



**Pontificia Universidad Católica del Ecuador**

**Facultad de Jurisprudencia**

**Escuela de Derecho**

**Disertación previa a la obtención del Título de Abogada**

**“La constitucionalidad del divorcio incausado en la República del Ecuador”**

**Ariana Micaela Rodríguez Jiménez**

**Director: Dr. Wladimir García Vinuesa**

**Quito, 2022**

**Dedicatoria**

Dedico este trabajo a una gran amiga que ha sido fuente de inspiración Dra. Elenita, una mujer valiente, brillante que me ha brindado su cariño y amistad.

**Agradecimiento.**

A mis amados Padres quienes me han brindado su amor,  
ejemplo de tenacidad, lucha entregándome su amor  
incondicional desde el primer día.

Al Dr. Wladimir García Vinuesa mi director de  
Tesis quien me ha guiado en el desarrollo del presente  
trabajo de investigación, un excelente profesional. mil  
gracias.

## Resumen

En la realidad social, el divorcio juega un papel determinante en las relaciones de los seres humanos, porque modifica su estado civil; consecuentemente, produce efectos jurídicos sobre la persona que se divorcia. Este debe ser coherente y congruente con el ordenamiento jurídico local e internacional, dentro de un contexto en que se desarrolla la sociedad moderna. En el estado ecuatoriano se presentan dos escenarios jurídicos para solicitar el divorcio: mutuo acuerdo y litigioso, el cual involucra el inicio de una causa procesal prolongada, donde uno de las partes que suscribió el contrato solemne de matrimonio debe demandar al otro y probar la existencia de una causal, exponiendo las razones o motivos que lo conducen a tomar su decisión; esta clase de culminación del vínculo matrimonial no responde a la dinámica social actual, así como también, es contrario a los derechos establecidos en los tratados internacionales de D.D.H.H. Por tal motivo, es necesario reformar la legislación civil del país, e incorporar una forma de divorcio que sea práctica, coherente con los derechos constitucionales y los previstos a nivel internacional. En algunos países del mundo se ha incorporado el divorcio incausado, el cual se presenta como un proceso rápido, sencillo y efectivo, por cuanto no se requiere de probar una causal ni exponer los motivos del divorcio. Por consiguiente, el presente trabajo analiza la pertinencia jurídica constitucional de incorporar esta figura de divorcio en la normativa ecuatoriana

Palabras clave: Divorcio, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la intimidad personal y familiar, libertad de contratación, consentimiento.

## **Abstract**

In social reality, divorce plays a determining role in the relationships of human beings, because it modifies their marital status; consequently, it produces legal effects on the person who gets divorced. This must be coherent and congruent with the local and international legal system, within a context in which modern society develops. In the Ecuadorian state there are two legal scenarios to request divorce: mutual agreement and litigious, which involves the initiation of a prolonged procedural cause, where one of the parties that signed the solemn marriage contract must sue the other and prove the existence of a causal, exposing the reasons or motives that lead him to make his decision; This kind of culmination of the marriage bond does not respond to the current social dynamics, as well as, it is contrary to the rights established in the international treaties of D.D.H.H. For this reason, it is necessary to reform the country's civil legislation, and incorporate a form of divorce that is practical, consistent with constitutional rights and those provided at the international level. In some countries of the world, uncaused divorce has been incorporated, which is presented as a quick, simple and effective process, since it is not required to prove a cause or state the reasons for divorce. Therefore, the present work analyzes the constitutional legal relevance of incorporating this figure of divorce in the Ecuadorian regulations.

**Key words:** Divorce, free development of personality, right to personal and family privacy, freedom of contract, consent.

## Tabla de Contenidos

INTRODUCCIÓN .....	9
Capítulo I: Figura del divorcio incausado en el Derecho Contemporáneo .....	12
1.1. El estado de la institución del divorcio incausado en la sociedad actual .....	12
1.2. Las razones por las cuales se disuelve el vínculo matrimonial.....	17
1.3. Divorcio en el Estado Ecuatoriano, institución jurídica .....	21
1.3.1. Breves antecedentes históricos de esta figura jurídica.....	26
1.3.2. Divorcio Sanción y Divorcio Remedio.....	30
Capítulo II: Divorcio incausado y derecho comparado .....	33
2.1.- Que es el divorcio incausado .....	33
2.2. El Divorcio Incausado: normativa de México .....	36
2.3. El divorcio incausado. Caso Argentina.....	39
2.4. El divorcio incausado. Caso España .....	41
2.5. El divorcio incausado. Caso Suecia .....	44
Capítulo 3. El divorcio incausado en el Derecho Internacional.....	47
3.1. Convención Americana Sobre Derechos Humanos .....	47
3.1.1. Pacto de San José.....	47

3.1.2. Protocolo de San Salvador .....	51
3.2. Declaración Universal de Derechos Humanos .....	53
3.2.1. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.....	54
3.3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	57
3.4. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer .....	60
3.5. Convención sobre los derechos del niño.....	62
Capítulo IV: Sentencia matrimonio igualitario no. 11-18-cn/19 y el derecho a la vida privada e intimidad familiar con el derecho al libre desarrollo de la personalidad .....	65
4.1. Antecedentes procesales y hechos del caso .....	65
4.2. Relación de familia y matrimonio.....	67
4.2.1. Tipos de familia .....	72
4.2.2. Elementos que integran el divorcio incausado acorde a la constitucionalidad .....	73
4.3. Proyecto de Reforma normativa. ....	80
CONCLUSIONES .....	92
RECOMENDACIONES.....	95
REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA.....	97



## INTRODUCCIÓN

Es pertinente iniciar indicando que, la figura del divorcio es un régimen que cambia el estatus civil de una persona, lo cual genera consecuencias jurídicas trascendentes en las relaciones que se producen en sociedad; por lo tanto, cabe sostener que, el divorcio funge como un mecanismo jurídico y social que, al poner fin al matrimonio, es de vital relevancia para un Estado de Derecho, en el que, se toma en cuenta el estado civil de las personas, a fin de atribuir efectos jurídicos concretos a los actos que celebran los seres humanos; por tal motivo, su diseño debe responder a las necesidades y a la dinámica en que se desarrollan las relaciones sociales en el contexto actual. De este modo, el divorcio debe emerger como un instrumento útil que dé solución a los problemas de quienes desean terminar el matrimonio; y, también, aporte a facilitar las relaciones de la sociedad en general.

Existen algunas causas que ponen fin al matrimonio, como el fallecimiento de una de las partes, la declaración de nulidad por autoridad competente, entre otras; sin embargo, de todas las formas que existen para extinguir el matrimonio, la más común es el divorcio. En el país, se encuentran vigentes dos modalidades: por acuerdo mutuo entre las partes; y de forma litigiosa. El primer aspecto, tiene sustento en el consentimiento de los dos cónyuges, quienes, por ser su deseo y ánimo de convenir a sus intereses, llegan al común acuerdo para finalizar la unión de matrimonio que los vincula. En este caso, no hay controversia porque la petición del divorcio nace del ánimo y consentimiento de los cónyuges. La segunda forma, es aquella que proviene únicamente de la decisión de una de las partes. En esta situación, el cónyuge que promueve el divorcio tiene la carga legal de probar ante la autoridad competente que el demandado incurrió en los preceptos determinadas en la normativa jurídica.

En el marco normativo civil, reconoce los escenarios jurídicos por mutuo acuerdo y donde se invocan causales para su culminación; sin embargo, en el Ecuador, la dinámica de la sociedad actual, así como el reconocimiento a nivel constitucional de principios y derechos determinados en los convenios internacionales de D.D.H.H., tales como “la intimidad personal y familiar, el libre desarrollo a la personalidad, la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad del ser humano” , demandan un cambio urgente en el diseño normativo de la institución del divorcio en el país, a fin de que este acorde con los derechos humanos.

El divorcio incausado es una nueva forma de divorcio que, posee como componente sustancial la manifestación libre de la voluntad de la persona que desea divorciarse, quien no requiere demostrar la situación para invocar unos de los preceptos normativos para disolver el vínculo jurídico que lo ata a otra persona, dado que, no es necesario exponer públicamente los motivos que le asisten para divorciarse. Debido a su diseño y las ventajas que este proporciona, el divorcio incausado ha sido implementado dentro de los ordenamientos jurídicos de varios países como España, México, Argentina, Suecia, entre otros.

Esta modalidad de dar por terminado el matrimonio, ha sido establecida en consideración a que el divorcio por causales no es el mejor mecanismo para disolver el vínculo matrimonial, porque supone una controversia innecesaria entre los cónyuges que prolonga el conflicto, causa daño emocional y psicológico a la pareja y su familia y expone públicamente asuntos concernientes a la vida personal de las partes; además, se ha sostenido que “el divorcio por causales no tutela correctamente los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad” (Cañizares, 2022), a diferencia de lo que ocurre con el divorcio incausado que es armónico con estos derechos humanos.

La Carta Magna ecuatoriana establece que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia” (CRE, 2008, art. 1). Este modelo de Estado vigente en el país, reconoce la validez y la fuerza obligatoria de los principios y los derechos previstos en los convenios internacionales de D.D.H.H. en cada estado miembro. Así, se tiene que, los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar, y a la libertad de contratación constan reconocidos por el Estado ecuatoriano tanto a nivel constitucional como internacional; sin embargo, en el rango legal, el Ecuador mantiene la modalidad de divorcio contencioso o por causales, la misma que no es compatible con estos derechos, por lo que, es pertinente que se formule una reforma legal que incluya en la normativa civil al divorcio incausado, para que la normativa infraconstitucional se acople a los mandatos de la norma suprema y de rango supranacional.

## **Capítulo I: Figura del divorcio incausado en el Derecho Contemporáneo**

### **1.1. El estado de la institución del divorcio incausado en la sociedad actual**

En la realidad social se presentan casos en que solamente uno de los cónyuges tiene la intención de poner fin al matrimonio, mientras que el otro cónyuge no ésta de acuerdo con esta decisión. Cuando se presenta este escenario, la parte que quiere divorciarse debe probar ante la autoridad competente que su cónyuge incurrió en una causa legal establecida en una norma jurídica, lo cual representa el entablar un proceso judicial engorroso y agotador para los litigantes. En este sentido, el divorcio incausado surge como una nueva modalidad de extinguir el vínculo matrimonial, en la que, no se exige demostrar una causa legal determinada, puesto que, el único elemento que debe estar presente es la decisión de uno de los cónyuges. Dado su diseño, el divorcio incausado representa un procedimiento sencillo, rápido y eficaz, que dinamiza la alteración del estatus civil de los sujetos de forma ágil, en concordancia con las exigencias y necesidades de una sociedad moderna; además, busca que la separación de la pareja cause el menor daño y estrés posible, evitando la contradicción o un procedimiento contencioso innecesario que sea agotador para las partes litigantes y su familia.

