro detrimento de la administración de justicia.

---

<sup>28</sup>“Puesto que el proceso judicial no es considerado como una actividad privada, ni las normas que lo regulan como de derecho privado, sino, por el contrario, el Estado y la sociedad están íntimamente ligados a su eficacia y rectitud, deben considerarse como principios fundamentales del procedimiento los de la buena fe y la lealtad procesal de las partes y del juez. La moralización del proceso es un fin perseguido por todas las legislaciones como medio indispensable para la recta administración de justicia.”. Ricardo Reimundi en: Hernando Devis Echandía: *Teoría General del Proceso*. Pag.73

d) Principio de economía procesal: La tendencia moderna a globalizar varios aspectos de la vida, nos lleva de a poco a encontrar la necesidad de que el hombre efectúe procesos más rápidos en su vida cotidiana, en los cuales la correcta utilización del tiempo es de absoluta prioridad.

Tanto para las partes procesales, como para el Estado, que es el encargado de administrar justicia, el tiempo que es empleado en evacuar las distintas causas que se ponen a su consideración, constituye sin lugar a dudas un elemento de suma importancia a ser valorado en sociedad, más aún cuando los procesos y las relaciones creadas por la sociedad imponen hoy en día un vértigo más frecuente e intenso.

A este planteamiento, se suma también el problema del gasto económico, es decir, que una causa no resuelta dentro de un plazo razonable, las partes procesales se sientan afectadas y les genera un sentimiento de angustia e injusticia al no encontrar una pronta respuesta a sus problemas.

Se debe considerar también el costo que representa para el Estado la administración de justicia en la que se tienen que sortear procesos largos y poco eficientes, lo que repercute también dentro de la denominada economía procesal.

Es por esta razón que el principio de economía procesal es trascendental en el derecho de familia, pues como conocemos, al momento de resolver un litigio de índole familiar, se puede encontrar varios aspectos relacionados con los miembros del núcleo familiar, como por ejemplo régimen de alimentos, visitas, gananciales; los cuales si bien pueden ser resueltos en acciones judiciales propias, podrían ser tratados en un solo procedimiento.

e) Principio de inmediación<sup>29</sup>: este principio consiste en la relación directa que, tiene el juez con el proceso y, con los sujetos procesales o incluso con terceros. En cuanto a las pruebas, este principio manifiesta que deben ser actuadas únicamente ante el juzgador, con la finalidad de que sea éste quien las aprecie directamente en su contexto general y su resolución resulte, por tanto, más ajustada a la verdad procesal.

f) Principio de impugnación<sup>30</sup>: según este principio, las partes procesales que no han sido favorecidas con su pretensión tienen derecho a recurrir de la sentencia o resolución que falló a favor de una de las mismas, y en perjuicio de la otra.

Quienes acudimos a sede judicial en busca de una solución justa a nuestras diferencias, en ocasiones podríamos ser sujetos de una

---

<sup>29</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*,. 68

<sup>30</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, 73-74

resolución que perjudique de manera directa nuestros intereses. Por cuanto la administración de justicia es una creación del hombre que habita en sociedad, sabemos que es falible y que de alguna manera los procedimientos pueden, si están mal configurados, acarrear la vulneración de algún derecho para los litigantes. Bajo esta premisa se vuelve de gran necesidad la posibilidad de impugnar cualquier resolución que cause perjuicio a las partes, o que de alguna manera ocasione un gravamen irreparable a las mismas.

La ventaja de contar con un principio de esta naturaleza radica sin duda alguna en el coerción a los funcionarios públicos encargados de administrar justicia, pues al conocer que sus resoluciones pueden ser revocadas por otro tribunal, los coloca en un estado de análisis permanente que se refleja en una conducción adecuada del proceso.

A través de este principio, las partes procesales que consideren al proceso como no digno de su planteamiento inicial, pueden hacer uso de los medios de impugnación como son la aclaración, la ampliación, la reforma o la revocación, así como los recursos verticales. Los recursos, por lo tanto, son actos procesales que pueden ser accionados por la parte que tiende o busca sea modificada la sentencia o resolución judicial que le ha sido adversa.

Respecto debemos estudiar los medios de impugnación en general que serán utilizados con un criterio de funcionalidad por parte

de los sujetos procesales, lo cual nos permite observar que pese a la relativa autonomía del proceso o juicio en el que formulamos el recurso de impugnación, la impugnación es inherente en la relación jurídico-procesal en la cual se desenvuelven las partes como lo ha definido Chiovenda<sup>31</sup>

g) Principio de Especialidad: entendiéndose que en virtud de este principio cada órgano jurisdiccional debe actuar dentro de sus propias competencias; esta potestad judicial deberá ser ejercido por jueces especializados en las diferentes áreas de la competencia, y tratándose del Derecho de Familia<sup>32</sup>, el ámbito en que los jueces deben desarrollar

---

<sup>31</sup> “a) Los efectos procesales de la litis subsisten mientras esté pendiente el procedimiento de impugnación. Por eso no es discutible que la litis pendencia, cualquiera que sea el grado en que se halle el proceso que lo produce, surte sus efectos en el que, desentendiéndose de éste, pudiera eventualmente promoverse.

b) Solo el perjudicado por la sentencia puede utilizar medios de impugnación para solicitar que se la revoque o enmiende, porque solo él está gravado por el resultado del proceso. En esta sencilla consideración, por otra parte permanentemente razonable estriba lo que se ha llamado interés en recurrir, que no es sino la legitimación de la impugnación.

c) Siendo la impugnación un medio de fiscalizar un acto que puede llegar a ser sentencia, pero que todavía no lo es, resultaría exorbitante que para hacerlo se pueda alterar los términos en que, en todos sus aspectos, se constituyó la relación en el proceso gravado; de ahí que en el impugnatorio no sea lícito pedir más ni de otro modo que lo que en aquel puede solicitarse; en cambio, puede pedirse menos, dejando subsistente en parte, lo resuelto.

d) La posibilidad de usar la impugnación es independiente de la posición que en el juicio hayan ocupado las partes. Así podrá darse el caso en que los demandantes y demandados impugnen lo resuelto en lo que a cada uno de ellos le interese; y en ese aspecto, dentro de un mismo proceso de impugnación serán, respectivamente, recurrentes y recurridos.

e) Juegan en materia de impugnación procesal los principios rectores del litis consorcio voluntario y necesario; y por eso, cuando se suscita, quien no está ligado por el vínculo de una relación única o de carácter solidario o indivisible, solo puede aprovecharse de la impugnación si se adhiere a ella. En cambio, en el supuesto contrario, las consecuencias de la impugnación pueden afectarle si su interés depende necesariamente del que se actuó para legitimar la impugnación, o versa ésta como la relación que la motiva, sobre una cosa o relación única e indivisible, o haya un vínculo de solidaridad del que no puede ser desligado, aunque no haya intervenido en el proceso de impugnación.

f) Doctrinalmente no es admisible la tesis según la cual la impugnación tiende a dirimir un conflicto entre dos sentencias; y por eso solo tiene valor la que, en virtud de la impugnación, se dicta. La posibilidad de que al formular ésta se consientan algunos de los pronunciamientos, no obsta, según nuestro parecer, a la exactitud de este aserto; porque la sentencia constituye un acto jurisdiccional único que carece de valor mientras no se reúnan para reconstituirlo en su integridad los pronunciamientos consentidos ya que ellos que han sido objeto de impugnación.”

Juan Isaac Lovato Vargas, *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*, Corporación Editora Nacional, Quito 2.002, 18-19.

<sup>32</sup> El artículo 11 del Código Orgánico de la Función Judicial contempla este principio dentro de la legislación ecuatoriana.

su competencia es estrictamente en relación directa a la aplicación de los principios y normativas que coadyuven a las familias, sus integrantes y la sociedad.

Corresponde a los Jueces de Familia<sup>33</sup> conocer y resolver en primera instancia las causas comprendidas desde el Título del Matrimonio, hasta el correspondiente a la Remoción de Tutores y Curadores; y, las que se refieren a las uniones de hecho con referencia a la Ley que las regula. Para el caso de Segunda Instancia se acudirá a la Corte del distrito correspondiente.

### ***1.5 EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN EN EL PROCESO DE DIVORCIO.***

La figura del divorcio unilateral, llama la atención respecto al hecho puntual de si, en esta clase de divorcio, las partes, especialmente la demandada, cuenta con una tutela judicial efectiva de sus derechos;

---

<sup>33</sup> A partir del artículo 233 y siguientes del Código Orgánico de la Función Judicial encontramos la normativa que se desarrolla en relación a los jueces de Familia Mujer Niñez y Adolescencia que como sabemos responden a un criterio de especialidad.

más aún cuando conocemos que los jueces deben emitir su fallo, una vez que hayan escuchado a ambas partes procesales.

Es importante señalar que el derecho a la contradicción no sólo procura garantizar a la parte demandada, sino que el derecho de contradicción plasma la correcta protección del interés social, por cuanto su desarrollo permite a las partes y a la sociedad la correcta y oportuna protección de sus derechos.<sup>34</sup>

Si revisamos el derecho de contradicción en el divorcio por causales, se comprende de mejor manera un proceso de carácter bilateral, en el cual los cónyuges-litigantes ejercerán sus derechos de acción y contradicción. En este punto se plantea, como elemento central de este trabajo, si el divorcio unilateral posibilita un correcto manejo del principio de contradicción, o si se ejerce bajo otros parámetros.

El derecho de contradicción, de la misma forma que el derecho a la acción, es inherente a las personas desde mucho antes de ejercerlo, ya sea que se proponga la demanda o se la conteste.

Cuando se ejercita la acción, ya sea presentando una demanda o formulando alguna diligencia previa, el agente de esta pretensión busca una solución al problema que ha planteado a la administración de

---

<sup>34</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, .205

justicia<sup>35</sup>. Por su parte, el derecho a contradecir, permite a toda persona natural o jurídica, ser escuchada al momento de habersele señalado como sujeto pasivo de una prestación jurídica reclamada, es decir, permite a la parte demandada o requerida, exponer su defensa, argumentar sus excepciones y en definitiva, hacer uso de su derecho a oponerse.

Es importante precisar que, así como el derecho de acción no garantiza a quien inicia la actividad judicial, a ser proveído de manera favorable y de esta manera obtener una resolución que sea de beneficio para sus intereses, tampoco el derecho de contradicción, bajo ninguna premisa, garantiza a quien lo ha sabido invocar que sus excepciones serán las que le permitan obtener una resolución acorde a sus objetivos. Esto coloca a este principio en una tutela jurídica abstracta<sup>36</sup>, siendo este su objeto, por cuanto garantiza a la parte demandada ser escuchada y plantear sus excepciones.