Una de las características del divorcio incausado es que puede ser unilateral. Al respecto, es pertinente indicar que:

[...] Es la manifestación unilateral de uno de los cónyuges presentado en una solicitud ante el juez competente expresando su voluntad de divorciarse. En otras palabras, es solamente uno de los cónyuges el que acude a solicitar el divorcio sin que exista la voluntad del otro, lógicamente que el consorte requerido deberá ser notificado en el sentido del conocimiento de esta voluntad del otro, sin que exista por supuesto la manifestación de causal alguna. [...] (Sánchez, 2018, p. 51)

Esta forma de divorcio, puede ser pedida por uno solo de los cónyuges, pues no se requiere que el otro cónyuge este de acuerdo con esta decisión, es decir, se distingue porque puede ser de carácter unilateral. El matrimonio se basa en el consentimiento de la persona, por ende, si esta voluntad se extingue, procede el divorcio, aunque este consentimiento solo haya desaparecido en una de las partes contratantes. A esto, se debe sumar que el divorcio incausado se distingue debido a que no se necesita probar en un proceso una causal legal para disolver la unión matrimonial, en este caso, solo se necesita de la expresión libre de la decisión de uno de los miembros de la pareja. Además, otra característica que merece ser destacada es que se trata de un procedimiento que no representa mayor complicación, ya que no involucra conflicto o contradicción, tampoco requiere de una etapa probatoria en donde se demuestre que el cónyuge demandado incurrió en una causal legal.

Por las ventajas que representa, esta versión de divorcio ha sido recogida en los ordenamientos jurídicos de varios países a nivel mundial, como, por ejemplo: Argentina, México, España, Suecia, entre otros. Refiriéndose a Argentina, Núñez (2021) señala que el objetivo del divorcio incausado es:

[...] apaciguar los problemáticos procesos judiciales del divorcio como el hecho de tener que probar determinada causal y relatar los hechos íntimos personales y familiares con el fin de justificar su decisión de no continuar con el cónyuge, teniendo como fin sustancial colaborar a superar la ruptura matrimonial de una manera menos aguda para el núcleo familiar, la legislación de Argentina ha incorporado a la libertad como uno de los principios rectores en materia de familia, de modo que se respeta, resguarda y garantiza el derecho a la libertad y a la igualdad [...] (p. 177 y 178)

Del criterio doctrinario expuesto, se observa que, una de las justificaciones para incluir al divorcio incausado en Argentina es la protección de la intimidad de la pareja y su familia,

así como también, la tutela de la libertad y la autonomía de la voluntad del ser humano, ya que se busca garantizar que la unión matrimonial se fundamente en el expreso y consensuado ánimo de los cónyuges, de tal forma que, una vez que ya no exista este consentimiento, uno de los cónyuges pueda solicitar al ente respectivo que desvincule el matrimonio, sin necesidad de que la persona permanezca atado a otro en contra de su voluntad, como consecuencia de no poder probar una causal legal determinada. También se sustenta en el hecho de que los cónyuges dentro del matrimonio poseen los mismos derechos y obligaciones, por ello, a cualquiera de las partes le asiste el derecho para acudir ante la autoridad competente y pedir el divorcio, si así es su deseo, por lo tanto, el principio de libertad y de igualdad irradia el diseño del divorcio incausado.

Siguiendo este orden de ideas, cabe señalar que, en España también rige el divorcio incausado, mediante una figura que da fin a la unión de matrimonio, el cual fue implementado en ese país a partir del año 2005, fecha en la que entraron en vigencia varias reformas al ordenamiento jurídico civil. Así, una de las motivaciones para su incorporación consiste en evitar prolongar un conflicto innecesario entre la pareja. En tal virtud, la doctrina menciona:

[...] La exposición de motivos afirma que perpetuar el conflicto entre cónyuges con un divorcio contencioso es inconveniente, ya que los efectos que acarrea el mismo son negativos para los que conforman el núcleo familiar dado que se ven indirectamente incluidas en la disputa [...] (Núñez, 2021, p. 179)

Como se observa, el divorcio incausado, además de tutelar el derecho a la intimidad personal y familiar, busca garantizar la dignidad y protección a los miembros del núcleo familiar, previniendo la exposición a un litigio innecesario, por cuanto, el divorcio en la mayoría de casos proviene del conflicto entre los cónyuges, entonces no vale la pena que esta

pelea continúe a nivel judicial; y, que, producto de aquello, se ocasione un daño emocional o psicológico a los integrantes de la familia.

Por otro lado, la modalidad o sistema de divorcio por causales o contencioso, no proporciona las mismas ventajas del divorcio incausado, porque está supeditado a que se demuestre con la prueba pertinente la existencia de una causal legal, dejando a un lado o restando importancia a la voluntad de los cónyuges, cuando lo ideal y más adecuado es que el divorcio este fundado únicamente en el goce del derecho a la libre expresión del consentimiento, siendo así se podría decir que el divorcio debería estar condicionado a una sola causal que consiste en la libre expresión de la voluntad.

La dignidad de los ciudadanos es un valor fundamental y debe ser protegida por el Estado en todo momento, tanto más, en un procedimiento judicial de divorcio, en donde se dilucida un asunto sumamente importante como es el estado civil de las personas. Bajo este contexto, se debe indicar que, sobre la autoridad estatal recae el deber de tutelar la intimidad de las personas, evitando en todo momento que los temas concernientes al núcleo privado de su vida, salgan a la luz pública y sean expuestos en un procedimiento administrativo o judicial. Los motivos que impulsan a uno de los cónyuges a pedir el divorcio, evidentemente, guardan relación con asuntos privados de carácter reservado de la persona que, en la mayoría de casos, son adversas para pareja, porque estas razones podrían afectar la reputación de los cónyuges y producir un daño emocional, deviniendo un detrimento a la dignidad; por ello, el divorcio sin causa, nace como una nueva vía que en la práctica podría evitar o al menos disminuir esta situación.

Asimismo, es menester hacer referencia a la vigencia del divorcio incausado en Europa, no solo está presente en España, sino también consta en el orden jurídico de Suecia, país que

fue pionero en la incorporación de esta modalidad de extinguir el vínculo matrimonial. En este sentido, López y Zapata (2020), mencionan:

[...] El libre desarrollo de la personalidad es un derecho sólido, cuya expresión es la dignidad humana, en su configuración se puede desatacar dos extremos; El interno que alude a la esfera vital, la más próxima a su intimidad y autonomía, acorde a las decisiones que de acuerdo al proyecto de vida del individuo desee tomar respecto a lo que quiere ser y por qué lo quiere ser y su componente externo comprende la posibilidad de que el ejercicio del derecho sea oponible a terceros, siempre y cuando no sea perjudicial a estos o confronte el orden público [...] (p. 61)

El libre desarrollo de la personalidad es un derecho humano que proclama la libertad del ser humano para tomar decisiones libres de injerencias externas, las cuales nacen de la voluntad interna del individuo, conforme a lo que cree, piensa y desea para su vida, es decir, este derecho implica la facultad para autogobernarse, teniendo como única limitación el respeto a los derechos de las demás personas. La decisión de contraer matrimonio, así como la decisión de divorciarse, es parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es decir, los cónyuges deben gozar de la libertad suficiente para decidir con quien desean casarse; y, también, la libertad para decidir cuándo divorciarse. Por su lado, la autoridad pública no debe limitar esta decisión con el establecimiento de normas que impidan que el matrimonio y el divorcio se gobiernen por el libre consentimiento de las partes; es más, el Estado debe poner a disposición de los sujetos un medio donde permita dar fin a la unión de matrimonio respetando el deseo individual de cada uno.

En atención a las consideraciones anotadas, se constata que el divorcio incausado constituye una alternativa válida para disolver el vínculo jurídico del matrimonio, porque proporciona mayores ventajas que el divorcio contencioso a nivel práctico y a nivel jurídico. En la realidad del país, la mayoría de divorcios en los que no hay el consentimiento de ambos

cónyuges, se tramitan a través de un proceso judicial que al requerir de prueba resulta en un proceso prolongado y desgastante; por el contrario, el divorcio incausado dota de una ventaja práctica que es la rapidez en su tramitación dado que no necesita de la prueba de una causal. A nivel jurídico, representa un avance constitucional e internacional, porque permite compatibilizar la normativa interna con la parte dogmática determinada en la norma suprema constitucional y los convenios internacionales de D.D.H.H.

## **1.2. Las razones por las cuales se disuelve el vínculo matrimonial**

La voluntad de los cónyuges para decidir divorciarse puede ser impulsada por una infinidad de razones internas o externas, como la falta de entendimiento de la pareja por razones culturales, falta de recursos económicos suficientes para solventar el hogar, entre otros; inclusive, la decisión de divorciarse puede ser provocada por un elemento interno o deseo de la persona, sin necesidad de que haya precedido un acontecimiento externo, es decir, la persona, sin más, simplemente quiere divorciarse por así convenir a sus intereses; en todo caso, todas estas razones conducen a la persona a acudir ante la autoridad y pedir la finalización del vínculo matrimonial, mediante la sustanciación de una causa en instancias administrativas o judiciales.

Ventura (1980) hace un análisis de las causas por las cuales se ponía fin al matrimonio en la antigüedad y expresa “En Roma eran tres: la muerte, la incapacidad sobreviniente y el divorcio” (p. 133). La disolución del matrimonio según Casquero (1992) “solo podía pedirlo el marido a través del repudio por causas graves, hasta la ley de las XII tablas habría estado limitado al varón, pues la mujer no podía repudiar al marido, pudiendo el marido hacerlo en casos graves como adulterio o envenenamiento” (p. 22)

Naturalmente, la sociedad ha evolucionado y en esta línea de pensamiento las causas para poner fin al matrimonio también han cambiado, en especial, lo concerniente a que la

potestad para pedir el divorcio estaba reservada o era una facultad exclusiva del hombre. En la actualidad, el derecho a la igualdad irradia el matrimonio y todo lo concerniente a aquel, por lo que, cualquiera de los cónyuges sea hombre o mujer tienen la opción para pedir la finalización de la unión matrimonial. Las causas para disolver el vínculo matrimonial, según el Código Civil del Ecuador, son:

**a)** la muerte de uno de los cónyuges; **b)** por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio; **c)** por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y, **d)** por divorcio (CC, 2005, art. 105).

En la realidad, la figura del divorcio es la principal causa o la más común para extinguir el matrimonio. En el orden jurídico interno del país, existen dos caminos para poner fin al matrimonio mediante el divorcio, cuando los dos cónyuges deciden de común acuerdo finalizar su relación y expresarla conjuntamente frente a la autoridad pública competente, para que declare extinguida la relación jurídica del contrato matrimonial, en esta situación, se habla del divorcio por mutuo acuerdo; y, cuando el deseo de poner fin al matrimonio proviene de uno solo de los cónyuges en oposición al otro quien no está de acuerdo con esta decisión, en cuyo caso, una de las partes debe acudir al ente correspondiente y solicitar el fin del matrimonio que se sustancia dentro de un proceso contencioso en el que se debe probar que la otra parte incurrió en una causa legal.

Respecto a lo manifestado, la doctrina señala que existen dos rutas y caminos que constituirían la vía para dar fin a la unión de matrimonio: “Cuando los cónyuges muestran consenso y pueden iniciar una separación y la segunda ruta es cuando no hay mutuo acuerdo entre los mismos, ergo se emplea las llamadas causales o motivos para anular el vínculo matrimonial” (Hurtado, 2020, p. 63)

Las causales legales para poner fin al matrimonio de acuerdo con la legislación civil del Ecuador, son:

1) El adulterio (...) 2) Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. 3) (...) 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. (CC, 2005, art. 110)

Es así como, generalmente, para probar la existencia de las causales antes individualizadas es complejo, porque varias de ellas involucran cuestiones de carácter subjetivo y que se refieren a asuntos íntimos pertenecientes a la esfera privada de la vida conyugal que no merecen ser puestas a la luz pública; y, por otro lado, muchas de las veces, los motivos que asisten a uno de los cónyuges para querer divorciarse no encuadran en las razones previstas en las causas legales, sino que corresponden a razones diferentes o extrañas a las establecidas legalmente, por lo que, la persona que desea poner fin al matrimonio se ve en la tarea buscar una causa que justifique su decisión, aunque en el fondo esa causa no sea *per se* el motivo del divorcio.

El autor Garrido (2013), al tratar las razones que provocan el divorcio, expone factores que no necesariamente están vinculados con las causales legales establecidas en la legislación civil, manifestando:

[...] determinadas parejas tienen más probabilidad de divorciarse, destacándose estos cinco factores de riesgo: Matrimonio a muy temprana edad (lo que conlleva la adolescencia y pocos años más), ingresos económicos muy bajos, un pobre nivel educativo, aportar un hijo al matrimonio de una anterior relación, haber crecido en un hogar de padres que también se divorciaron [...] (p. 23)

Según el criterio citado, existen diversas razones que podrían justificar el divorcio, por ejemplo, la edad de los cónyuges, sería un factor determinante, pues si se contrae el matrimonio a muy temprana edad, evidentemente, no existe la madurez suficiente para asumir los derechos y contraer las obligaciones que van implícitas en un contrato de matrimonio; este factor de riesgo se reduciría estableciendo como requisito para la celebración del matrimonio una edad más madura de los contrayentes en la legislación civil ecuatoriana.

El tema económico, también es un indicador de riesgo que puede desencadenar en un divorcio, debido a que, cuando no existen los recursos económicos necesarios para satisfacer las exigencias que demanda el mantenimiento de un hogar en condiciones adecuadas que garanticen la dignidad de sus miembros, se generan conflictos y discusiones internas que activan en muchas ocasiones la voluntad de divorciarse. Así también, la falta o una incompleta educación es otra de las causas que motivan que las parejas se divorcien, porque al no tener una formación académica adecuada existe mayor probabilidad de cometer errores dentro de las relaciones matrimoniales que pueden conducir al divorcio.

Conforme se citó en el criterio doctrinario, uno de los factores que también incide en la voluntad de los cónyuges para divorciarse, sería los antecedentes familiares de los mismos. Las personas tienen una fuerte incidencia en su pensamiento y en su personalidad que proviene del ambiente y de la familia en las que crecieron. En este sentido, si uno de los cónyuges posee antecedentes de divorcio en su familia, es más propenso y hay más probabilidades de que haya un nuevo divorcio por un aspecto psicológico.

Sobre esta temática conviene citar el siguiente criterio:

los divorcios son más frecuentes en la actualidad, ya sea por razones económicas, sociales, culturales, así como disconformidades matrimoniales, la mayor parte de rupturas se presentan durante los primeros dos años de convivencia en pareja, siendo necesario por parte del Estado

una solución al problema del exceso de ritualidad que deben cumplir las partes para obtener su divorcio. (López, 2008, p. 18)

De lo señalado, se colige que, en la práctica y en realidad material, los motivos que conducen al fin de la unión de matrimonio, en la mayoría de situaciones, no corresponden a los casos previstos en el orden jurídico del país, es decir, las razones reales que conducen a un individuo a inclinarse por el divorcio son distintas a las causales determinadas en la ley que permiten impulsarlo frente a la autoridad competente; por todo ello, quien quiere divorciarse, se ve en el complejo escenario de buscar una causa que, no siendo la razón verdadera del divorcio, se enmarque en la causa jurídica que permite poner fin al matrimonio.

Por lo expuesto, es necesario que el Estado proporcione una solución al exceso de ritualidad del divorcio, puesto que, el procedimiento que se debe entablar para proceder al divorcio por causales o contencioso representa un juicio prolongado y complejo que involucra contradicción, esto es, un litigio entre ambos cónyuges, así mismo requiere de aportar prueba para comprobar la existencia de una causal que en la mayoría de casos no corresponde a la razón o motivo por el cual una de las partes desea divorciarse, además, las causales legales exponen a la luz pública asuntos íntimos pertenecientes a la vida privada de las personas. Es así como, implementar la figura del divorcio incausado en el ordenamiento jurídico del país, constituiría un medio adecuado para proporcionar un remedio a la excesiva formalidad del que está revestido el divorcio por causales o contencioso.

### **1.3. Divorcio en el Estado Ecuatoriano, institución jurídica**

Según García (1992) el divorcio es “la enajenación legal de un hombre y una mujer producida por una cuestión legal o por una orden judicial que disuelve completamente su matrimonio o suspende los efectos de cualquier mención de su convivencia” (p. 16). En igual sentido, otro criterio sostiene lo siguiente:

El divorcio es un proceso legal al que se somete la pareja, de forma voluntaria o como resultado de una acción de uno contra el otro. Como consecuencia de ello y mediante sentencia judicial, el juez declara el fin del matrimonio. En esta instancia, ir a la conclusión de las relaciones personales que mantuvieron los vínculos entre ellos y lo económico, dando lugar a que primara el matrimonio (Guerrero, 2020, p. 7).

Todo el aspecto jurídico concerniente al divorcio, como su definición, procedimiento, requisitos, características y demás especificidades están contempladas en la normativa jurídica del Ecuador. Así pues, en la normativa civil indica que el divorcio: “disuelve el vínculo matrimonial y coloca a los cónyuges en aptitud para contraer matrimonio” (CC, 2005, art. 106). Siguiendo este orden de ideas, de acuerdo con la legislación civil, “el divorcio puede ser consensual cuando existe el consentimiento de ambas partes para poner fin al matrimonio” (CC, 2005, art. 107); o, “controvertido cuando solo existe la de uno de los cónyuges en oposición al otro” (CC, 2005. art. 110).

Así mismo cabe destacar que el divorcio puede tramitarse en sede judicial ante un juez o en sede notarial frente a un notario. Al respecto, Baque y Márquez (2020) menciona que “una de las cuatro razones para terminar un matrimonio es el divorcio. Hay dos tipos de divorcio: contencioso y no contencioso, y cada uno tiene dos posibles procedimientos: uno en una sala de audiencias y otro en una notaría” (p. 448).

Del criterio doctrinario señalado tenemos que, en Ecuador coexisten dos modalidades para dar por terminado el matrimonio: la primera, por mutuo consentimiento de ambos cónyuges; y, la segunda, a través de un procedimiento contencioso o divorcio por causales, en el caso que no existe la presencia de la voluntad de las dos partes. Del mismo modo, se constata que, cohabitan dos caminos procedimentales que pueden ser activadas por quienes tienen el deseo de dejar sin efecto el vínculo jurídico que los une. La primera vía se podría decir que es

contenciosa; y, por ello, se activa en sede jurisdiccional; y, la segunda vía podría calificarse como voluntaria; y, por ende, se impulsa en sede notarial.

Respecto al divorcio de común acuerdo ante un juez, la normativa civil expresa que: “Por mutuo consentimiento los cónyuges pueden divorciarse en procedimiento voluntario que se sustanciará según las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos” (CC, 2005, art. 107); en concordancia con esta norma legal, el COGEP determina: “son procedimientos voluntarios (...) los siguientes: Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, cuando haya hijos dependientes y que su situación en cuanto a tenencia, visitas y alimentos no se encuentre resuelta previamente”. (COGP, 2015, art. 334.3).

La norma íbidem agrega: “El divorcio o la terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes y que su situación en cuanto a tenencia, visitas y alimentos no se encuentre resuelta previamente, se sustanciará ante la o el juez competente.” (COGP, 2015, art. 340)

De las normas citadas, se desprende que el divorcio de acuerdo mutuo tiene un trámite mediante un tipo de procedimiento menos complejo que la figura del divorcio contencioso. Este proceso se denomina “voluntario”, que se sustancia de la siguiente forma:

Se iniciarán por solicitud que contendrá los mismos requisitos de la demanda. La o el juzgador calificará la solicitud. Si se admite la solicitud, la o el juzgador dispondrá la citación de todas las personas interesadas o de quienes puedan tener interés en el asunto. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, la o el juzgador podrá requerir la información a la o el interesado, con respecto al domicilio o residencia y otros datos necesarios de quienes deban ser citados. La o el juzgador convocará a audiencia en un término no menor a diez días ni mayor a veinte días siguientes a la citación. En dicha audiencia, escuchará a los concurrentes y se practicarán las pruebas que sean pertinentes. A continuación, aprobará o negará lo solicitado (COGEP, 2015, art. 335)

Para que se pronuncie el divorcio a través del procedimiento voluntario, en el caso que existan hijos dependientes, es necesario que: “los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos” (CC, 2015, art. 115).

Por otro lado, el artículo 18, numeral 22 de la Ley Notarial otorga como una atribución del notario, la siguiente:

Tramitar el divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho, únicamente en los casos en que no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia según lo previsto en la Ley, y de haber hijos dependientes, cuando su situación en relación a tenencia, visitas y alimentos se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial dictada por Juez competente. (LN, 1996, art. 18.22)

Al respecto, es importante destacar el papel que se asigna a la mediación y a las notarías en los procesos de divorcio, porque constituye una alternativa válida, idónea y eficaz para agilizar y facilitar los trámites del divorcio. Córdor (2021), refiriéndose al divorcio de común acuerdo sustanciado por una autoridad notarial, menciona lo siguiente:

En el ámbito notarial referente al divorcio por mutuo consentimiento, se goza por parte de las notarías una atribución notarial exclusiva, siempre y cuando se trate de divorcios dentro de los cuales no existan hijos menores de edad y tampoco dependientes; en el caso de que existan hijos menores de edad y dependientes y su situación de alimentos, visitas y tenencia, pueden intervenir siempre y cuando ya se haya resuelto ya sea por vía judicial o acta de mediación (p. 8)

La incorporación de la mediación en los procesos del divorcio, como un mecanismo para decidir la situación de visitas, tenencia y alimentos, previo a que el vínculo matrimonial sea disuelto por un notario, constituye un avance y una innovación importante en la legislación ecuatoriana que, por una parte, proporciona una solución ágil y rápida a los cónyuges que desean poner fin al matrimonio; y, por otra parte, permite descongestionar el ya caótico sistema

judicial, es decir, se obtiene un beneficio doble, uno para las partes involucradas; y, otro, para los fines judiciales para su regulación.

De lo señalado, es pertinente añadir el siguiente criterio doctrinario:

La mediación es un método de solución de conflictos eficaz, ya que evita el enfrentamiento de uno de los progenitores uno contra otro, alentando a ambos a resolver su problema común, siendo productivo en el factor de la comunicación al ser un proceso cooperativo, siendo una comunicación abierta y honesta entre los participantes en lo relativo a los hijos e hijas, otro factor que refiere la percepción sobre el proceso cooperativo estimula la convergencia y anuencia sobre creencias y valores, aumentándose la sensibilidad hacia la semejanza e intereses comunes y minimizando las diferencias, el proceso cooperativo también facilita que los participantes tengan una actitud amistosa, incrementándose la probabilidad de amistosos acuerdos (Garcés, Rojas y Medina, 2021, p. 283).