---

<sup>35</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*. 205

<sup>36</sup> “De esta manera, el derecho tiene un carácter de *permanencia* –y por ende subjetivo y autónomo -, en cuanto no se “ejerce” hasta que su titular requiera proteger judicialmente un derecho que considera le ha sido vulnerado. Por ello también puede decirse que hay una relación de acción – reacción entre la “pretensión” a la tutela jurídica como derecho abstracto y la pretensión material que se deduce a través de la demanda en el proceso: no se trata solo del derecho de acudir ante los jueces y tribunales para obtener un pronunciamiento (o momento “estático-constitucional” del derecho a la tutela judicial ) ,sino de concretizar, dinamizar ese derecho mediante la pretensión procesal. La concepción abstracta del derecho a la acción se “complementa” ,pues, con la de pretensión procesal, y el deber prestacional del Estado se manifiesta en plenitud cuando el proceso concluye con una resolución, que para ser tal debe cumplir con ciertas características.” Vanesa Aguirre Guzmán, *Revista de Derecho FORO* ,Corporación Editorial Nacional, Quito, 2010, .7-8

Ahora bien, para el correcto ejercicio del derecho de contradicción, se debe establecer cuáles son las opciones con las que el demandado cuenta al ejercer su derecho:

La primera opción sería de carácter más bien pasiva en su totalidad: El sujeto requerido conoce que se ha planteado una acción en su contra, pero no presenta ninguna respuesta a la misma; guarda de manera total silencio respecto a la causa; podría decirse que es un estado de indiferencia que de alguna manera lo hace presenciar el inicio de la causa, pero se desconecta de manera definitiva de su desarrollo.

La segunda opción es también de carácter pasivo; el demandado comparece a juicio y contesta la demanda, pero únicamente alega negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. El demandado no ejercita una defensa de sus intereses, al contestar la demanda sin sustentar adecuadamente sus excepciones. En esta opción el demandado de alguna manera contesta la demanda sin mayor tipo de detalle o confrontación, pero al contrario de la primera opción, seguirá conociendo del desenvolvimiento del juicio, aunque no le dé mayor trascendencia.

La tercera opción es que el demandado acepte de manera absoluta y total los fundamentos de hecho y de derecho propuestos por el actor, es decir que exista un allanamiento al planteamiento expuesto por la parte actora, que se expresa normalmente al contestar la

demanda. Cabe señalar que dentro del Derecho de familia, el allanamiento no puede y en efecto no funciona como en otras esferas del derecho civil, pues no es suficiente que el reo se allane para que la justicia conceda la razón al actor del proceso.

Entre los justiciables se encuentra la necesidad de regular de manera adecuada este derecho. Es por ello que en el divorcio contencioso, pese a que el reo se allane y acepte la pretensión del actor, dicho allanamiento no es suficiente para que el juez dicte sentencia, pues se debe practicar prueba de manera obligatoria, así está dispuesto en el artículo 121 del Código Civil<sup>37</sup>. Esta particular forma de operar en materia civil, dentro del Derecho de familia, tiene que ver de manera intrínseca con la finalidad que el Estado tiene para proteger a la célula fundamental de la sociedad. Es por esta razón que en sede judicial el allanamiento dentro del juicio de divorcio, siempre ha sido sometido a una carga probatoria que debe necesariamente dejar clara la pretensión del actor en relación con la sentencia.

La cuarta opción sería la de una defensa relativa; no debe confundírsela con la segunda opción de carácter pasivo –que ya dejamos anotada en líneas anteriores– pues en ésta, el reo contesta la demanda y se opone a las pretensiones de la parte actora, sin embargo al momento de evacuar la prueba correspondiente no ejecuta ninguna

---

<sup>37</sup> El artículo indica que en todos los juicios de divorcio, a excepción del divorcio por mutuo consentimiento, siempre debe abrirse la causa a prueba; aun cuando exista allanamiento del reo.

de las diligencias solicitadas, o las practica sin mayor trascendencia o motivación, demostrado más bien cierta indiferencia en el resultado final del litigio. Es decir, si bien niega los hechos que le son atribuidos, no lo hace de manera categórica y frontal, además de que tampoco introduce prueba que sea contundente para ejercitar su defensa.

La quinta opción es positiva o activa, en la cual la parte demandada efectúa una acertada y correcta fundamentación de sus excepciones, de manera coherente y lógica, buscando desvirtuar a la acción presentada por el actor del proceso.

Esta forma de contradecir tiene que ver con la correcta y oportuna presentación y práctica de pruebas que el reo solicita, actúa y judicializa de manera diligente dentro del proceso, prueba que más tarde permita ejercer una serie de alegatos tendientes a que sean desvirtuados todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho que se le plantearon, así como las pretensiones en su contra.

La sexta opción tiene que ver con una oposición de carácter formal, pues al igual que la anterior, busca desvirtuar las pretensiones que el actor ha formulado, pero esta vez desde una óptica más bien de carácter formal; para esto el demandado dirige su contestación a fallas de procedimiento, tales como la ilegitimidad de personería o la incompetencia del juzgador, las cuales podrían alterar el desenvolvimiento del juicio.

La séptima opción es presentar una reconvencción contra la parte actora, es decir, una contrademanda que propone un reclamo ante el mismo juez de la causa, que en razón de su materia y de su competencia, conocería tanto la demanda como la reconvencción. Esta contrademanda puede ser independiente o conexas<sup>38</sup> respecto a la acción principal. De esta manera, tanto los planteamientos propuestos por el actor, así como los propuestos por el reo en su reconvencción, serán estudiados y conocidos por el juez de la causa, quien deberá fallar sobre los mismos.<sup>39</sup>

Las señaladas son las posibles opciones para el demandado, que al ejercer su derecho a la contradicción, aporta, junto con las pretensiones de la parte actora, en la conformación del tema decidendum o materia de la decisión.

---

<sup>38</sup> La reconvencción puede ser conexas, cuando los fundamentos de la contrademanda versan sobre los mismos hechos que fueron planteados por el actor; y se denomina independiente o inconexas cuando los fundamentos propuestos en la reconvencción son distintos y diferentes a los que originalmente fueron planteados por el actor.

<sup>39</sup> Manuel Tama, *Defensas y Excepciones*, en Editorial EDILEX S.A., Guayquil-Ecuador, 2009. 1251

## **CAPITULO II**

### ***2.1 EL DIVORCIO UNILATERAL EN EL PROYECTO DEL NUEVO***

#### ***CODIGO DE FAMILIA.***

La Organización de las Naciones Unidas declaró el año 1.994 como el año internacional de la familia; con dicha declaración, las legislaciones del mundo entero empezaron a darle un enfoque mucho más concreto a la familia, como el ente socio económico en el cual se ven concentrados sus integrantes por vínculos de sanguinidad o afinidad, afianzados por un estatus económico, que en la actualidad se ha sometido a transformaciones muy radicales.

Muchos de los cambios producidos en la estructura familiar clásica, son resultado de factores sociales como el desempleo, la delincuencia, la migración, así como otros factores endógenos y exógenos que se han reflejado en el incremento de hogares con jefatura femenina, o el crecimiento de hogares unipersonales. En este escenario social se hace necesaria la incorporación de un Código de Familia que supere la estructura caduca del Código Civil.

Las legislaciones latinoamericanas han incorporado por siglos al Derecho de Familia como un componente o apéndice del Derecho Civil, razón por la cual se ha estudiado al Derecho de familia de una manera complementaria o anexa al área civil.

Al ser el Derecho una ciencia tan compleja como extensa, el principio de especialidad que debe expresarse en las distintas materias en que se desarrolla esta ciencia debe contar con un cuerpo normativo que permita una adecuada tutela de derechos, con la finalidad de garantizar su correcta aplicación.

Con estos antecedentes, en el año 1.999 la Comisión Legislativa Permanente de la Mujer, el Niño, la Juventud y la Familia del entonces Congreso Nacional de la República del Ecuador, desarrolló un proyecto conjunto con el Consejo Nacional de las Mujeres y BID- Projusticia para elaborar y desarrollar un Código de Familia para el Ecuador.

Bajo esta óptica, el Congreso Nacional aprobó en primer debate el Proyecto de Código de Familia, con la finalidad de dotar a la administración de justicia, al área académica, a la sociedad en general y a la familia en particular, de un Código de Familia que propenda al mejoramiento de la administración de justicia y que permita desarrollar con mayor eficacia los principios de debido proceso y especialidad en esta materia.

El Proyecto de Código de Familia, entre otras instituciones, visualiza al matrimonio como un fenómeno afectivo, incorporándolo como una institución laica que permite desarrollar a los individuos de acuerdo a sus necesidades afectivas. Entre otros aspectos, fortalece a la institución del matrimonio, en cuanto considera necesario aumentar la edad de los contrayentes.

De igual manera, el Proyecto de Código protege, y les da un nuevo giro a las jefaturas del hogar, abandonando la tradicional concepción de corte machista y adopta un nuevo esquema al tratarse de familias monoparentales, en las que el hogar está dirigido por una sola persona como padre, madre, hermano, etc., y en algunos casos, por personas sin vínculos de parentesco.

El Proyecto de Código también hace efectiva la valoración económica del trabajo doméstico, buscando una compensación equitativa a favor de la persona que realiza las actividades inherentes al hogar. Para esto se hace necesario encontrar un mecanismo que permita valorar en términos cuantitativos el trabajo doméstico, el tiempo empleado para el mismo y la colaboración recibida por los otros miembros del hogar.

El Proyecto de Código de Familia simplifica los procedimientos en cuanto al régimen de bienes dentro de la sociedad conyugal, buscando una equitativa administración de los bienes comunes por cuanto uno de

los problemas que con frecuencia se discute de manera considerable, es el desfase entre la disolución de la sociedad conyugal y su posterior liquidación, que en la actualidad se somete a un complejo procedimiento de liquidación, cuando los cónyuges no se ponen de acuerdo.

En cuanto al divorcio, el Proyecto del Código de Familia, mantiene el procedimiento consensual o por mutuo consentimiento, incorporando la obligación del juez para liquidar dentro del mismo juicio los bienes producto del patrimonio de la sociedad conyugal, como se ha mencionado anteriormente. El objetivo, de esta incorporación, es cambiar la noción de divorcio-sanción y reemplazarlo por divorcio-remedio, pretendiendo de esta manera disminuir aspectos traumáticos de la intimidad matrimonial, que actualmente son dirimidos –en el divorcio contencioso- a través de un sistema probatorio desacreditado que no se ajusta a la verdad de los hechos, pero que en gran parte es utilizado como un formalismo o requisito para obtener la sentencia dentro del juicio de divorcio.

Cabe señalar que pese a los esfuerzos que se realizaron, sobre el estudio, análisis y difusión de este Proyecto de Código de Familia, no se logró para la época en que fue debatido, un consenso que permita su aprobación en segundo debate, por cuanto los intereses políticos

primaron sobre la estructura y composición jurídica de aquel momento<sup>40</sup>.

De esta manera las reformas al Derecho de Familia, tuvieron que ser estudiadas y analizadas varios años más tarde, sin que los asambleístas que aprobaron las reformas al actual Código Civil, hayan entrado a analizar la incorporación del divorcio unilateral en el contexto jurídico ecuatoriano.