De otro lado, la legislación del Ecuador prevé al divorcio por causales o contencioso que se da cuando existe solamente el ánimo unilateral para este efecto, con el desacuerdo de la otra. Según el Código Civil “Toda demanda de divorcio de un cónyuge contra el otro se tramitará en procedimiento sumario” (CC, 2015, art. 118); conforme al COGEP dispone que en vía sumaria se sustanciará el divorcio litigioso (COGEP, 2015, art. 332.4).

Finalmente, cabe precisar que existe otra vía de divorcio, cuya incorporación es factible en el orden interno del país. Esta nueva forma, a la que se hace referencia, es el divorcio incausado, el cual busca dotar a las personas que desean divorciarse de un mecanismo jurídico que de manera sencilla y rápida les permita disolver el vínculo jurídico, sin causar un desgaste emocional, ocasionado por la activación de un proceso contencioso en donde debe enfrentarse al cónyuge del cual desea separarse y exponer ante un tercero los asuntos concernientes a su vida privada.

En este sentido, es conveniente invocar el siguiente criterio:

el divorcio incausado, lejos de constituirse en una institución jurídica que pretenda tomar al matrimonio con ligereza, constituye más bien un mecanismo a través del cual se establece una compatibilidad de la legislación y la realidad de la comunidad y sociedad, cuánto con la corriente actual del respeto a los derechos de las personas (Fernández, 2020, p. 31).

En efecto, el divorcio incausado es compatible con el ordenamiento jurídico ecuatoriano y responde a las requerimientos sociales, dado que pone a disposición de los cónyuges una herramienta jurídica idónea que, en armonía con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad familiar y personal, la protección de la familia y la libertad de contratación, dota de un procedimiento sencillo y eficaz que permite disolver el vínculo matrimonial disminuyendo la conflictividad y el daño emocional que puede producir una ruptura marital.

### **1.3.1. Breves antecedentes históricos de esta figura jurídica**

Desde la perspectiva jurídica y social surge en el Derecho Romano. En la antigüedad, los romanos fundaron el matrimonio en la voluntad de ambas partes, de tal forma que, si no existía este consentimiento no era posible el matrimonio; o, si después de haberlo celebrado desaparecía este elemento, era causa suficiente para dejar sin efecto el vínculo matrimonial. Hernández (2021) expresa que, en el Derecho Romano “el affectio maritalis o la voluntad de ambos para continuar casados, era esencial en la relación conyugal y su desaparición era causa suficiente para dar fin a la unión de matrimonio” (p. 35).

Inicialmente, esta figura surgió bajo la denominación de repudio, el cual, según Baqueiro (1990) “es aquél en el que la voluntad unilateral de los sujetos es suficiente para finalizar el vínculo matrimonial” (p. 149). En base a este criterio jurídico, el autor Parraguez (2005) expresa que: “el repudio fue implementado en varias legislaciones, como la de los hindúes,

germanos, egipcios, romanos, israelitas y espartanos, como un rechazo de uno de los cónyuges, cuyo efecto principal, era la terminación del vínculo matrimonial” (p. 273 - 274).

Bajo esta premisa, dentro del Derecho Romano existían tres tipos de formas de terminar el matrimonio. La primera respecto al “repudio” como una prerrogativa o derecho unilateral reservado al hombre quien podía expresar libremente su voluntad para poner fin al matrimonio. La segunda, estaba fundada en la existencia de una causal que permitía disolver el vínculo matrimonial, es decir, se debía acreditar la existencia de un impedimento, como la impotencia incurable del cónyuge, entre otras. La tercera, recaía sobre los propios cónyuges, quienes, en el caso de concordar en sus decisiones, solicitaban en conjunto a la autoridad disponga la disolución del vínculo jurídico matrimonial.

El jurista Hernández (2021) en relación al divorcio en el Derecho Romano expresa lo siguiente:

[...] la primera aparición del divorcio la encontramos en la antigua Roma: el divorcio por repudio constituyendo la primera modalidad el cual guarda una similitud al incausado, dado que era unilateral, solo lo podía realizar el hombre ante 7 testigos, y el divorcio por bona gratia era la segunda modalidad, con causal y sin ella, la primera solicitando fundamentos y acreditación de impedimentos matrimoniales de esa época tales como la impotencia incurable, cautividad por más de cinco años, o engaño en el voto de castidad, y la segunda siendo concluida con el simple consentimiento de ambos integrantes del matrimonio [...] (p. 8)

De lo expuesto, se desprende que, las raíces del divorcio como hoy lo conocemos están en el Derecho Romano, los fundamentos que instituyeron el divorcio se mantienen en las legislaciones actuales con algunos cambios. De este modo, si se realiza una comparación, se tiene que, el repudio vigente en el antiguo derecho romano, se asimila a la denominación contemporánea del divorcio incausado, aclarando que, en los momentos actuales, esta es una potestad que reviste de poder a ambos cónyuges y no solo al varón; y, por otro lado, se

diferencia del divorcio romano, debido a que no existe la necesidad de invocar una o varias razones concretas para llegar al divorcio, solo basta la decisión de una de las partes. De la misma forma, se mantiene el divorcio por causales o contencioso que existía en Roma con la diferencia que algunos de los procesos lo habilitaban para petitionar la pretensión de divorcio han desaparecido, otras han cambiado y el procedimiento ha evolucionado. Así también, con una que otra diferencia, persiste el denominado divorcio consensual que, al igual que en el derecho romano, se sustenta en la expresión de voluntad de ambas partes.

Ya remitiéndose a los antecedentes en el Ecuador, tenemos que, en los primeros años de su fundación como República estaba fuertemente influenciado por el aspecto religioso, de manera que, el matrimonio era un asunto entregado enteramente a la Iglesia Católica, es decir, quien decidía inclusive sobre la validez o no del matrimonio era la autoridad eclesiástica. Por lo tanto, en aquella época, el contrato de matrimonio únicamente debe ser culminado por el fallecimiento de una de las partes, es decir, no existía el divorcio como medio para poner fin al matrimonio.

Sobre este tema, el autor Ayala (1996), menciona:

[...] En el año 1830, Ecuador era un Estado confesional, el preámbulo tenía una connotación religiosa, dado que refería a Dios la potestad de autor y legislador de la sociedad, en este sentido el rol de la Iglesia dentro de las labores burocráticas del Estado era protagonista; La Iglesia Católica dirigía varias instituciones educativas y culturales del país y era el ente que regulaba el matrimonio, todo lo concerniente a su celebración y sus consecuencias patrimoniales [...] (p. 8)

La influencia de la Iglesia Católica dentro del Estado ecuatoriano en los primeros años como República independiente era de tal magnitud que se legislaba de acuerdo con los principios y valores que pregonaba y provenían de aquella. Tanto es así que la doctrina menciona:

[...] El artículo 99 del Código Civil del año 1860 reconocía la potestad que se le atribuía a la autoridad eclesiástica sobre la toma de decisión de la validez del matrimonio, en el caso que se trata de contraer o se ha contraído; Siendo un sistema matrimonial regulado por el derecho canónico, el divorcio estaba proscrito de la misma, en virtud que la piedra angular del matrimonio eclesiástico, constituyendo una figura divina, era su indisolubilidad su connotación primordial [...] (Núñez, 2021, p. 161).

La Revolución Liberal trajo consigo fuertes cambios al Estado, entre ellos la separación de la Iglesia del poder público y el establecimiento de un Estado laico en lugar de un Estado canónico. En tal virtud, también se fue cambiando paulatinamente la institución del matrimonio y todo lo concerniente a aquel, llegándose a incorporar el divorcio vincular.

Al respecto, Núñez (2021) menciona: “El laicismo llegó al Ecuador con la llegada de Eloy Alfaro y la Revolución Liberal. Con la introducción de la Ley de Matrimonio Civil, que entró en vigor en 1903 y negó a la Iglesia la autoridad para celebrar matrimonios al mismo tiempo que estableció la institución legal del divorcio vincular.” (p. 161).

Desde la incorporación del divorcio como institución jurídica para poner fin al matrimonio en el Ecuador, este ha mantenido su esencia con uno que otro cambio, pues en la actualidad el divorcio está normado en el cuerpo civil, existiendo el divorcio litigioso o por causales, donde el legitimado activo de la petición inicial tiene la obligación para comprobar la presencia de un motivo que sustente su pretensión de culminar la relación marital; y, el divorcio consensuado, se fundamenta en la expresión libre de la voluntad de ambas partes, en el cual al existir consenso de los cónyuges no necesitan invocar una circunstancia donde se concluye el vínculo jurídico entre otras.

### 1.3.2. Divorcio Sanción y Divorcio Remedio

Existen dos puntos de vista de concebir al divorcio. Uno, como una sanción; y, otro, como un remedio. El primer punto de vista, califica al divorcio como un castigo que se origina de un acto o una omisión contrario a los derechos y deberes inherentes al contrato matrimonial, es decir, el divorcio tiene lugar como una consecuencia jurídica producida por los actos de uno de los cónyuges que faltó a sus deberes conyugales o causó perjuicio a su pareja, por lo cual, su conducta se enmarca en las causales legales, situación que permite a la parte perjudicada pedir el divorcio ante la autoridad pública a través de una demanda que se formula en contra del responsable; entonces, el llamado divorcio sanción se distingue porque la culminación del matrimonio se produce por culpa de los cónyuges.

Sobre lo manifestado, los autores Balvín y Lecarnaqué (2020) indican:

[...] El divorcio sanción concibe que la causa del conflicto se debe a la culpa o maldad de uno de los cónyuges, representa un castigo que se impone a cualquiera de los cónyuges, en el caso que se haya incumplido sus deberes conyugales; Este castigo solo puede ser impuesto entendiéndolo dentro de las causales objetivas expuestas en la legislación [...] (p.74)

En similar sentido, Ruiz (2020) expresa:

[...] Por medio del divorcio sanción, se atribuye a uno de los cónyuges, la responsabilidad de la disolución del vínculo matrimonial, esto por haber incurrido en alguna de las causales de culpa que codifica la ley, otra consecuencia es la sanción que se le atribuye al culpable, la cual se puede proyectar en diversos aspectos, como son la pérdida de los gananciales, entre otros [...] (p. 15)

Como se observa, además de ser atribuible la responsabilidad exclusiva a un cónyuge, la sanción es característica porque acarrea consecuencias negativas en contra del cónyuge que lo provocó y efectos positivos a favor del cónyuge afectado. Por mencionar un caso específico, según la normativa, la parte responsable no tiene derecho a una parte considerable de los bienes de la sociedad conyugal (CC, 2005, art. 112), así mismo, al tenor de la norma referida “el

cónyuge afectado puede revocar las donaciones realizadas al cónyuge que causó el divorcio” (CC. 2005, art. 114).

En lo manifestado, concuerda Flores (2021) quien manifiesta:

[...] Otra característica principal del divorcio sanción, es la existencia de diversas consecuencias desfavorables con respecto al cónyuge culpable y otro tipo de efectos favorables para el cónyuge inocente; por lo que existe una codificación de las causales del divorcio, la cual tiene como fin la reparación de la culpa de uno de los cónyuges [...] (p. 43)

De lo expuesto, se constata que, el divorcio sanción se enmarca en las características que corresponden al divorcio por causales establecido en la legislación civil del Ecuador, dado que, el cónyuge ofendido puede solicitar ante un juez el divorcio, cuando su pareja ha adecuado su conducta o ha incurrido en las causales que habilitan según la ley a la culminación de la relación marital. En definitiva, el divorcio incausado surge como consecuencia de un acto u omisión de uno de los cónyuges se adecua a una de las causales determinadas en el Código Civil, que impulsa a quien ha resultado como víctima a presentar la petición de divorcio.

Por otro lado, se encuentra la visión que concibe al divorcio como un remedio o una solución a una problemática que se presenta entre los cónyuges, según esta posición, el divorcio no es una sanción que resulta de una conducta inadecuada de uno de los cónyuges; por el contrario, se trata de una solución que pone fin a los inconvenientes de la pareja, parte de la premisa del ánimo de culminar la relación jurídica del contrato de matrimonio proviene de fuero interno de la persona, la cual no debe ser obstaculizada con el establecimiento de causas a nivel jurídico que limitan la expresión de voluntad. Con relación esta forma de concebir el divorcio, Santisteban (2020) determina:

[...] En el divorcio remedio, el juzgador se limita a verificar la separación de los consortes, siendo independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó; el divorcio aquí no trae consigo una sanción a las partes, atribuye la solución ante los casos en los cuales la

relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable; es decir viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial [...] (p. 23).

En consecuencia, el divorcio remedio se acopla a las características del divorcio por mutuo consentimiento establecido en la normativa civil, ya que tiene su fundamento en término de la voluntad de ambos cónyuges, quienes expresan ante un juez su decisión de concluir la relación jurídico derivada del contrato solemne y poner fin a su matrimonio, en tal sentido, no se necesita probar que uno de los cónyuges haya cometido una falta que se adecue a los presupuestos de una causa legal, ni tampoco se requiere expresar los motivos del por qué la pareja desear finalizar su matrimonio, únicamente basta con la decisión de ambas partes.

En todo caso, se puede decir que, la perspectiva tradicional que mira al divorcio como una sanción ha perdido vigencia en la actualidad, porque las sociedades contemporáneas avanzan hacia un nuevo rumbo, en el cual, ven al divorcio como una herramienta jurídica que provee de una solución a una problemática conyugal. Por lo tanto, la institución del divorcio debe ser concebida como una herramienta jurídica a disposición de cualquiera de los cónyuges para solucionar sus problemas y evitar conflictos innecesarios que muchas veces causan perjuicio a la propia pareja y un daño colateral a su familia.

## Capítulo II: Divorcio incausado y derecho comparado

### 2.1.- Que es el divorcio incausado

Para establecer una definición completa y acertada del término “divorcio incausado”, es necesario previamente realizar una breve aproximación conceptual al término divorcio. Según el criterio tradicional:

[...] el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad nuevo matrimonio válido. De acuerdo a su forma legal, el divorcio solo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante la autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de procedimiento” [...] (Almagro, 2017, p. 13)

En la cita enunciada, se destaca que divorcio contencioso involucra presentar una demanda, acompañar prueba que demuestre que la conducta del cónyuge accionado se acopló a una causal jurídica, entablar un proceso ante la autoridad pública competente; y, esperar que dicha autoridad dicte una sentencia disponiendo la terminación de los efectos jurídicos del matrimonio.

A lo ya señalado, es pertinente añadir el siguiente criterio doctrinario:

[...] Se entiende por divorcio la separación de los cónyuges y el cese temporal o definitivo de la vida en común. Este fenómeno puede presentarse como un acto simple contra la ley o como uno que se rige por ella en cuanto a sus causas, forma de ejecución, y efectos [...] (Almache y Urrutia, 2012, p. 3)

En la definición enunciada, se concibe al divorcio como un acto contrario a la norma jurídica que prevé consecuencias, es decir, se lo mira como un castigo o una sanción que tiene lugar ante el cometimiento de un hecho o una conducta que sea contraria a la institución

matrimonial, la cual habilita al cónyuge ofendido para recurrir al ente correspondiente y requerir concluir la relación matrimonial; por consiguiente, en este caso, la doctrina, hace alusión al divorcio por causales o contencioso.

Por otro lado, se debe añadir el pensamiento de la Fuente (2020), quien expresa:

[...] la disolución del vínculo conyugal, pudiendo ser solicitada, incluso por uno solo de los consortes previamente, existiendo la posibilidad que sea decretada por la autoridad judicial, siendo suficiente que para ello manifieste su voluntad de dar por terminado el matrimonio, sin la necesidad de interponer determinada causal, motivo o justificación suficiente, sin perjuicio de la oposición del otro consorte; además que constituye parte de los derechos humanos que tutela el divorcio incausado, el libre desarrollo de la personalidad, es el fundamento de la institución jurídica [...] (p. 1577).

Como se observa, el divorcio incausado tiene rasgos y características propias que lo distinguen del divorcio tradicional o por causales. En lo principal, existen cuatro aspectos a mencionar: **a)** No es necesario que exista una causa establecida en una norma jurídica para que prospere el divorcio, para pedirlo solo es necesario el deseo de uno de los cónyuges y la exteriorización de la misma ante la autoridad competente; **b)** El consentimiento de la parte demanda es indiferente e innecesaria, porque el divorcio incausado parte de la idea de la libertad del consentimiento, es decir, si falta el ánimo expreso de uno de las partes procede el divorcio sin requerir un acuerdo del otro; y, **c)** La estructura del divorcio incausado se acopla de mejor manera a los dogmas de la Constitución y a los determinados en el ordenamiento jurídico internacional de derecho público en materia de derechos humanos, a diferencia de lo que ocurre con el divorcio por causales.

En complemento a lo anterior, Gutiérrez (2021) refiriéndose al divorcio incausado, explica que esta forma de terminación del matrimonio se fundamenta en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual:

en concordancia con las bases jurídicas y doctrinarias de la autonomía de la voluntad siendo su fundamento la libertad y que se desarrollan dos vertientes, la libertad de contratar y la libertad contractual, las cuales permiten establecer el contenido, celebración y terminación entre quienes deseen realizarlo; es fuente de derechos fundamentales la autonomía de la voluntad garantizándose su dignidad y decisiones libres y voluntarias. (p. 57)

De lo antes señalado, se desprende que, esta modalidad de divorcio presenta ventajas en dos dimensiones, una utilidad a nivel de la realidad social, es decir, un beneficio práctico, el cual consiste en dotar a las personas de un medio rápido y sencillo para disolver el vínculo matrimonial; y, un beneficio jurídico que aporta a la supremacía constitucional, dado que el divorcio incausado son congruentes con los instrumentos internacionales de D.D.H.H., garantiza la eficacia del bloque de constitucionalidad y por ende la jerarquía de la Constitución. Entonces, los beneficios que resultan de la incorporación de esta modalidad de divorcio en un ordenamiento jurídico determinado son doble, porque existe una ventaja práctica y una ventaja jurídica. En este sentido, cabe agregar lo siguiente:

este tipo de proceso llega a durar entre un mes y un mes y medio en su sustanciación y finiquito, lo que evidencia su pronta aplicación, pero por supuesto esto no es argumento suficiente con respecto a esta figura jurídica. Empero, el concepto, la idea en la que cimienta como argumento sólido para la adopción de este tipo de divorcio relaciona su validez y legitimidad en torno a que el respeto al derecho de la persona expresa su voluntad en terminar el matrimonio y ello se aplica en un procedimiento pronto y ágil; y, sobre todo respetuoso de los principios procesales y derechos de cada una de las partes intervinientes, además de quienes serán sujetos de las consecuencias jurídicas de la terminación del vínculo conyugal. (Sánchez, 2018, p. 52)

En razón de lo expuesto, se constata que, el divorcio incausado aporta soluciones prácticas y jurídicas, a la problemática social y a la jerarquía normativa; estos beneficios no se encuentran presentes en el divorcio contencioso, por ende, resulta conveniente de este modelo de divorcio sea implementada en la materia civil ecuatoriana, para la tutela adecuada de los

derechos y que los procesos de divorcio sean más sencillos y causen el menor problema a las partes.

## **2.2. El Divorcio Incausado: normativa de México**

El Estado mexicano, en el distrito de México, fue la pionera en incluir esta figura jurídica en su marco regulatorio, su promulgación pone fin al matrimonio ocurrió en el año 2008; y, posteriormente se fue esparciendo al resto de estados federales que integran el país. Sobre este tema, Macareño y Canales (2020) menciona:

El legislador local del Distrito Federal, lleva a cabo una reforma en materia de familia, el 03 de octubre de 2008, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, por medio de un decreto donde deroga el divorcio necesario y el divorcio por mutuo consentimiento, conservándose la posibilidad de que los cónyuges se divorcien administrativamente y se instituyó el divorcio sin expresión de causa, teniendo como resultado el dejar sin efecto el divorcio voluntario y el divorcio necesario (p. 423).

Con las reformas realizadas, el Código Civil que rige el Distrito Federal de la Ciudad de México establece:

El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita (CC, 1928, art.266)

El diseño de divorcio incausado en México enfatiza dos aspectos: **a.** El divorcio puede ser pedido por uno de los dos cónyuges con independencia del consentimiento o no del otro; y, **b.** La petición del divorcio está basada en la autonomía de la voluntad de uno o ambos cónyuges, siendo este el fundamento principal para su procedencia, sin que se necesite expresar una causal legal para que prospere el divorcio.

El autor Jaque (2022) expresa que en México se “han derogado las causales de divorcio; pudiendo promoverse por la sola voluntad de los contrayentes no querer continuar con el matrimonio, siendo indispensable el haber transcurrido un año desde la celebración matrimonial, sin la necesidad de indicar causa alguna” (p. 27)

El artículo 267 de la legislación civil de México añade los requisitos para que proceda el divorcio incausado, estableciéndose “la obligación de determinar la persona que tendrá la tenencia de los hijos dependientes, para ejercitar el derecho de visitas, la provisión de los alimentos necesarios para el pleno desarrollo integral de estos, empleando el domicilio con calidad de conyugal, la manera de administrar los bienes hasta que se liquide”. (CC, 1928, art. 267).

La motivación para la implementación del divorcio incausado en la legislación mexicana, según Canales y Castro (2021):

tiene sus orígenes bajo el tenor de dos iniciativas de ley, las cuales aluden sobre evitar y propiciar el impacto emocional, siendo el efecto de la ruptura matrimonial; la primera iniciativa de ley de 29 de noviembre de 2007, en su exposición de motivos refiere que el Estado debe intervenir en la protección a la familia, evitando que exista violencia dentro de los integrantes del mismo y que los niños, niñas y adolescentes no se vean inmersos en la ruptura matrimonial: la segunda iniciativa legal de 20 de mayo de 2008, expresaba que el hecho que las personas acudiesen a esta institución jurídica, no implicaría que los mismos quedan relevados del cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio (p. 543)

En México cada entidad federativa que lo integra regula la institución jurídica del divorcio según sus principios e intereses; por ello, persisten en los distintos estados federativos diversas formas de disolver el vínculo matrimonial. Así, tenemos al denominado divorcio administrativo cuya característica principal es que se sustancia, conforme su nombre lo indica, ante un ente público que, en esta situación sería el funcionario del Registro Civil; esta

modalidad de divorcio, procede siempre y cuando de por medio haya un acuerdo entre las partes y en el evento de que las partes no posean hijos dependientes en común.