## ***2.2 PROBLEMAS PROCESALES QUE SE PUEDEN PRESENTAR EN EL DIVORCIO UNILATERAL***

Planteado así el divorcio unilateral, debemos analizar cómo podría desarrollarse al momento de que se lo incorpore al ordenamiento jurídico ecuatoriano, toda vez que en la aplicación de la normativa podríamos encontrar ciertos problemas procesales.

---

<sup>40</sup> Precisamente el año en que se plasmó la discusión de este proyecto de reformas al derecho de familia, y la posible aprobación de una normativa especializada en familia, el país atravesó una profunda crisis económica producto de un feriado bancario, que volcó toda la atención jurídica y social al sector económico, donde la actividad legislativa tuvo que entrar a debatir normas jurídicas relacionadas a solucionar este problema de índole económico financiero; razón por la cual las reformas relacionadas al derecho de familia, fueron puestas a un lado.

El derecho procesal es, desde el punto de vista jurídico, el instrumento idóneo con el que cuenta el Estado para dirimir por medio de diferentes actos jurídicos, la prestación jurídica que se pone de manifiesto en conocimiento de las autoridades encargadas de administrar justicia, con la finalidad de obtener una resolución en derecho.

Siendo el Estado el que mantiene el monopolio sobre la administración de justicia, debemos analizar cómo va a desarrollarse este proceso dentro del juicio de divorcio unilateral, y de esta manera, plantearnos cuáles serían los problemas procesales que podríamos encontrar en su tramitación.

Resulta interesante en este punto analizar la aplicación que ha tenido el divorcio unilateral en la República Oriental del Uruguay, y en Los Estados Unidos Mexicanos, cuya experiencia aporta al presente análisis para identificar sus fortalezas y posibles inconvenientes de orden procesal al momento de instaurar esta figura en la práctica.

En Uruguay, el divorcio unilateral, instaurado en las reformas de 1910<sup>41</sup> y promulgado a finales de 1913, fue ampliamente debatido en sede legislativa. Por una parte sus defensores, senadores Areco y Domingo Arena lo defendieron como la solución jurídica que permitía a

---

<sup>41</sup> Cabella Wanda, La evolución del divorcio en Uruguay (1950-1995), en Documento de Trabajo, Programa de Población Multidisciplinaria, en [www.programadepoblacion.edu.uy/enlazar/cabella\\_divorcio\\_1950-1955.pdf](http://www.programadepoblacion.edu.uy/enlazar/cabella_divorcio_1950-1955.pdf) 9 Agosto 2015. P 8

cualquiera de los cónyuges de manera unilateral presentar la demanda de divorcio en sede judicial, y de esta manera, dar trámite a la disolución de la sociedad conyugal. Por el contrario, quienes se oponían a la aprobación del divorcio unilateral, se amparaban en la tradicional posición conservadora de que el matrimonio debía ser indisoluble y para toda la vida.

Sin embargo, y después de varios debates, que para la época fustigaban de manera expresa a este divorcio unilateral como causa de la posible perdición de las mujeres y de la sociedad en general, el senador uruguayo Carlos Vaz Ferreira, realiza una defensa exhaustiva a favor de la mujer, alertando que en el sistema divorcio-sanción/divorcio-remedio, era la mujer quien más se vería favorecida con esta reforma. Por esta razón la ley se aprobó con el requisito de que, únicamente la mujer pueda presentar la demanda de divorcio unilateral.

Pese a que el divorcio unilateral, está reconocido en la legislación de Uruguay desde comienzos del siglo XX, éste proceso se ha convertido en un trámite muy complejo, pues debe someterse a por lo menos cinco audiencias entre las partes, y siempre con la estricta comparecencia de

la mujer a cada una de ellas, pues de lo contrario se entendería a la demanda como desistida<sup>42</sup>.

Este procedimiento exhaustivo, principalmente respecto a lo relacionado al fuero del demandado, ha convertido al divorcio unilateral en Uruguay, en una práctica poco utilizada pese a que en su momento se situó a la vanguardia de las legislaciones de América Latina.

Por su parte en México, el Derecho de familia, incorporó en su legislación el denominado divorcio incausado, divorcio exprés o divorcio unilateral<sup>43</sup>, como una respuesta jurídica a los divorcios contenciosos, los cuales basados en causales, no recibían la correcta y oportuna tutela judicial, considerando que las causales esgrimidas no revestían una carga probatoria eficiente al momento de practicar la prueba<sup>44</sup>.

Es por esta razón, que el 3 de octubre del 2008 se expidió el decreto por el cual se derogan normas sustantivas y adjetivas del Código Civil Mexicano y de la legislación adjetiva en dicho país, incorporándose a dicho ordenamiento la normativa encaminada a plasmar en el ordenamiento jurídico al divorcio incausado.

---

<sup>42</sup> Cabella Wanda, La evolución del divorcio en Uruguay (1950-1995), en Documento de Trabajo, Programa de Población Multidisciplinaria, en [www.programadepoblacion.edu.uy/enlazar/cabella\\_divorcio\\_1950-1955.pdf](http://www.programadepoblacion.edu.uy/enlazar/cabella_divorcio_1950-1955.pdf) 9 Agosto 2015. P 13

<sup>43</sup> En el Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos el tres de Octubre de 2008, se efectúa la reforma mediante la cual se incorpora en esta legislación el denominado divorcio incausado o divorcio unilateral.

<sup>44</sup> En nuestra legislación acontece algo muy similar con las causales de divorcio contempladas en el Artículo 110 del Código Civil, esto por cuanto en la práctica las mismas revisten una carga probatoria compleja para la parte actora, por cuanto si bien pueden existir desavenencias o desafueros dentro del matrimonio, no deja de ser menos cierto que justificar estos asertos se convierte en ocasiones en un verdadero galimatías jurídico, que lo único que ocasiona es desgaste y frustración para las partes.

La incorporación de esta norma obedece al hecho de que en la tradicional práctica judicial mexicana, el divorcio se daba ya sea de manera voluntaria -entendiéndose al mutuo consentimiento de los cónyuges para presentar la demanda de divorcio- y de manera contenciosa por causales, el cual permitía al cónyuge que era víctima de la falta de afecto conyugal de la otra parte, demandar el divorcio justificando una causal.

Con esta reforma lo que se ha venido dando en tribunales mexicanos, es una serie de lagunas jurídicas que tienen más bien que ver con los incidentes propios de un juicio de divorcio, como son el tema de las pensiones alimenticias, régimen de visitas, patrimonio, indemnizaciones por daños y perjuicios, etc.

La legislación mexicana advierte al cónyuge que demanda el divorcio unilateral, la necesidad de presentar aparejada a la demanda, una propuesta de convenio, en la que cada uno de los cónyuges podrá efectuar sus planteamientos sobre las expectativas que deban discutirse en el proceso; entendiéndose que en el divorcio unilateral, no se entra a discutir la causa que lo ha motivado, sino que lo que se entrará a debatir son los otros temas propios de una separación conyugal, y que tendrán que ser tratados por el juez.

En México, los detractores del divorcio unilateral afirman que el hecho de no ventilar las causas que motivan la declaración de divorcio, lejos de enmendar el tema de la agilidad y economía procesal, cuya demora ha sido propia de esta clase de litigios, lo que más bien hace en la práctica es distraer a la administración de justicia en lo relativo al bienestar de los miembros de la familia.

En la actualidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, máximo organismo judicial en los Estados Unidos Mexicanos, ha manifestado que la acepción de divorcio incausado no es la correcta, esto por cuanto si bien la ley faculta a un cónyuge presentar la demanda de divorcio en contra del otro, no se puede decir que no exista una causa o motivo de alguna naturaleza.

Los jueces de la mentada Corte, indican que el divorcio siempre tiene una causa inmediata y una última; siendo la causa el hecho mismo de la desavenencia propia del vínculo matrimonial, vale decir los verdaderos hechos que propician la presentación de la demanda (injurias, adulterio, abandono del hogar, etc....) y la razón última es el hecho de que se ha terminado el amor que existía entre los cónyuges, lo que hace que quien se sienta afectado presente la demanda de divorcio unilateral, por lo que la Corte aclara que no es verdad que no exista una causa o motivo que justifique el divorcio unilateral, sino que lo que no cabe, es expresarla en sede judicial. Se puede entender que este

pronunciamiento de la Corte tiene la finalidad de precautelar la intimidad y el derecho familiar en sí mismos<sup>45</sup>.

Como conclusión de las experiencias de Uruguay y México, los problemas de la aplicación en la práctica del divorcio unilateral se ven reflejados en su aspecto sustantivo y adjetivo, por lo que revisaremos, a nuestro entender que posibles soluciones pueden ser aplicadas para una correcta aplicación del divorcio unilateral en nuestra legislación.

### **2.2.1 LA JURISDICCION EN EL DIVORCIO UNILATERAL.**

Al plantearnos el estudio y análisis sobre la contradicción en el divorcio unilateral, una de las primeras interrogantes, tiene que ver con el tema relacionado a la jurisdicción, esto por cuanto al remitirnos a su naturaleza jurídica, surge la interrogante, de cómo una institución que se aprueba como unilateral, y queda al arbitrio voluntario y unilateral de uno de los cónyuges, puede ser sometida a un proceso de contradicción jurídica.

---

<sup>45</sup> Rico Álvarez Fausto y Garza Bandala Patricio ,*Derecho de Familia*, en Editorial Porrúa,México,2012, 97-14

Existen ciertos procedimientos que no ameritan litigio entre los particulares<sup>46</sup>, pues consisten en actos procesales que requieren ser solemnizados ante una autoridad competente designada por el Estado; estos asuntos de jurisdicción voluntaria, que no revisten litigio o controversia, incluso podrían ser entregados a una autoridad administrativa<sup>47</sup>.

Eduardo Couture<sup>48</sup> al respecto manifiesta que la jurisdicción voluntaria en verdad no debe ser considerada como tal, denominando a estos procedimientos como procesos especiales. Dentro de esta categoría encontraremos al divorcio por mutuo consentimiento. Al efectuar un análisis de la jurisdicción voluntaria, Couture indica que al estudiar en estricto sentido a la jurisdicción voluntaria, esta no tiene partes procesales, faltándole de esta manera el primer elemento de forma de la jurisdicción.

Ahora bien, revisaremos las consecuencias que podría ocasionar la incorporación de esta normativa en nuestra legislación, para ello y con la finalidad de que este trabajo, revise las bondades en caso de implementar el divorcio unilateral en nuestra legislación, nos permitiremos efectuar un análisis del divorcio unilateral con las normas contenidas en el nuevo Código Orgánico General de Procesos, con la

---

<sup>46</sup> Se denominan procesos voluntarios, los que no ameritan un trámite controvertido, procesos mediante los cuales el sujeto activo de la pretensión solicita al juez la legalización de un determinado hecho, sin que exista otra parte que pueda oponerse a este pedido.

<sup>47</sup> Francesco Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil*, Buenos Aires, 1959, 279.

<sup>48</sup> Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Editorial B d F, Cuarta Edición, Buenos Aires, 2002, 41

finalidad de encontrar las posibles complicaciones en su aplicación procesal.