Por otro lado, en México también existe el llamado divorcio voluntario que se activa por voluntad conjunta de los dos cónyuges, quienes deben acudir con su petición de divorcio ante una autoridad judicial, la cual, en ejercicio de sus atribuciones, previo a declarar disuelto el matrimonio mediante sentencia, debe constatar que no solo haya acuerdo en la decisión del divorcio, sino también en cuanto a los alimentos, visitas y alimentos de los hijos dependientes de quienes quieren poner fin a su matrimonio.

Así también, en la legislación mexicana consta el divorcio necesario que procede cuando no existe acuerdo entre los cónyuges, esta modalidad de divorcio es promovida por uno solo de los cónyuges en oposición al otro, debe tramitarse en sede judicial y se debe probar la configuración de un motivo establecido de forma expresa en la normativa jurídica como una causal para el divorcio.

El divorcio incausado es aquel que puede ser solicitado de forma unilateral o en conjunto, entre las partes con vínculo matrimonial, en el juzgado correspondiente sin necesidad de requerir probar la existencia de una causa legal determinada, se basa en la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y en el ejercicio y protección de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y la libertad de contratación.

Por último, es relevante destacar que en México existe una decisión emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reconoce y ratifica la legalidad del divorcio incausado.

En este sentido, Ruiz (2020) explica:

que el divorcio incausado está aprobado en ocho de veintidós Estados mexicanos como Hidalgo, Guerrero, Yucatán, Ciudad de México, Sinaloa, Quintana Roo, Coahuila y Estado de México; sin embargo, el divorcio incausal se aplica en toda la República mexicana, esto gracias a una decisión jurisprudencial del 10 de julio de 2015 de la Suprema Corte de Justicia de la

Nación, teniendo como resultado que toda causal referida se presenta como oposición al libre desarrollo de la personalidad (p. 43)

### **2.3. El divorcio incausado. Caso Argentina**

En el año 2015, en el ordenamiento jurídico de Argentina entró en vigencia el último Código Civil y Comercial unificado, aprobado por la Ley 26.994, que elimina las causales de divorcio, permitiendo un sistema exclusivo como el divorcio incausado. En Argentina, el establecimiento del divorcio incausado provino del análisis doctrinario y jurisprudencial respecto al deber de fidelidad entre los cónyuges, así se llegó a determinar que el deber de fidelidad más que una obligación o responsabilidad es un deber moral, por ende, el incumplimiento de este deber no puede acarrear una consecuencia jurídica.

Al respecto, Nahim (2021) expresa que:

En la legislación de Argentina, las modificaciones que se establecieron en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación fueron evidentes, en el derecho de familia y en lo que respecta el divorcio que pasó a ser divorcio incausado, suprimiéndose el deber de fidelidad como deber jurídico convirtiéndolo a un mero deber moral; los derechos y deberes matrimoniales, pasan a tener más relevancia ética que jurídica, ya que su incumplimiento no trae consigo ninguna sanción jurídica. (p. 1)

Adicionalmente, el divorcio incausado en Argentina proviene de la idea de que si un matrimonio se lleva a efecto por la voluntad expresa de las partes, no es lógico, menos aún coherente, que este vínculo matrimonial persista vigente en el tiempo en contra de la voluntad de uno de sus cónyuges, razón por la cual, el ordenamiento jurídico debe habilitar a la persona que no desea continuar casada a pedir la disolución de la relación jurídica marital, en base a la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

El artículo 437 del Código Civil y Comercial de Argentina, establece que “el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges (...) y, a esto, el artículo 438 añade que “toda petición de divorcio debe estar acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados del divorcio” (CCC, 2014, art. 437-438).

Así mismo en la legislación argentina se prevé que bajo ninguna circunstancia el contrato entre los cónyuges suspende lo dictado en la sentencia de divorcio, dado que se analizan los efectos del divorcio, no sus causas.

Analizando la normativa antes invocada Herrera (2014) manifiesta:

Si se está de acuerdo en todos los efectos derivados del divorcio, el juez procede, además de disolver el vínculo, a homologar los acuerdos arribados. Si el acuerdo es parcial, el juez disuelve el vínculo y homologa solo en aquellas consecuencias en las cuales los cónyuges no arribaron a un acuerdo, debiéndose el resto ser tramitado por la vía que corresponda. Y, si los cónyuges no logran ponerse de acuerdo sobre ningún efecto derivado del divorcio, el juez procede a dictar sentencia por la cual se disuelven las nupcias, debiendo tramitar por la vía incidental todos los conflictos complementarios o que se derivan de dicha disolución (p. 315)

Como se observa en el divorcio incausado no se discute sobre las causas del divorcio sino sobre sus efectos jurídicos y el hecho de que no exista acuerdos sobre los resultados de la disolución del vínculo no impide que la autoridad disuelva el matrimonio.

A esto, es pertinente añadir lo que mencionan Carballa y otros (2014):

[...] en el derecho familiar en la República de Argentina, por medio del divorcio incausado, se tutela el derecho a la intimidad y a la autonomía de la voluntad, ya que se puede desarrollar y decidir el proyecto de vida individual y familiar, fuera de la intromisión estatal, todo ello siendo coherente con los derechos humanos. [...] (p. 198)

En el mismo sentido, cabe citar a Brenis (2018), quien señala que en el derecho argentino:

[...] el divorcio incausado se lo regula de manera unilateral, evitando de esta manera la subsistencia de la obligación de uno de los consortes de continuar con un matrimonio, esto sin que exista el deseo de continuar ligado jurídicamente al otro; dado que el hecho de basarse en determinado causal conlleva a determinar quién es el cónyuge culpable y quien es el inocente, empeorando la situación familiar y su comprensión los unos a los otros, dado que existiría disconformidad y se quedaría a un lado el respeto a los derechos como son: libre desarrollo de la personalidad, autonomía todo ello acorde al proyecto de vida de las personas, etc. [...] (p. 69)

Es preciso tener claro que el divorcio incausado más allá de tener una utilidad práctica tiene una importancia jurídica, porque su diseño e implementación en los sistemas jurídicos de los diferentes países del mundo permite que se tutelen D.D.H.H. reconocidos en instrumentos internacionales de la materia, razón por la cual su incorporación además de ser útil a la sociedad es necesaria porque armoniza una institución civil con los derechos humanos.

#### **2.4. El divorcio incausado. Caso España**

Desde 1981 hasta 2005, en España rigió la Ley 30/1981, conocida como Ley del Divorcio, la cual permitía poner fin al matrimonio, siempre y cuando la pareja haya pasado por un periodo de separación, es decir, cuando se había verificado el cese de la convivencia entre los cónyuges por al menos un año y que su reconciliación no hubiere sido posible durante este tiempo; sumado a lo cual, debía comprobarse el incumplimiento de los deberes conyugales, enmarcados en una o varias de las causales establecidas en la legislación civil española para pedir el divorcio.

A partir del año 2005, se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en España en todo lo concerniente al divorcio. De esta manera, como consecuencia de los cambios introducidos, se incorporó el divorcio incausado o *express* dentro de la legislación española, caracterizado porque no se necesita de la expresión de las causas que motivan el divorcio, así como tampoco se requiere probar o demostrar la existencia de una causa legal. En este sentido, España fue uno de los primeros países en implementar esta forma de divorcio.

En concordancia con lo expuesto, Veramendi (2021) manifiesta:

Uno de los primeros surgimientos del divorcio sin causa o incausado fue en España, y que posterior a aquello en otros países como México, Nicaragua, Argentina, entre otros; regulándose esta causal de divorcio, facultando a cualquiera de los cónyuges para que libre y voluntariamente pueda solicitar el divorcio y dar por terminando su vínculo matrimonial (p. 13)

La motivación empleada por el legislador español para implementar esta modalidad de poner fin al matrimonio, se sustenta en la idea que el divorcio incausado tutela la dignidad de los cónyuges, aportando al ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque evita perpetuar innecesariamente el conflicto entre las partes, liberando o disminuyendo a la pareja y a su familia la carga emocional y psicológica que proviene de un conflicto de separación, razón por la cual no es necesario probar una causal ya que aquello supone sacrificar la voluntad de los cónyuges, cuando lo correcto sería que la única causal sea el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, teniendo a la libertad como valor fundamental.

Al respecto, Sassen (2022) refiere:

España instauró el divorcio incausado en el año 2005, la decisión de uno de los consortes para dar por terminado el vínculo marital es más que suficiente, esto sin sacrificar la voluntad de los individuos, ya que de contrario solo dilataría el proceso y la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas vinculadas. (p. 16)

A nivel normativo, el establecimiento del divorcio express se encuentra en el Código Civil Español, el cual establece que, la declaración judicial de la separación, indistinto del medio en que se contrajo matrimonio (CCE, 1889, art. 81).

La norma civil enunciada prevé dos escenarios para requerir el divorcio: El primero, cuando existe el consentimiento de ambos cónyuges; y, el segundo, cuando solo existe la decisión de uno de los cónyuges, en ambos casos la legislación española determina un periodo de tres meses de celebrado el matrimonio para poder solicitar el divorcio, salvo que exista riesgo para la vida o integridad de uno o los dos cónyuges.

Ruiz (2020) expresa que el único impedimento para requerir el divorcio es el transcurso de al menos tres meses, contados a partir de la celebración del matrimonio. En este sentido este autor menciona:

el requisito sine qua non, se basa en la duración del matrimonio, siendo sustancial a la hora de dar por terminado el mismo, cuanto menos tres meses y que transcurrido ese tiempo desde la celebración del matrimonio, se procederá a decretar judicialmente la separación y el divorcio a petición de parte. (p. 93)

La legislación de España determina un elemento sustancial, que la solicitud es la propuesta y posterior aquello el demandado responde a la solicitud del demandante, con el fin de llegar a un acuerdo, esto, por ejemplo, en el caso que existan hijos de por medio o sociedad conyugal; siendo necesaria la intervención judicial únicamente en el caso que el pacto no haya sido posible o los acuerdos afecten a los intereses de los menores de edad

## 2.5. El divorcio incausado. Caso Suecia

En relación al divorcio sin causa que rige en Suecia, Ruiz (2020) manifiesta que “el sistema más antiguo de divorcio injusto se encuentra en Suecia, que también tiene los estándares judiciales más liberales de Europa. La disposición legal se rige por el Capítulo 5 del Código del Matrimonio de 1987” (p. 356).

Como se observa Suecia es el país pionero en establecer dentro de su legislación el divorcio incausado que se encuentra regulado en el Código Matrimonial que rige a partir de 1987. El divorcio incausado, en Suecia se caracteriza porque puede ser solicitado por uno o por ambos cónyuges, sin necesidad de expresar una causal legal para el efecto. En este país, existe una particularidad que consiste en que, previo a disolver el vínculo matrimonial, debe preceder un periodo de seis meses para la reflexión de las partes, dicho periodo puede ser omitido en determinados casos expresamente establecidos en la legislación de este Estado.

Refiriéndose al divorcio sin causa en la legislación de Suecia, Almagro (2017) menciona lo siguiente:

Se puede solicitar el divorcio en Suecia por parte de uno de los cónyuges o ambos conjuntamente, durante un período de reflexión de seis meses es precedido el mismo en determinadas circunstancias, como cuando ambos cónyuges lo han solicitado, cuando uno de los cónyuges viva permanentemente con su hijo menor de 16 años del que tenga custodia o cuando solo uno de los consortes desea la disolución del matrimonio; en casos excepcionales, incluso a las parejas que se encuentren en las referidas circunstancias ya mencionadas, también pueden divorciarse sin un período de reflexión, esto es posible cuando han estado separados durante dos años (p. 63)

Del criterio doctrinario expuesto, se tiene que, la disolución del vínculo matrimonial en Suecia, si bien no requiere expresar una causal legal para su procedencia, si prevé de un periodo de seis meses para la reflexión de los cónyuges, quienes durante este periodo pueden cambiar su decisión y reconciliarse; o, mantener su voluntad de poner fin al matrimonio, en cuyo caso la autoridad competente declarará el divorcio. También existen casos excepcionales en los cuales no es necesario de este periodo de seis meses para la reflexión. Al respecto, Almagro (2017), menciona:

[...] La legislación de Suecia permite que uno de los cónyuges pueda solicitar el divorcio sin el período previo de reflexión, si es evidente y descubierto que fuera el mismo forzado a celebrar el matrimonio o si se contrajo el matrimonio antes de la edad de 18 años sin la licencia oficial; si el matrimonio se celebró a pesar de que se tuviera estrechos vínculos familiares, o si se celebró aunque uno de ellos estuviera ligado por vínculo matrimonial o unión de hecho registrada, teniendo el derecho cada uno de los cónyuges de solicitar el divorcio sin el período previo de reflexión [...] (p. 63)

El divorcio incausado sueco, en esencia posee las mismas características que están presentes en las legislaciones de otros países, pues se trata de un medio para poner fin al matrimonio que no requiere de la expresión de los motivos que asisten a los cónyuges o a uno de ellos para pedir la disolución del vínculo matrimonial. Así mismo, admite la posibilidad de que el divorcio pueda ser solicitado solamente por uno de los cónyuges con o sin el consentimiento del otro. La única diferencia o especificidad del divorcio incausado en Suecia es el periodo de reflexión de seis meses que prevé la legislación para asegurar que no se tome una decisión precipitada.

En este sentido, es conveniente hacer alusión al criterio de Ruiz (2016), quien expresa lo siguiente:

[...] en el Código de matrimonio suecos se aplica el divorcio sin expresión de causal, el cual consta que cualquiera de los cónyuges de manera unilateral, puede requerirlo sin la necesidad de invocar la causal y tener que probarla; sin embargo, la legislación sueca establece un periodo de reconsideración, con el objetivo de evitar decisiones precipitadas y si es el caso que las parejas llegasen a acuerdos [...]

En definitiva, se puede concluir expresando que el divorcio sin causa en Suecia, así como el vigente en otros países, se funda en la expresión libre de la voluntad de los cónyuges y busca tutelares derechos de la pareja y su familia, tales como los derechos a la intimidad personal y familiar, la protección de la familia, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la libertad de contratación. Además, reporta una utilidad práctica para los consortes a quienes les evita un litigio adicional en el que tienen que exponer sus problemas maritales ante un juez en un procedimiento público.

### **Capítulo 3. El divorcio incausado en el Derecho Internacional**

#### **3.1. Convención Americana Sobre Derechos Humanos**

##### **3.1.1. Pacto de San José**

La Convención Americana de Derechos Humanos fue adoptada tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969, en la ciudad de San José, Costa Rica, entrando en vigencia el 18 de julio de 1978. Cabe destacar que, este instrumento internacional está ratificado por el Estado ecuatoriano.

La norma supranacional citada, no contiene disposiciones específicas o expresas respecto a la institución jurídica del divorcio; sin embargo, en su texto, se pueden encontrar derechos o principios que guardan estrecha relación con el divorcio incausado. Por ejemplo, en el artículo 11, numeral 2 de la Convención se proclama “el derecho a la intimidad personal y familiar, al establecer que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y en la de su familia, a lo cual, añade que debe existir la protección de la ley contra ese tipo de injerencias o ataques” (CADH, 1969, art. 11.2).

Sobre el derecho a la intimidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia, señaló:

El artículo 11.2 de la Convención protege la vida privada y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas. Dicho artículo reconoce que existe un ámbito personal que debe estar a salvo de intromisiones por parte de extraños y que el honor personal y familiar, así como el domicilio, deben estar protegidos ante tales interferencias. La Corte considera que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. (Corte IDH, Serie C No. 148, 2006, par. 193 y 194)

En esta misma línea, refiriéndose al derecho a la intimidad, Romero (1984) comenta que es “el derecho que de toda persona para tener un espectro reservado en el cual pueda desarrollar su vida, sin que la intromisión ajena tenga acceso a ella” (p. 9). A esto, Siches (1973) añade que el derecho a la intimidad “es semejante a la conciencia o vida interior, se trata de ese campo que queda fuera del ámbito jurídico al no ser permitido inmiscuirse en la intimidad ajena” (p. 180). También es pertinente citar el siguiente criterio doctrinario:

[...] el derecho a la intimidad mantiene relación con la dignidad humana, porque garantiza el desarrollo libre de la personalidad, abarcando dos temas: 1) la auto disposición, sin injerencias de terceros; y, 2) la autodeterminación que surge de la libre proyección humana, lo que a su vez vincula con la intimidad personal y familiar [...] (Pérez, 1986, p 318)

En función de lo expuesto, se puede sostener que, el reconocimiento internacional del derecho a la intimidad personal y familiar dota de fundamento a la configuración del divorcio incausado, debido a que su diseño jurídico protege la intimidad de las personas, al mantener en reserva los asuntos concernientes a la vida privada de los cónyuges y su familia. Es natural que el divorcio tenga por origen una o varias razones que están ligadas a la esfera privada de la pareja y de la familia que no necesitan ser expuestas ante el público.

En la actualidad, el divorcio por causales establecido en Código Civil no protege el derecho a la intimidad, porque exige que se demuestre ante un juez con pruebas suficientes, la existencia de una causal concreta que justifique la terminación del vínculo matrimonial; esta situación, además, provoca que los motivos del divorcio salgan a la luz pública, en razón que se tramita mediante un proceso judicial cuya naturaleza es pública.

También es necesario considerar que el procedimiento del divorcio por causales es un proceso prolongado que resulta agotador para las partes litigantes, en donde la parte actora no

solo que debe exponer su situación personal y los motivos que le asisten ante su abogado defensor y frente al juez en un juicio público, en el cual, existe acceso para todo aquel que desee obtener información del proceso; sino que, además, debe aportar prueba que corrobore la existencia de las causas del divorcio, caso contrario no se puede dar por terminado el matrimonio.

En esta línea de pensamiento, el divorcio incausado es armónico con el derecho a la intimidad personal y familiar consagrado en la normativa internacional, porque no exige que el actor de la demanda de divorcio pruebe una causal determinada para terminar el matrimonio, en este caso, se requiere solamente la expresión libre y voluntaria de la decisión de proceder con el divorcio, evidentemente, al decir que solo se requiere de la expresión de voluntad de uno de los cónyuges, no se está admitiendo que no se tengan que resolver previamente asuntos de suma importancia como la situación de alimentos y visitas de los hijos en el caso que los haya. Entonces, al no requerir una etapa probatoria, el divorcio incausado adicionalmente tiene la ventaja de ser más ágil, rápido y eficiente aportando a la economía procesal del juicio de divorcio.

También es importante hacer alusión que la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 17 consagra el derecho a la protección de la familia, en el cual se la define como “el elemento natural y fundamental de la sociedad, la misma que debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (CADH, 1969, art. 17), también, en esta norma jurídica, se reconoce el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, cumpliendo con la edad y las condiciones requeridas por las leyes internas, en la medida en que no afecten al principio de no discriminación; y, se precisa que el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe final del caso María Eugenia Morales de Sierra vs Guatemala, mencionó:

El artículo 17 (1) de la Convención Americana establece los derechos vinculados a la vida familiar de acuerdo con la disposición de que, como elemento natural y fundamental de la sociedad, la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado. El derecho a contraer matrimonio y fundar una familia está sujeto a ciertas condiciones del derecho nacional, aunque las limitaciones que por esa vía se introducen no deben ser tan restrictivas que se dificulte la propia esencia del derecho. (Comisión IDH, Informe No. 4/01, Caso 11.625, 2001, párr. 40)

Alberdi (1999) en relación a la familia señala que “está formada por dos o más personas unidas por el afecto, el matrimonio o la afiliación, que viven juntas, ponen sus recursos económicos en común y consumen conjuntamente una serie de bienes en su vida cotidiana” (p. 60). El derecho a constituir una familia está íntimamente relacionado con la institución matrimonial, por cuanto, en estrictos términos legales, el matrimonio *per se* constituye el principal medio para formar una familia, siendo así, también es indiscutible que el concepto de familia al estar ligado con el matrimonio, también lo está con el divorcio.

El Estado debe proteger los derechos de los integrantes de la familia y parte de aquello es establecer una modalidad de divorcio que cause el menor impacto emocional y psicológico a la pareja y a los miembros de la familia, porque es innegable que un divorcio afecta no solamente a quien desea disolver el vínculo matrimonial, sino también, produce un impacto a todos los miembros que integran el núcleo familiar.

En este orden de ideas, el divorcio por causales o contencioso que está vigente en la legislación civil del país, no tiene el mejor diseño para causar la menor carga emocional o psicológica a la familia, por el contrario, se trata de una figura jurídica que involucra un proceso

judicial dilatado en el cual el actor de la demanda de divorcio entra en conflicto con el demandado y, en el cual, la mayoría de veces salen a la luz pública asuntos concernientes a la vida privada de la familia no deseados, situación que va en detrimento del derecho a la familia y en contra de la obligación que tiene el Estado de protegerla.

Bajo este contexto, resulta acertado sostener que el divorcio incausado, al ser una modalidad de dar por terminado el vínculo matrimonial de forma ágil que no requiere probar y exponer los razones que motivan el divorcio, tutela de mejor manera los derechos del núcleo familiar, porque causa menor impacto emocional y psicológico a los integrantes de la familia; por tal motivo, este tipo de divorcio es armónico con el derecho de familia consagrado en el presente instrumento internacional.

### **3.1.2. Protocolo de San Salvador**

El artículo 15 del Protocolo de San Salvador, reconoce el derecho a constituir una familia. Este instrumento internacional define a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad; y, determina que, el Estado debe protegerla y velar porque se mejore su situación moral y material” (PFCADH, 1988, art. 15). Al igual que la Convención Americana de Derechos Humanos, este Protocolo es importante porque también proclama el derecho a la familia e impone a los Estados partes, la obligación de adoptar acciones concretas encaminadas a protegerla; y, añade, la obligación que recae sobre la autoridad pública de adoptar medidas destinadas a asegurar las mejores condiciones a sus miembros, por ello, se puede señalar que la norma internacional busca garantizar condiciones de dignidad para los integrantes de la familia.