La primera consideración procesal a establecer sobre el divorcio unilateral es la jurisdicción. Una de las características del divorcio unilateral, es la voluntad que uno de los cónyuges manifiesta con la presentación de la demanda, vale decir entonces que su decisión de manera primitiva es la voluntad de dar fin a su matrimonio.

Entonces esa voluntariedad que se necesita para accionar el divorcio unilateral, puede dar lugar a una confusión de conceptos, como ha sido ampliamente debatido en el campo de la doctrina<sup>49</sup>. En la práctica profesional, procesos que inician calificados como de jurisdicción contenciosa, pueden manifestar en su esencia un carácter de mutua voluntad o acuerdo entre las partes, como por ejemplo en un juicio de divorcio por causales, o de nulidad matrimonial, en el cual si bien las partes procesales son adversarias, el resultado de la controversia puede ser de interés bilateral, en tanto y en cuanto se persiga la misma respuesta por los litigantes para dar por terminado el vínculo matrimonial que los une. De este modo, en el aspecto formal los sujetos procesales son contrarios, pero en su resultado buscan obtener la misma resolución jurídica.

---

<sup>49</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, 103.

Por otra parte, encontraríamos dentro de la jurisdicción voluntaria procesos judiciales en los que como se ha manifestado no existe controversia o adversidad de manera aparente, como por ejemplo un juicio de divorcio por mutuo consentimiento, en el cual las partes desean obtener el mismo resultado jurídico; esto sucede en la disolución de la sociedad conyugal, pero podría terminarse convirtiendo en un proceso contencioso si por ejemplo, aceptado que ha sido el divorcio por mutuo consentimiento, no se ha arreglado el régimen de visitas o de pensiones alimenticias, teniendo incluso que abrirse la causa a prueba por estos motivos.

Lógicamente dificulta la comprensión del concepto sobre la jurisdicción y el divorcio unilateral<sup>50</sup>, el hecho de que en este último también bastaría el arbitrio y voluntad de uno de los contrayentes para que se pueda demandar el divorcio, pero en sede judicial, pues el divorcio unilateral es en esencia adversarial. Cabe señalar que el divorcio unilateral conlleva la contradicción como un elemento propio de su esencia con lo que se evidencia que el tipo de jurisdicción que rige en el divorcio unilateral es la contenciosa.

La contradicción está dada, no por el hecho de que las pretensiones del demandado son distintas y contrarias a las del actor, pues no se puede confundir, como ya anotamos en líneas anteriores, el derecho a la contradicción con las excepciones que pueden ser

---

<sup>50</sup> Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 17

planteadas por la defensa de la parte demandada, sino más bien el derecho a contradecir está en las actitudes procesales que puede tomar el demandado para hacer frente a las pretensiones del actor<sup>51</sup>. Por lo indicado, al tratarse de divorcio unilateral, estamos ante un procedimiento que ejercita el derecho a la contradicción.

### **2.2.2 EL PROCEDIMIENTO PARA EL DIVORCIO UNILATERAL.**

Vista la propuesta de incorporar el Divorcio Unilateral a la legislación ecuatoriana; conocemos que en el Código Orgánico General de Procesos, las audiencias se han incorporado de tal manera que únicamente en los juicios ordinarios se realizarán dos diligencias de audiencia, manteniendo una sola audiencia para los denominados procesos sumarios, encontrándose en esta clasificación el de divorcio contencioso; es decir la tendencia, en juicios de familia, se dirige a la práctica de una sola audiencia.

Nuestra propuesta en el presente trabajo es incluir el procedimiento sumario contemplado en el C.O.G.E.P. en el desarrollo del Divorcio Unilateral y analizar cómo se estructuraría su aplicación procesal en caso de que fuera aprobada la norma.

---

<sup>51</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, 207

“El derecho de contradicción existe desde el momento en que es admitida por el juez la demanda contenciosa, independientemente no sólo de la razón o sin razón que acompañe a la pretensión del demandante, sino de que el demandado se oponga o no a aquélla y proponga o no excepciones y de la seriedad de éstas, o desde el momento en que en contra de una persona surge en la investigación penal sumaria o previa una imputación, fundada o infundada.”

### **2.2.2.1 LA DEMANDA.**

En líneas anteriores nos referimos al proyecto de Código de Familia, el cual en su artículo 128, nos presenta una definición de divorcio unilateral, después de establecer los requisitos considerados para su presentación, como son el hecho de que el matrimonio haya durado por lo menos un año, el juez decretará el divorcio unilateral a petición de cualquiera de los contrayentes, sin necesidad de invocar motivo o justificar la pretensión.

Esta facultad deja en igualdad de condiciones a los cónyuges; recordemos que en la legislación uruguaya es la mujer la única facultada a presentar demanda de divorcio unilateral. En el proyecto de nuestro país, se hace igual que México, y se permite que cualquiera de los cónyuges pueda ejercer la acción, presentando la demanda.

La doctrina y la jurisprudencia resaltan la importancia que tiene para el juicio la correcta redacción de la demanda y la pretensión concreta efectuada por el actor; así se ha dicho que cualquier persona puede acudir ante los órganos de justicia y presentar una demanda en la que promueva sus pretensiones, las cuales deben estar enmarcadas en la moral y el orden público, además de que no deben estar prohibidas por la ley<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Manuel Tama, *La Demanda*, EDILEX S.A. , Guayaquil –Ecuador, 2006, 150

La reciente expedición del Código Orgánico General de Procesos, nos permitirá efectuar un análisis y estudio del divorcio unilateral, dentro del procedimiento sumario incorporado en dicha normativa, toda vez que este mismo procedimiento se utiliza para el trámite de divorcio contencioso, y como se dijo en líneas anteriores, las dos clases de divorcio son de jurisdicción contenciosa.

La demanda<sup>53</sup> debe ser presentada por escrito, y en la misma, después de consignar las generales de ley, así como los datos generales tanto del actor como del demandado, se solicita a quien propone la demanda, efectúe una narración de los hechos de manera detallada y pormenorizada; aquí nos encontraríamos con una salvedad tratándose de la demanda de divorcio unilateral, puesto que no hace falta la explicación del motivo o causal para que proceda el divorcio.

El juez conoce de las pretensiones por medio de la demanda; de ahí que la misma debe contemplar una serie de requisitos y formalismos acordes con el derecho adjetivo. En el divorcio unilateral, el actor al momento de presentar su demanda no necesita pormenorizar y describir con exactitud sus fundamentos de hecho, especialmente los que se relacionan con la causa o motivo para presentar la demanda. De igual manera, el actor debe anunciar los medios probatorios con los

---

<sup>53</sup> Artículos 141 y siguientes del Código General de Procesos.

cuales justificará los hechos alegados, incorporando además las pretensiones de manera clara y precisa<sup>54</sup>.

La redacción correcta de la demanda permite al juez, así como a la parte demandada, conocer los puntos esenciales sobre los cuales se trabará la litis, de ahí que la demanda no debe ser obscura, confusa o incoherente, por cuanto las excepciones que serán alegadas por el demandado, se fundamentarán también en el libelo inicial; todo esto en base al principio *iura novit curia*, que faculta a los jueces en ocasiones a suplir las omisiones de derecho, siempre y cuando los fundamentos fácticos y la petición clara y concreta del actor, permita colegir dichos cambios<sup>55</sup>.

En relación a la demanda en el divorcio unilateral, se entiende que la misma deberá contener los justificativos que permitan al juez conocer, entre los fundamentos de hecho, que se trata de un matrimonio que tiene cumplido un año como mínimo desde su celebración, y en el cual uno de los cónyuges manifiesta de manera clara su voluntad de dar por terminada la relación conyugal.

Ya se dijo que la parte interesada deberá presentar por escrito la demanda con el respectivo anuncio de pruebas<sup>56</sup>; tratándose de la

---

<sup>54</sup>Artículo 142 Código General de Procesos.

<sup>55</sup>Manuel Tama, *La Demanda*, 149-173

<sup>56</sup> COLEF, Gabriela Carolina, *Revista de Derecho Procesal II*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina 89.

demanda de divorcio unilateral, las pruebas que deben ser aparejadas a la demanda por parte del actor, se estarán a las que justifiquen conforme a derecho los supuestos procesales contemplados en la institución, esto es que a través de la prueba documental, por ejemplo con la presentación de la partida de matrimonio, se justifique que los cónyuges se encuentran casados por lo menos un año, y que por este hecho la ley faculta a cualquiera de los cónyuges a presentar la demanda de divorcio unilateral.

---

“El juicio de divorcio puede iniciarse de tres maneras diferentes y en cada una de ellas las posibilidades probatorias presentan variaciones.

La primera manera (sin que el orden tenga ninguna significación especial) es el acceso al proceso a través de una acción de divorcio por mutuo consentimiento o acuerdo: En este caso, acompañando al escrito de iniciación tan sólo la acreditación de la existencia del matrimonio y la manifestación de causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común ( o que impiden la continuación de la vida en común, tal como modifica el Proyecto de Unificación Civil y Comercial), nos encontramos ante una instancia procesal que, previa la celebración de las dos audiencias de ley, nos llevará a la obtención de una sentencia acorde a las pretensiones sin necesidad de abrir etapa probatoria alguna.

En segundo término y teniendo como base la circunstancia de encontrarse los cónyuges separados de hecho por el plazo de ley, el proceso se circunscribirá a la demostración del hecho de la separación y del tiempo transcurrido, a cuyo efecto recurriremos a la prueba confesional, sin perjuicio de la voluntad de alguno de los cónyuges de alegar y probar su falta de culpa (este tema será desarrollado ampliamente en la prueba confesional).

La tercera manera de entablar el juicio de divorcio es la contenciosa, que apunta a declarar la culpabilidad de uno de los cónyuges en el fracaso del matrimonio. Es aquí donde el abogado litigante deberá desplegar su artillería de medios probatorios tratando de demostrar acabadamente los hechos imputables al culpable. En este punto conviene detenerse en dos aspectos fundamentales: ¿Qué hechos deben ser probados?; ¿cuáles son los medios probatorios admisibles?

### **2.2.2.3 LA CITACION.**

Una vez que la demanda ha sido presentada en sede judicial, después de que el juez la califique de clara y completa, ordenará que se proceda a la citación de la parte demandada; esta diligencia debe cumplirse ya sea citando al demandado en persona, o por medio de tres boletas que deben ser fijadas en su lugar de domicilio; y de ser el caso, se dispondrá que la práctica de esta diligencia de citación se la efectúe a través de los medios de comunicación<sup>57</sup>.

Sin embargo, debemos analizar, si en la práctica procesal se podrían presentar ciertas acciones tendientes a desarrollar un fraude procesal, especialmente en lo referente a la citación por los medios de comunicación; más aún cuando se trata de dos personas que habiendo contraído matrimonio, proceden a separarse, no siendo muy lógico que pierdan todo contacto posterior que permita determinar su paradero, más aún en el caso de que hubiese hijos.

Uno de los inconvenientes que se ha dado en varios juicios, era la práctica de la citación por la prensa, que en ocasiones, no respondía a la verdad de los hechos, y en la que bajo juramento el actor indicaba

---

<sup>57</sup> El Código General de Procesos mantiene la modalidad de citación que es de público conocimiento; sin embargo ha efectuado novedosas incorporaciones en lo relativo con la citación tanto en medios telemáticos y en los medios de comunicación; ampliando de mejor manera el espectro de posibilidades mediáticas que deberán ser aprobadas para su difusión por el juez que conoce de la causa. Estos son la posibilidad de hacer conocer del contenido de la demanda y de su calificación mediante el correo electrónico del reo, dirección que deberá ser entregada por la parte actora, sin embargo esta diligencia no constituye per se la citación propiamente dicha. Con aprobación del juez que conoce la causa se pueden enviar mensajes radiales según lo dispone el numeral 2 del artículo 56 del C.O.G.E.P.

desconocer el domicilio del reo, y de igual manera decía haber agotado toda diligencia que permita dar con su paradero o residencia, obteniendo de esta manera el extracto de citación, para publicarlo por la prensa.

Posteriormente, el remedio fue peor que la enfermedad, ya que este juramento bastaba para consagrar el uso de la citación por la prensa de forma fraudulenta. La Corte Constitucional, con la finalidad de precautelar los derechos de la parte demandada, dictó una sentencia con carácter vinculante<sup>58</sup>, mediante la cual, los jueces disponen al actor efectuar tanta diligencia le fuere posible, disponiendo se oficie a cuanta institución pública se conozca con la finalidad de que la misma informe si en sus archivos existen datos que se relacionen al paradero o domicilio del reo.

Esta práctica, lamentablemente ha ocasionado una erosión de los procesos judiciales y un atentado a la economía procesal, esto por cuanto el tiempo de contestación en el que las dependencias públicas dan respuesta a este pedido, es demasiado extenso, y si consignan una dirección ambigua o no verificable de manera directa, como el domicilio electoral por ejemplo, el viacrucis judicial es aún peor<sup>59</sup>.

---

Sentencia No. 0 035-15-SEP-CC, caso N.º 1395-12-EP.

<sup>59</sup> En la ciudad de Ambato las denominadas unidades judiciales, ya sean civiles, mercantiles, de la familia etc., adoptaron de manera equivocada la implementación de esta sentencia, ocasionando una dilación innecesaria de meses inclusive, con la finalidad de que el actor recabe las contestaciones de los estamentos públicos; esto por cuanto de manera arbitraria e inconsulta los jueces ordenan se oficie - cada uno a su mejor criterio- a distintas instituciones públicas como el GADMA Municipal, Consejo Electoral, Servicio de Rentas Internas, Registro Civil, Jefatura de Migración, entre otras. La norma es taxativa y

#### **2.2.2.4 CONTESTACIÓN A LA DEMANDA. DEFENSAS, EXCEPCIONES Y ANUNCIO DE PRUEBA.**

Cumplida la citación, el demandado, dispone de quince días término para presentar la contestación a la demanda<sup>60</sup>, para proponer sus excepciones en derecho sean dilatorias o perentorias<sup>61</sup> y de igual manera anunciar las pruebas de las cuales se cree asistido. Entendemos que la carga probatoria del reo de igual manera se limitará a justificar en derecho que el juez carece de competencia para conocer de la demanda deducida por el actor; o bien justificar que éste no ha cumplido los requisitos exigidos en la ley para la presentación de su demanda de divorcio unilateral.

En los procesos sumarios no se puede reformar la demanda, y únicamente se admite la reconvención conexas. Esto ratifica la importancia de redactar correctamente la demanda de divorcio unilateral; pero ¿qué pasaría si el actor cometió un desliz en su redacción del libelo de demanda y no puede ser reformado? En este

---

clara, si el actor rinde un juramento ante la autoridad competente, mismo que le significaría un delito de perjurio, en caso de que no diga la verdad, no se hace necesario notificar a tanto organismo se le ocurra en gana al juez de turno, con el ánimo de justificar un domicilio, una dirección probable en la que se pueda encontrar al reo. Se debe considerar también al actor, quien ha acudido a sede judicial, con el, ánimo de obtener de la administración de justicia una respuesta a su pretensión, siendo que en muchas de las veces, debe desistir de la misma por la aplicación de esta disposición, que no es nada práctica.

<sup>60</sup> El artículo 333 del Código General de Procesos establece que el término para dar contestación en todos los procesos sumarios es de quince días término, a excepción de los juicios de la niñez y adolescencia donde el término se reduce a diez días término.

<sup>61</sup> En el Proyecto de Código de Familia, el artículo 128 define lo que es el divorcio unilateral, conteniendo en dicha normativa también el procedimiento que debe ser seguido por los sujetos procesales, y en cuanto a las excepciones sólo contempla la de incompetencia del juez; sin que se pueda considerar algún otro tipo de excepción.

caso la consecuencia es que la parte actora tendría que proceder al retiro de la demanda<sup>62</sup>.

#### **2.2.2.5 LA AUDIENCIA.**

Una vez contestada la demanda, o en rebeldía el juez, debe señalar día y hora en los cuales se ha de desarrollar la audiencia única dentro del proceso sumario. Esta audiencia se desarrolla a su vez en dos etapas; la primera que es de saneamiento, fijación de los puntos del debate y de conciliación<sup>63</sup>. Y la segunda etapa que es para evacuar la prueba y exponer los alegatos por cada una de las partes en litigio y resolverlo.

En la primera fase o etapa, como se ha dicho, se busca el saneamiento del proceso, con la finalidad de que no se produzca una nulidad por vicios dentro de la tramitación de la causa<sup>64</sup>. Así mismo, en esta primera parte de la audiencia se fija los puntos del debate, que como se ha manifestado en líneas anteriores, tendría que ser en todo lo relativo al régimen de alimentos y visitas de los hijos menores de edad, o con algún tipo de discapacidad.

---

<sup>62</sup> El artículo 236 del Código General de Procesos dispone el retiro de la demanda, antes de que se haya citado a la parte demandada; en este caso el juez debe ordenar su archivo; volviendo las cosas al estado mismo en que se encontraban antes de que la demanda sea presentada. También permite al actor volver a presentar la demanda y ejercer una nueva acción.

<sup>63</sup> Numeral 4 del artículo 333 del Código General de Procesos

<sup>64</sup> Vicios In procedendo”. Vicios In Iudicando

Dada la naturaleza del divorcio unilateral, se comprende este procedimiento, toda vez que como ya habíamos indicado, una de las características propias del divorcio unilateral, es que no se hace necesario invocar causal o justificar motivo por el cual se ha solicitado el divorcio, aun cuando el cónyuge demandado no esté de acuerdo en divorciarse.

En la audiencia a desarrollarse dentro del proceso sumario, todavía dentro de la primera fase, se contempla la conciliación, actividad jurídica que es inherente a todos los procesos, sin que el divorcio unilateral sea una excepción.

La conciliación debe ser manejada por el juez personalmente, en apego al principio de inmediación; así puede garantizarse una correcta y oportuna etapa conciliatoria para las partes procesales.

Al tratarse de derecho de familia, las resoluciones que puedan tomarse dentro de un juicio, no necesariamente van a satisfacer a los sujetos procesales, como si puede ocurrir en otro tipo de procesos ; puesto que un litigio entre las partes, no siempre satisface del todo las necesidades y deseos de los miembros del núcleo familiar, especialmente de los niños; razón por la cual el juez debe poner de

manifiesto su más alto grado de compromiso y conocimiento académico y jurisprudencial para salir adelante<sup>65</sup>.

Sin embargo, hay que anotar que al tratarse de un divorcio unilateral, la fase conciliatoria, podría en la práctica caer en un desuso, por cuanto se considera que los cónyuges no se encuentran en su mejor momento para acceder a un arreglo sobre la disolución de la sociedad, respaldada en el mito de que, si una pareja en proceso de divorcio no puede hablar constructivamente, si llegaran a coincidir, no se habrían divorciado<sup>66</sup>.

Cumplida con la primera fase dentro de la audiencia del juicio sumario, se pasaría a la segunda etapa que tiene que ver con la práctica de la prueba y los alegatos.

#### **2.2.2.6 LA PRUEBA.**

Tanto actor como demandado debieron acompañar, al momento de la presentación de la demanda, como al momento de dar contestación por parte del reo; los anuncios de prueba serían

---

<sup>65</sup>Wagmaister Adriana, El Procedimiento Judicial como causa de la litigiosidad en los casos de familia, una alternativa para la humanización de los divorcios de parejas con hijos en *Revista de Derecho Procesal ,Derecho Procesal de Familia II*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires ,2002-2, 40

<sup>66</sup>Wagmaister Adriana, El Procedimiento Judicial como causa de la litigiosidad en los casos de familia, una alternativa para la humanización de los divorcios de parejas con hijos en *Revista de Derecho Procesal ,Derecho Procesal de Familia II*, 38

judicializados por los sujetos procesales, al momento de evacuar su prueba.

Dentro de la audiencia única, en la segunda fase, se evacua la prueba. La carga probatoria en el juicio de divorcio contencioso, tiene que ver con la capacidad de demostrar y evidenciar los hechos que han sido denunciados por parte de un cónyuge en contra del otro, a fin de demostrar que se ha cumplido la causal invocada. Por la propia estructura familiar, la prueba necesaria para evidenciar los hechos materia del divorcio, es bastante compleja y los hechos que se deben justificar, frecuentemente muy difíciles de probar.

Al revisar las causales que se contemplan en la ley para que proceda el divorcio contencioso, se evidencia que son por lo general de carácter externo<sup>67</sup>, vale decir, que por su naturaleza, deben reproducirse ante la presencia de terceras personas. Generalmente, respecto a los hechos que se debe probar en un juicio por causal (adulterio, sevicia, maltratos físicos, injurias etc.), no existen testigos, ni otros medios de prueba que sean viables. <sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Las causales de divorcio son de origen externo e interno, las primeras tienen que ver con todas las actitudes expresadas de manera pública y general por un cónyuge en contra del otro. Mientras que las internas, son más bien las que se manifiestan en forma intrínseca dentro de la convivencia conyugal.

<sup>68</sup>El Código de Procedimiento Civil aplicable en los juicios de divorcio, contempla que testigos pueden ser calificados como idóneos y cuales como no idóneos. En razón del parentesco no pueden ser testigos de una de las partes procesales sus sanguíneos hasta el cuarto grado y sus afines hasta el segundo. Esta prohibición, en la práctica ha traído una gran complicación al momento de presentar testigos para justificar los fundamentos de hecho de una de las partes; toda vez que quienes comparecen al no ser familiares directos, en muchas de las ocasiones no han conocido a cabalidad los hechos que propiciaron la separación de los cónyuges, y en algunos de los casos, al ser requeridos como testigos, es que se enteran, conocen y se informan que los sujetos procesales están tramitando dicha disolución conyugal. Los problemas y desavenencias conyugales en muchas de las ocasiones se producen en frente de los

Ahora bien, en el divorcio unilateral, se elimina el problema probatorio que existe respecto al divorcio contencioso por causal, pues el objeto de la prueba se limita a los hechos alegados en los fundamentos fácticos de la demanda y que corresponden a los requisitos de procedencia, correspondiendo a la parte actora probarlos. En definitiva, en el juicio de divorcio unilateral, el actor, a través de los documentos públicos del caso, debe únicamente acreditar que cumple con los requisitos de forma y tiempo para demandar en sede judicial mediante éste tipo de trámite.

Es precisamente esta facilidad en el aspecto probatorio, la que convierte al divorcio unilateral en una de las soluciones más adecuadas dentro de un sistema de justicia, para que se verifique el divorcio, sin la necesidad de penetrar en asuntos de índole más privada o reservada que pueden ocurrir dentro de un matrimonio. La no expresión de una causal, convierte a esta clase de divorcio en el vehículo más dúctil con el que podrían contar los matrimonios en crisis en el país, para ejercer este procedimiento.

Así, la implementación del divorcio unilateral protegería la intimidad de los hogares ecuatorianos, que pueden encontrarse muy convulsionados por historias de maltrato, infidelidad o sevicia conyugal,

---

familiares, siendo por esta razón , quienes deberán ser citados a declarar lo que conocen, y de esta forma solventar de mejor manera el procedimiento jurídico que se emplea en el divorcio contencioso.

y en muchas ocasiones, la parte que es víctima de esta conducta, no puede salir de ésta situación, pues en la práctica no puede probarlo.

Por su parte, cabe anotar que los detractores del divorcio unilateral, encuentran en esta falta de causal o de justificación, una debilidad de éste procedimiento, pues sostienen que bastaría el simple arbitrio o incluso capricho de uno de los cónyuges para que proceda el divorcio unilateral.

Evacuada la prueba de conformidad al procedimiento establecido en la ley, el juez dictaría sentencia al concluir la misma audiencia, aunque conforme lo señala el Código, se podría diferir este momento hasta por 48 horas, siempre que se necesite más tiempo para expedir la resolución o practicar alguna prueba, lo que parecería de primera mano innecesario en lo que respecta al divorcio unilateral por las razones señaladas.

Cabe indicar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en el que prima el interés del menor como garantía jurisdiccional, el juez de familia está obligado a que previo a dictar la sentencia de divorcio, se debe arreglar la situación económica de los hijos habidos en el matrimonio, siempre y cuando sea del caso.

### **2.2.2.7 AUDIENCIA DE FAMILIA Y RESOLUCION DE ALIMENTOS Y VISITAS.**

La justicia especializada en derecho de familia aplica en su procedimiento y resoluciones los principios, derechos y obligaciones consagrados en la Constitución, así como en tratados internacionales, tales como la Convención de los Derechos del Niño. En la aplicación de su normativa adjetiva y sustantiva prevalecen los principios de gratuidad, legalidad, especialidad reserva, debido proceso, oralidad así como el de interés superior del menor.

Como se ha mencionado anteriormente, de conformidad con el principio de interés superior del menor<sup>69</sup>, consagrado como garantía constitucional en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, le correspondería de manera obligatoria al juez que conoce del juicio de divorcio unilateral, resolver previamente sobre el régimen de visitas y el tema de las pensiones alimenticias que deben ser sufragadas por el progenitor a quién no se le ha dejado el cuidado de los hijos menores de edad, o de los hijos con algún tipo de discapacidad que limite sus funciones o le impida desarrollar su vida de manera regular. Esta

---

<sup>69</sup> Fallo de triple reiteración: los jueces deben velar por el interés superior de los niños en la administración de justicia. Gaceta # 1 Serie XVIII. Juicio ordinario # 82-1.999/ Resolución # 140-2.001/ Juicio Ordinario # 146-2.001/ Resolución # 137 – 2.003 / Juicio Ordinario # 05 – 2.003/ Resolución # 313 – 2.003 Registro Oficial # 352 del 9 de junio de 2.004.

premisa deberá ser observada por el juez que deba fallar dentro de la audiencia única en el juicio de divorcio unilateral.

La audiencia única del juicio de divorcio unilateral el juez debe procurar que las partes litigantes lleguen a un acuerdo conciliatorio que pueda poner fin al proceso. Incluso, el juez puede remitir la causa a uno de los centros de mediación, con la finalidad de que el asunto de familia pueda terminar en un advenimiento de los litigantes, considerando que por el litigio la estructura familiar se encuentra debilitada. Esta estrategia judicial propugna humanizar el proceso, y obtener de esta forma una posible solución favorable a los miembros del núcleo familiar.

Cabe anotar que tanto la conciliación, como una posible mediación en estos casos, puede no ser útil para terminar el litigio, pero sí para solucionar los temas relacionados a las pensiones alimenticias<sup>70</sup> y al régimen de visitas<sup>71</sup>.

En temas de niñez y adolescencia el C.O.G.E.P. dispone en su Artículo 333 numeral 4, términos más cortos para la resolución de estas causas; mas sin embargo el divorcio, en cualquiera de sus modalidades o causales se mantiene dentro del ámbito jurisdiccional de

---

<sup>70</sup> “Ella supone la concurrencia de tres elementos: 1- ) determinada vinculación entre alimentante y alimentado; 2- ) necesidad del alimentado; 3- ) posibilidad económica del alimentante. En efecto, se parte de la base de que quien pide los alimentos los necesita, y de que quien debe prestarlos puede hacerlo, porque sus condiciones económicas lo permiten y su vinculación con el alimentado lo exige.”

<sup>71</sup>Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, EDIAR, Buenos Aires, 1.981. 344

la mujer y la familia, por lo que los términos a emplearse son los concedidos de manera regular en el trámite sumario.

#### **2.2.2.8 LA SENTENCIA O AUTO RESOLUTORIO**

La demanda que fue presentada en el ejercicio del derecho a la acción formulada por la parte actora, se ha sujetado a un procedimiento que garantizado por la ley, debe concluir con un pronunciamiento por parte del juez de instancia.

La sentencia es un acto que le compete de manera directa al juez, comprende un ejercicio de razonamiento lógico que el juez debe aplicar en relación con los hechos que se le han puesto en su conocimiento<sup>72</sup>.

Los sujetos procesales han puesto su decisión en manos del juez, quién legítimamente investido de su jurisdicción debe emitir su sentencia, para ello el juez deberá ser precavido al momento de analizar

---

<sup>72</sup> “La sentencia es el juicio y, como tal, un acto de inteligencia y voluntad. No se trata de reiterar conceptos conocidos sobre el proceso lógico y psicológico de formación del fallo. En él deben prevalecer el juicio crítico, la apreciación razonada, pero también influyen valoraciones psicológicas, impresiones y actos de pura voluntad. La sentencia no puede encerrarse en el esquema rígido del silogismo clásico que ponía a la ley como premisa mayor y a los hechos como premisa menor para llegar a la conclusión decisoria. Los hechos tienen por sí mismo, en la apreciación técnica del juez, significación jurídica, y la sentencia es el producto de una labor de síntesis en que razonamiento y voluntad se combinan. De la Rúa, Fernando, *Teoría General del Proceso*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1991, P.136

su contenido, pues debe resolver todas y cada una de las pretensiones que le han sido puestas a su consideración.

Conforme al Código Orgánico General de Procesos, el juez debe pronunciar su sentencia o auto resolutorio de manera oral en la audiencia, una vez que se haya evacuado la prueba y se haya efectuado los alegatos en derecho.

Pero en el caso del divorcio unilateral, la sentencia sería apelable únicamente en caso de que se haya negado el divorcio, lo que nos enfrenta hipotéticamente a que le corresponde al actor del juicio de divorcio unilateral presentar el recurso de apelación, cuando la sentencia le resulte desfavorable, no pudiendo apelar la otra parte sobre este tema en particular.

Aquí encontramos un trato diferencial en el derecho que les puede asistir a los litigantes por cuanto una de las características del divorcio unilateral es el hecho de que el demandado no puede oponerse a la acción propia del divorcio unilateral, que ha sido ejercida o solicitada por la otra parte; de ahí que el recurso de apelación pueda ser interpuesto únicamente por el actor del proceso, siempre y cuando sea denegada su pretensión.

Bajo el principio *iura novit curia*, el juez una vez que conoce los hechos, debe resolver conforme a derecho, de modo que el juez debe conocer la pretensión formulada por el actor y confrontarla con las

excepciones planteadas por el demandado. Así, de una manera objetiva y clara, el juez debe analizar los hechos fácticos que las partes le han mostrado en el juicio y emitir su fallo.

El juez observará entonces que el actor haya justificado los supuestos procesales propios del divorcio unilateral, esto es que el matrimonio haya durado por lo menos un año desde su fecha de celebración; que la solicitud haya sido formulada por uno de los contrayentes que ha manifestado de manera expresa su voluntad de dar por terminada su unión matrimonial, sin necesidad de que se le pida al actor expresar la causa o motivo de su pretensión.

#### **2.2.2.9 RECURSOS QUE CABRIAN CONTRA LA RESOLUCION**

De esta sentencia las partes pueden, presentar los recursos horizontales que la ley admite recurrir . La ley permite interponer el recurso de aclaración en caso de que la sentencia sea ambigua, oscura o dudosa; permitiendo también interponer el recurso de ampliación cuando en la sentencia o resolución no se ha pronunciado el juez sobre

algún punto controvertido . Y cabría igualmente un recurso vertical de apelación.<sup>73</sup>

Parte importante de la propuesta de este trabajo es resaltar el principio de contradicción que existe dentro del divorcio unilateral. Dentro de este contexto, resulta importante resaltar que precisamente el hecho de que la sentencia pueda ser impugnada, se traduce en una de las garantías propias del derecho de contradicción que se plasma en la correcta tutela judicial efectiva en el procedimiento empleado.

Las sentencias y resoluciones judiciales dictadas dentro de los procesos son generalmente impugnables por la parte que se considere perjudicada en sus intereses y que estima injusta la decisión emitida por el juez, pues con el fallo emitido se han lesionado o perjudicado de alguna manera a una de las partes y esta considera que por intermedio de un recurso podría obtener una revocatoria de esa resolución que no le ha sido favorable a su pretensión y que le ha ocasionado el primer fallo.

El recurso de apelación es un acto procesal interpuesto por la parte que busca obtener una modificación al fallo original dictado por el juez de instancia, y como ya anotamos en líneas anteriores, dentro del juicio de divorcio unilateral únicamente podría ser interpuesto por el

---

<sup>73</sup> Conforme lo dispone el C.O.G.E.P. los recursos verticales y horizontales deben ser interpuestos por los sujetos procesales en la misma Audiencia y una vez que el Juez de la causa dicte su resolución. Así lo estipula el Artículo 79 de dicho cuerpo de leyes.

actor del proceso y en el único supuesto de que su pretensión haya sido rechazada en sentencia.

Por su parte el demandado no puede apelar de la sentencia en la que se falla y se acepta el divorcio unilateral, entendiéndose que es únicamente sobre este particular y concreto aspecto que no puede recurrir, no así en lo relacionado a la fijación de pensiones alimenticias o al régimen de visitas, de los cuales pueden apelar los comparecientes.

Conforme el Código Orgánico General de Procesos, el recurso de apelación contra la resolución final puede concederse con los efectos suspensivo o devolutivo; mientras el primero detiene la ejecución de la sentencia, hasta que se dilucide con claridad el reclamo o impugnación efectuada en dicha sentencia, el segundo, si bien permite que la sentencia o resolución sean conocidas por el tribunal de alzada y de esta manera se examine la causa por un órgano jerárquico superior, permite que se ejecute la sentencia por el juez aquo mientras se resuelve el caso en segunda instancia.

En el divorcio unilateral la apelación se daría en efecto suspensivo por cuanto el actor es el único que se encuentra facultado a apelar, impugnación que la realizará únicamente si le es adversa la pretensión, como lógica consecuencia estamos ante una apelación con efecto suspensivo, pues no podría alterar el estado civil del recurrente mientras no se haya resuelto la impugnación.

## **CAPITULO III**

### **3.1 CONSIDERACIONES RESPECTO AL DIVORCIO UNILATERAL.**

En el presente trabajo se ha realizado un estudio sobre el divorcio unilateral, partiendo de la hipotética aplicación de un proceso adjetivo, como es el proceso sumario incorporado por el C.O.G.E.P., en la implementación de la norma que abarca al divorcio unilateral, con la finalidad de justificar la relevancia que su incorporación tendría en el sistema judicial ecuatoriano, con énfasis en las estructuras sociales que han venido insistiendo en su vinculación<sup>74</sup>.

También se indicó en líneas anteriores que el entonces Congreso Nacional, conoció y debatió el Proyecto de Código de Familia, que entre otras instituciones, contempla la incorporación de divorcio unilateral; proyecto que sin embargo no siguió el trámite de ley, razón por la cual no se pudo obtener su aplicación para la época de discusión parlamentaria.

---

<sup>74</sup> Durante el presente trabajo, hemos abordado el estudio de los principios que regulan el Derecho de Familia, en su proyección como derecho social, que ha permitido incluir a grupos vulnerables o que en siglos pasados fueron discriminados.

No sólo el estatus de divorciado/divorciada, era considerado degradante y de muy polémica presentación en el estrato social de manera especial para la mujer, que se convertía en blanco de críticas y comentarios poco ortodoxos.

Sin embargo, en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 526 de fecha 19 de junio del 2015, se aprobaron algunas reformas al Código Civil ecuatoriano, reformas que buscan de alguna manera servir como sustento a esta nueva tendencia del Derecho de Familia.

Debemos analizar los fundamentos que nos permitan incorporar nuevas reformas al Código Civil, relacionadas con la incorporación del divorcio unilateral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Como corolario de esta investigación, pretendemos revisar aspectos inherentes en la actualidad al juicio de divorcio, como la apología del abuso del derecho en los juicios de divorcio, de manera específica en lo concerniente a la citación; para ello efectuaremos también una crítica a las causales que se encuentran contempladas en la legislación ecuatoriana.

### **3.1.1 FUNDAMENTOS PARA REFORMAS AL CODIGO CIVIL.**

#### **3.1.1.1 INDICE BAJO EN MATRIMONIOS, INDICE ALTO EN DIVORCIOS.**

Si la familia es la célula fundamental de la sociedad, no cabe duda que el matrimonio ha influido de manera directa en su composición y desarrollo, lo que ha permitido que la sociedad evolucione de manera progresiva.

Dentro de esta óptica se pone de manifiesto el hecho mediante el cual la sociedad contemporánea utiliza la institución del divorcio como una de las diligencias judiciales más frecuentes entre sus relaciones sociales. Considerando que hasta mediados del siglo XX se tenía un marcado rechazo a las personas divorciadas, quienes no eran bien recibidas dentro del grupo social de aquel entonces.

Diversos factores inciden de manera directa e indirecta en el desarrollo del divorcio como tal. Y es en la sociedad donde efectivamente se puede tabular la incidencia en el incremento del divorcio; teniendo como contrapartida la disminución del matrimonio.

El Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) realizó una encuesta a nivel nacional, en el período comprendido entre el 2.004 y el 2.013, la cual evidenció que en nuestro país, los matrimonios se redujeron en un 14.71%, mientras que el índice de divorcios se situó en el 87,73% en el mismo periodo.<sup>75</sup>

Citando la misma fuente se puede apreciar que mientras los hombres en promedio, contraen matrimonio a los 33 años de edad, las mujeres lo hacen a los 32 años de edad; mientras que el divorcio se da en promedio a los 45 años para los hombres y a los 41 años de edad para las mujeres.

De igual manera, el INEC proporciona un dato estadístico interesante en relación a las causales de divorcio, siendo que el 50% lo hace por mutuo acuerdo entre los contrayentes, seguido en un 25% por la causal de abandono del hogar, un 20% por causas que se ignoran, según indica la encuesta, situando al resto de causales con menos del 1%.

Los resultados estadísticos planteados, permiten reflexionar sobre la importancia y necesidad de introducir una institución como la del divorcio unilateral, pues como se ha dejado evidenciado, prácticamente el 50% de juicios de divorcio se encuentran en una categoría diferente al

---

<sup>75</sup> Consulta realizada en [www.ecuadorencifras.gob.ec](http://www.ecuadorencifras.gob.ec) con fecha jueves 26 de noviembre de 2015, a las 16H40 minutos. Esta información ha sido presentada por el Instituto Nacional de Estadística y Censos.

mutuo acuerdo, juicios que al invocar una de las causales propias del juicio contencioso, conllevan un problema en la práctica de la prueba, lo que nos conduce al abuso del derecho en el que pueden incurrir los contrayentes, cuando se les hace necesario proseguir con el divorcio, como lo veremos a continuación.

### **3.1.1.2 ABUSO DEL DERECHO.**

Una de las principales motivaciones en el presente trabajo, ha sido transparentar la correcta utilización de la institución denominada divorcio, esto por cuanto en el ejercicio de la práctica profesional, los abogados litigantes nos encontramos con un listado taxativo de causales que deben ser utilizadas para tramitar el divorcio.

Siendo que en la gran mayoría de las veces, por las circunstancias propias en las que se desarrollan los problemas conyugales, la reproducción de estas causales, se convierten en una verdadera odisea tanto para los justiciables, como para los operadores de justicia.

En la práctica se ha desarrollado un abuso del derecho en este sentido, por cuanto causales como la de adulterio, en la que como

sabemos debe probarse la cópula carnal, se convierten en temas de una intimidad propia de la pareja, y que de alguna manera impide tanto a las partes como a sus abogados utilizar la causal específica, por la complejidad que conlleva su reproducción en la fase probatoria.

Los derechos creados por el hombre en sociedad deben cumplir un fin social, los derechos deben ser utilizados en razón de su espíritu, no pueden ser puestos al servicio de la malicia, la mala fe, o con la voluntad de perjudicar a otro, pues de hacerlo de esta manera , sus titulares no harían uso de ellos, sino que cometería un abuso del derecho<sup>76</sup>.

Precisamente al observar los índices del divorcio en Ecuador, apreciamos como después del divorcio por mutuo consentimiento, el divorcio contenciosos que invoca a la causal de abandono del hogar se situaba en segundo lugar; mientras que el resto de causales en el divorcio contencioso no llegan al uno por ciento.

Esto nos da una idea de que los abogados en libre ejercicio han tenido que optar cuando no se ha planteado el divorcio por mutuo consentimiento, en la utilización frecuente de la causal de abandono, por el hecho particular que exige dos supuestos que deben ser justificados en la carga probatoria, estos son, el abandono tanto

---

<sup>76</sup>Charles Appleton, citado por Lino Rodríguez, El Abuso del Derecho, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1971, p. 13

voluntario como injustificado de parte del cónyuge demandado, lo cual se prueba con testimonios de personas ajenas al vínculo familiar.

Por eso esta causal ha sido utilizada en la práctica profesional por el foro de abogados a nivel nacional; en desmedro de la aplicación de la verdadera causal, que en efecto pueda en realidad ser parte del litigio procesal propiamente dicho, pero que por su dificultad en la carga probatoria no fue incorporada.

Esta salida de emergencia que se ha venido aplicando en la presentación del juicio de divorcio contencioso, es ampliamente comentada en los pasillos del palacio de justicia, tanto por jueces como por abogados, quienes conscientes de la frugalidad que podrían tener las otras causales de divorcio, optan por aplicar la del abandono como la de mejor opción.

Sin duda alguna, esta práctica procesal consiste en su esencia un abuso del derecho, por cuanto se estaría faltando a la verdad fáctica, y se estaría renunciando a presentar en sede judicial una demanda de divorcio, en la que se establezca la verdadera causal para pedir el divorcio.

Por lo dicho, la implementación del divorcio unilateral, sería la solución más viable, por cuanto de esta manera, asuntos relacionados con el interés y la intimidad del hogar no son ventilados en sede

judicial, lo que protege la reputación de las familias que generalmente no quieren ventilar sus desavenencias en público.

### **3.1.1.3 ANALISIS DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN RELACION AL DIVORCIO UNILATERAL.**

Conforme lo han demostrado las estadísticas, dentro del conglomerado social, el juicio de divorcio, mantiene una alta incidencia procesal, diversos factores de índole interno y externo, al parecer afectan la estructura familiar, lo cual se suma a las nuevas tendencias del derecho de familia que ya fueron analizadas en líneas anteriores, nos conduce a esta nueva estructura social, en la cual la institución matrimonial se ve seriamente afectada por la aplicación del divorcio.

Ahora bien, en nuestra legislación ha incorporado en el Código Civil varias causales que enunciadas al menos se encuentran formando parte de la estructura jurídica ecuatoriana; para ello se hace necesario analizar la compleja redacción de algunas de las causales establecidas en nuestra legislación, que no han sido invocadas dentro de la prosecución judicial de varios juicios de divorcio, en los cuales y pese a encuadrar el supuesto fáctico en la redacción de la norma, su alta complejidad probatoria, han hecho más bien que se las coloque en una derogación tácita de las mismas.

El artículo 11 de la Ley reformativa al Código Civil expedida el 19 de junio del 2015, reformó el artículo 110 en los siguientes términos<sup>77</sup>:

“Art. 110.- Son causas de divorcio.

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

Confrontaremos ahora a estas causales, para revisar sus debilidades con la finalidad de conocer si en su esencia servirán a los operadores de

---

<sup>77</sup> Las reformas al Código Civil demuestra hacia donde se dirige la legislación en materia de familia, por cuanto se han incorporado reformas tendientes a adecuar de mejor manera el desarrollo de las instituciones del derecho de familia.

justicia, o en su defecto ratificarán la importancia en la implementación del divorcio unilateral.

El adulterio de uno de los cónyuges como causal del divorcio ha sido plasmada en la normativa civil desde que se incorporó la figura del divorcio en nuestra legislación<sup>78</sup>, y desde su concepción ha sido utilizada para discutir un controversial comportamiento del cónyuge que violenta sus votos matrimoniales y cae en la infidelidad.

En su génesis la norma atacaba severamente el adulterio cometido por la mujer contra el hombre, justificando esta sanción al hecho de que la mujer al cometer adulterio no sólo involucra la parte física, sino la sentimental, razón por la cual su adulterio era considerado altamente peligroso para la estabilidad matrimonial, mientras que el adulterio cometido por el esposo era visto como algo sin mayor trascendencia a la estructura familiar, esto sin entrar a la calificación de los hijos de “adulterinos” los cuales eran reputados del marido, aun cuando por el adulterio cometido por su esposa, podrían no pertenecerle.<sup>79</sup>

Esta causal de adulterio, junto con las indicadas en los numerales 3 y 6 de la reforma, es decir las causales que contemplan el estado

---

<sup>78</sup> Juan Isaac Lovato, *El Divorcio Perfecto*, 72-76

<sup>79</sup> En la obra *El Divorcio Perfecto*, del tratadista Juan Isaac Lovato, encontraremos un estudio pormenorizado, de la manera en la que se concibió la causal adulterio, la cual no solamente se enfocaba en el ámbito civil, sino también en el penal, pues la ley permitía al marido iniciar cualquiera de las dos acciones, civil o penal, en contra de su cónyuge, siendo que si obtenía sentencia condenatoria en el jurisdicción penal, servía dicha sentencia como fundamento para el juicio de divorcio. Mientras que si iniciaba la acción civil, era el juez quien debía declarar el adulterio cometido por la cónyuge como la causal justificada conforme a derecho que permitía declarar sentencia a favor del cónyuge traicionado.

habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial, y los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas; las consideramos de difícil argumentación jurídica, por cuanto sus características son más bien de carácter subjetivo, y dependiendo de la estructura familiar, así como de la educación o nivel cultural de los cónyuges. Es así que ciertos actos o comportamientos que para determinadas personas pueden ser considerados de alto riesgo, peligrosos o insultantes para la relación conyugal, pueden ser considerados por otros en costumbres internas de familia, con códigos de aceptación en el núcleo familiar, razón por la cual estas causales difícilmente serán consideradas al momento de presentar la demanda de divorcio.

Mientras que las causales contempladas en los numerales 2, 4, 5, 7 y 8, que tienen que ver con violencia intrafamiliar, amenazas graves, tentativa de homicidio, cumplimiento de una condena privativa de la libertad, y, la declaratoria de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano, respectivamente; conllevarían la necesidad de un trámite de prejudicialidad en las mismas, pues estas causales necesitan ser conocidas, sustanciadas y resueltas previamente por la autoridad competente, misma que dictará su veredicto en el sentido que corresponda<sup>80</sup>. Cumplido este requerimiento, el cónyuge que

---

<sup>80</sup> En este tipo de causales debe necesariamente operar la prejudicialidad, pues cada una de estas circunstancias, deben ser sometidas a su propio procedimiento, ante la autoridad que es competente para

ha sufrido la falta o perjuicio podrá empezar la acción de divorcio, justificando que su cónyuge fue declarado culpable de una de estas causales, lo que le permite comparecer a juicio y solicitar se le conceda el divorcio.

En la práctica es muy compleja la implementación de estas causales, por cuanto involucran un drama familiar y social, que en muchos de los casos serán solventados por las autoridades primitivas, dejando al divorcio como una alternativa o consecuencia posterior al problema mismo. Esto demuestra que las reformas son insuficientes.

Aun cuando se han implementado reformas al Código Civil tendientes a obtener una prosecución de los procesos más acorde con la realidad procesal; encontrando que la causal del abandono por ejemplo se ha reducido a seis meses para que cualquiera de los cónyuges pueda demandar el divorcio por esta causal, en la práctica procesal nos encontraremos con los mismos problemas en la reproducción de la prueba, como ya lo hemos manifestado. Sumado al hecho de que la reforma incorpora ahora a las partes la posibilidad de que la demanda sea presentada por cualquiera de los cónyuges; modificando de esta manera la normativa que fijaba distintos plazos para la presentación de la demanda por esta causal.<sup>81</sup>

---

juzgarlas, y aplicando el debido proceso, se pueda obtener un fallo de condena o sanción por la conducta empleada por el cónyuge agresor, siendo que esta sentencia nos permitirá acudir a sede judicial en busca de que se declare disuelto el vínculo matrimonial mediante el divorcio.

<sup>81</sup> Antes de la reforma al Código Civil se contemplaba una diferencia para la presentación de la demanda por parte de los cónyuges; así el cónyuge abandonado debía esperar un año desde que se verificó el

Como se indicó en líneas anteriores, la reproducción de prueba, alegatos y el hecho mismo de que existen vínculos familiares y de afecto entre las partes procesales, que a su vez son cónyuges, padres, hijos, tíos, sobrinos etc., conlleva una intromisión a la esfera íntima del hogar en las familias ecuatorianas, puesto que no siempre el cónyuge vencedor en una contienda judicial de esta naturaleza, va a sentirse totalmente triunfador, sino que más bien la prosecución de este juicio puede terminar dañando su fuero interno y su paz, tanto individual como familiar, con secuelas que sólo en el tiempo se podrán evaluar.

Por esta razón, la consolidación del divorcio unilateral se hace necesaria para que los miembros del núcleo familiar, pueden acceder a la realización de justicia, sin afectar a su fuero emocional y psicológico, por cuanto al no tener que invocarse causal alguna en el divorcio unilateral, no debe pasarse por esa afectación a la que nos hemos referido.

---

abandono; y tres años era el plazo que el cónyuge que cometía la falta debía esperar para invocar esta causal-

### **3.2. POSIBLES REFORMAS QUE INCORPOREN AL DIVORCIO**

#### **UNILATERAL EN NUESTRA LEGISLACION.**

Actualmente el Derecho de Familia ha tenido un enorme impulso con la creación de las Unidades Judiciales de la Familia, mujer niñez y adolescencia, lo cual ha permitido que los casos de familia, como el divorcio, sean conocidos por unidades especializadas en el conocimiento y manejo de estos temas.

Con la finalidad de obtener la implementación del divorcio unilateral en la normativa jurídica ecuatoriana, a través del presente trabajo se proponen las siguientes reformas al Código Civil:

A continuación del Artículo 110 del Código Civil incorpórese:

Artículo innumerado.-

Cualquiera de los cónyuges, podrá demandar en divorcio unilateral, la disolución y terminación de su vínculo matrimonial, de conformidad a lo que establezca la ley.

Artículo innumerado.-

Los requisitos que deberán ser considerados por el juez para admitir la demanda de divorcio unilateral son:

1. Que el matrimonio haya sido celebrado en territorio ecuatoriano en legal y debida forma.
2. Que el matrimonio haya tenido por lo menos una duración de un año.
3. Que el cónyuge que presente la demanda de divorcio unilateral, no invoque causal o motivo para la presentación de la misma.
4. El trámite en que se tramitará el Divorcio Unilateral es el Sumario.

De esta manera se podría enunciar la incorporación del divorcio unilateral en nuestra legislación, conoedores de que su tramitación, incidentes y en general toda la secuela que pueda presentarse dentro de cada proceso, deberá ser tramitada con arreglo a la ley, como se ha venido haciendo hasta hoy, tanto con el divorcio por mutuo consentimiento, así como con el contencioso.

## CONCLUSIONES.

1.-) El Derecho de Familia ha desarrollado en la sociedad contemporánea, nueva legislación que se viene incorporando en todas las sociedades modernas, mismas que han tenido que adecuar su normativa jurídica con la finalidad de que se apliquen nuevos esquemas que han transformado el concepto de familia.

2.-) El divorcio es una institución de amplia difusión en las sociedades contemporáneas. El juicio de divorcio por causal involucra a todos los miembros de un núcleo familiar y social, el cual en su etapa probatoria representa gran dificultad para las partes procesales al momento de justificar los hechos fácticos.

3.-) El divorcio unilateral es una institución jurídica que, de ser incorporada a la legislación ecuatoriana, permitiría a los cónyuges que no quieren mantener su relación conyugal, optar por esta vía con la perspectiva de mantener los problemas de índole familiar, bajo reserva.

4.-) En el divorcio unilateral, se garantiza el derecho de contradicción, por cuanto la prosecución de la causa se hace con estricto apego a las normas del debido proceso, mismas que garantizan que la parte demandada no quede en indefensión.

## RECOMENDACIONES.

1.-) Las facultades de Jurisprudencia en pregrado deberían adecuar el pensum de estudios superiores con la asignatura de Derecho de Familia, enfocada desde la necesidad de que sus principios y fines sean ampliamente estudiados, esto por cuanto la sociedad debe contar con normas acordes a su desarrollo; no como en la actualidad se la estudia desde una órbita más bien complementaria al Derecho Civil.

2.) La Asamblea Nacional, en su fase legislativa, debería debatir la incorporación del divorcio unilateral, con la finalidad de que dicha institución sea incorporada al ordenamiento normativo ecuatoriano.

3.-) La Función Judicial, así como los Colegios de Abogados y otros estamentos jurídicos, deberían propiciar la incorporación del divorcio unilateral, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues sólo con su difusión, estudio y debate se podría incorporar de manera más rápida en el contexto jurídico.

4.-) La incorporación del divorcio unilateral, una vez que sea aprobado en el campo sustantivo, puede ser introducido en el procedimiento sumario del Código Orgánico General de Procesos, pues como hemos analizado, su tramitación sería la misma que debe darse al divorcio contencioso.

## BIBLIOGRAFIA.

Aguirre Guzmán Vanesa, *El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos*, en Revista de Derecho FORO No 14, Quito, UASB, 2010.

Alegria Héctor y otros, *Derecho de Familia II*, Rubinzal- Culzoni, en Revista de Derecho Comparado No 10, Buenos Aires, 2005.

Alsina Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo 6, EDIAR, Buenos Aires, 1981.

Chiovenda Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Cárdenas Editor, México, 1989.

Devis Echandía Hernando, *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997.

Escriche Joaquín, *Diccionario Razonado en Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense*, Imprenta de J. Ferrer De Orca, Valencia, 1838.

Guasp Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo 2, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

Larrea Holguín Juan, *Manual Elemental De Derecho Civil Del Ecuador*, Tomo 3, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1998.

Lovato Vargas Juan, *El Divorcio Perfecto*, editorial Universitaria, Quito, 1957.

Lovato Vargas Juan, *Programa Analítico De Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002.

Palacio Lino Eduardo y otros, *Derecho Procesal de Familia-I*, en Revista de Derecho Procesal 2002-1 , Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2002.

Palacio Lino Eduardo y otros, Derecho Procesal de Familia-II, en Revista de Derecho Procesal 2002-2, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2002.

Rico Alvarez Fausto, Garza Bandala Patricio, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México 2012.

Somarriva Undurraga Manuel, *Derecho de Familia*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1963.

Tama Manuel, *La Demanda*, EDILEX , Guayaquil, 2006.

Tama Manuel, *Defensas y Excepciones en el Procedimiento Civil*, EDILEX, Guayaquil, 2009

Vescovi Enrique, *Teoría General del Proceso*, TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1999.

Velasco Emilio, *Sistema de Práctica Procesal Civil*, PUDELECO, Quito 1998.