Es pertinente adicionar el criterio de Tuirán (1997), quien sostiene que “la familia es la institución base de cualquier sociedad humana, la cual da sentido a sus integrantes y, a su vez,

los prepara para afrontar situaciones que se presenten” (p. 29). Del criterio expuesto, se desprende que la familia es más que un concepto jurídico, porque es también un concepto social, en razón que constituye la unidad básica de la sociedad, en función de la cual se estructuran las relaciones humanas en general. En los Estados de Derecho, se busca proteger y tutelar los derechos de los integrantes de la familia; y, a la par, garantizar condiciones adecuadas para su desarrollo integral.

El reconocimiento de la familia como derecho a nivel internacional implica dos actuaciones de parte del Estado: **1.** Una obligación de no injerencia o abstención en los asuntos privados de la vida familiar, es decir, sus integrantes son libres de decidir los principios y reglas que regirán el entorno familiar, el tipo de educación y formación de los hijos, la religión que profesan, entre otros; y, **2.** Una obligación de intervención o actuación positiva, por la cual, el Estado debe asegurar condiciones mínimas como el acceso a la educación, a la alimentación, a la salud, a un trabajo y demás situaciones que garanticen una vida digna a la familia.

Bajo este contexto, cabe recalcar que el derecho a la protección a la familia dota de fundamento al divorcio incausado, porque como se explicó en esta modalidad de dar por terminado el matrimonio, se garantiza la no intromisión del Estado en los asuntos concernientes a la vida privada de la pareja y la familia, haciéndose efectiva la garantía de no intervención; y, también, se materializa la obligación de la protección a la familia por parte del Estado, ya que, con la incorporación en la legislación interna de este tipo de divorcio se disminuye la carga emocional y psicológica que puede generar sobre los miembros del núcleo familiar un trámite de divorcio prolongado y contencioso.

### 3.2. Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “todos los seres humanos nacen libre e iguales en dignidad y derechos” (DUDH, 1948, art. 1). El mismo cuerpo normativo, señala que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación” (DUDH, 1948, art. 12). De la misma manera, el artículo 16 determina que:

los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio; y, que, solo mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio, también, se define a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado. (DUDH, 1948, art. 16)

Toda vez que, en líneas anteriores, ya se explicó la incidencia de los derechos a la intimidad y a constituir una familia respecto a la figura jurídica del divorcio incausado, se procederá únicamente con el análisis del derecho a la igualdad y del derecho a contraer matrimonio fundado en el libre consentimiento de las partes.

En referencia al derecho a la igualdad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia, expresó:

El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que pertenece a todo ordenamiento jurídico [...]. Así como, forma parte del Derecho Internacional, el principio fundamental de igualdad y no

discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens (Corte IDH, Opinión Consultiva No. 18, 2003, par. 101)

Por otra parte, respecto al derecho a contraer matrimonio, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señala:

El hombre y la mujer tienen el derecho de contraer matrimonio únicamente en virtud de su libre y pleno consentimiento y los Estados están obligados a proteger el disfrute de ese derecho en pie de igualdad (Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General 28, 2000, par. 23)

De los criterios expuestos, se puede afirmar que la figura del divorcio incausado es concordante con la igualdad y con el matrimonio basado en el libre consentimiento de las partes contratantes; pues, de la misma manera en que se garantiza la expresión libre de la voluntad para contraer matrimonio en igualdad de condiciones para ambas partes, es obligación del Estado también asegurar que estas condiciones estén presentes en el divorcio.

La terminación del vínculo matrimonial, basado en el divorcio por causales no garantiza igualdad y libre consentimiento, porque, de no lograr probar una causal legal para divorciarse, la demanda es declarada sin lugar; y, como consecuencia, uno de los cónyuges está obligado a continuar casado en contra de su voluntad y su libre consentimiento, generándose una situación de desigualdad entre los cónyuges, situación que no ocurre en el divorcio incausado, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad y oportunidad que tiene cada parte para decidir terminar el vínculo matrimonial.

### **3.2.1. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre**

Es importante destacar que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su preámbulo consagra a la igualdad, la libertad y la dignidad como valores

fundamentales del ser humano, proclama que los individuos deben relacionarse fraternalmente los unos con los otros en la actividad social y política, en donde los derechos y los deberes se integran entre sí para la convivencia armónica en sociedad.

El instrumento internacional referido, establece que “toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar” (DADDH, 1948, art. 5). Así mismo, el cuerpo normativo internacional, consagra “el derecho de toda persona a constituir una familia como elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella” (DADDH, 1948, art. 6).

Anteriormente ya se explicó que el derecho a la intimidad personal y familiar incluye que los temas inherentes a la vida privada del individuo y su familia no sean expuestos públicamente ante la sociedad. De esta manera, el divorcio incausado es coherente con la intimidad, debido a que no exige que el actor de la demanda del divorcio exprese las razones que motivan su deseo de dar por terminado el vínculo matrimonial; y, menos aún, requiere que dichas razones se prueban y se encuadren en una causa legal, debido a que el elemento principal para que prospere el divorcio es la expresión libre y espontánea de la decisión de uno de los cónyuges para poner fin al vínculo jurídico.

En igual sentido, se sostuvo que el derecho a la protección de la familia está orientado a tutelar la integridad de miembros del núcleo familiar. El divorcio incausado evita que los integrantes de la familia sufran un impacto emocional o psicológico, como consecuencia de un proceso judicial prolongado, en el cual, existe conflicto entre los cónyuges; y, en donde, los motivos del divorcio no solo que tienen probarse, sino además hacerse públicos ante un juez y la sociedad. El diseño del divorcio incausado aporta a la protección de la familia, puesto que, no requiere probar una causal legal y solo necesita de la expresión de la voluntad de uno de los

consortes, proporcionando a la pareja un procedimiento judicial rápido, sin contradicción entre los cónyuges, y sin necesidad de probar y hacer públicas las causas del divorcio.

Es importante destacar que los principios y los derechos que sustentan el divorcio incausado, se encuentran establecidos en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales, de acuerdo a las disposiciones de la norma constitucional del Ecuador vinculan y obligan a las autoridades públicas del país, porque forman parte del bloque de constitucionalidad. El artículo 11, numeral 3 de la norma constitucional señala que:

los derechos y las garantías establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación por parte de cualquier servidor público administrativo o judicial; y, añade que, no se podrá alegar falta de norma jurídica interna para desconocerlos o para negar su reconocimiento (CRE, 2008, art. 11.3)

En el mismo sentido, en los artículos 424 y 425 de la norma íbidem se determina que “los tratados internacionales prevalecerán por sobre las normas jurídicas o actos del poder público interno; y, a esto se suma el hecho que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado forman parte del ordenamiento jurídico del país” (CRE, 2008, art. 424 y 425)

Sobre el bloque de constitucionalidad, Bidart (1995), señala:

El bloque puede entenderse como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales. (p. 123)

A esto, es pertinente añadir lo que menciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que indica:

Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (Corte IDH, Opinión Consultiva 2/82, 1989, parr. 29)

Bajo este marco constitucional, se concluye que los instrumentos internacionales son fundamentales para justificar la incorporación del divorcio incausado en el ordenamiento jurídico interno del Ecuador, por cuanto, los tratados y los convenios de carácter supranacional al ser reconocidos por la Constitución forman parte del bloque de constitucionalidad; y, por tal motivo, vinculan al Estado y obligan a adoptar medidas concretas conducentes a que se permita el ejercicio de los mismos.

### **3.3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

La Convención Americana de Derechos Humanos establece a “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como uno de los órganos competentes para conocer los

asuntos concernientes a los derechos y principios previstos en dicha convención” (CADH, 1969, art. 33). Con este antecedente, a dicha institución se la puede definir como un órgano principal y autónomo de la Organización de Estados Americanos que se encarga de la promoción y protección de los derechos en el continente americano y que está integrado por siete miembros que representan a todos los países miembros.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado algunos criterios importantes con respecto al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la libertad que son pilares sobre los cuales se apoya el diseño de la figura del divorcio incausado y que merecen ser analizados.

Grote (2003) respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, indica que:

[...] se ha interpretado el derecho al libre desarrollo de la personalidad de manera extremadamente extensiva: protege cualquier actividad humana que no esté cubierta por una garantía más específica. De este modo, todos los aspectos de la libertad individual que no formen parte del ámbito de protección de uno de los derechos fundamentales particulares enumerados gozan al menos de la protección reservada al derecho general al libre desarrollo de la personalidad. (p. 148)

En efecto, este derecho constituye la expresión de la libertad más amplia del ser humano, porque garantiza su autodeterminación y la facultad que tienen los individuos para decidir el destino de su vida, conforme a sus valores, principios, creencias y cultura, sin más limitaciones que los derechos de los demás, es decir, la persona es libre de hacer lo que ha bien le convenga en la medida que sus decisiones y sus actos no causen injustificadamente un perjuicio a un tercero. El derecho citado, es importante para el divorcio incausado debido a que garantiza la

libertad del cónyuge para decidir divorciarse y que su decisión no sea limitada a la comprobación de una causa legal.

Por otro, lado en relación al derecho a la intimidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007) expresa:

Un objetivo principal del artículo 11 de la Convención es proteger a las personas frente a toda acción arbitraria de las autoridades del Estado que infrinja su esfera privada. La garantía contra la arbitrariedad tiene el propósito de asegurar que toda reglamentación (u otra medida) de ese tipo sea congruente con las normas y objetivos de la Convención, y sea razonable en las circunstancias imperantes. (p 40)

El derecho a la intimidad protege que la esfera privada del individuo no sea objeto de injerencias por parte de agentes externos públicos o privados. De esta manera, conforme se señala en el criterio antes enunciado la Convención Americana de Derechos Humanos busca evitar injerencias arbitrarias por parte de las autoridades del Estado. El derecho aludido también sustenta el divorcio incausado en consideración a que, en esta modalidad, para poner fin al matrimonio, no se requiere que se expongan ante el público o frente a una autoridad del Estado las razones que motivan la demanda del divorcio que en la mayoría de los casos corresponden a asuntos inherentes a la vida privada de la pareja y su familia.

A esto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos añade:

[...] el término ilegales significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la Ley. La injerencia autorizada por los Estados solo puede tener lugar en virtud de la Ley, que a su vez debe conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto. La expresión injerencias arbitrarias atañe también a la protección del derecho previsto en el artículo 17. A juicio del Comité, la expresión injerencias arbitrarias puede hacerse extensiva también a

las injerencias previstas en la Ley. Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso. (p. 43)

En definitiva, se puede concluir expresando que, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos busca la tutela y garantía de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de los derechos previstos en cualquier otro instrumento internacional vinculado, tales como, el derecho a la intimidad personal y familiar, el libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a constituir una familia bajo la tutela del Estado.

### **3.4. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**

Es importante citar y hacer referencia a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ya que contiene varias disposiciones relativas al matrimonio que guardan relación con tema del presente trabajo. En el artículo 16, literales a), b) y c) del cuerpo normativo internacional, se determina que:

los Estados partes adoptarán las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución. (CEDAW, 1979, art. 16. a, b, c)

El instrumento internacional citado, está orientado a garantizar la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres y evitar cualquier tipo de discriminación basada en el estatus de mujer. En cuanto al matrimonio se establece que las mujeres tienen el mismo derecho para contraer matrimonio, para elegir libremente con quien casarse; y, para mantener una relación de igualdad en cuanto a los derechos y obligación durante y en su disolución.

Del cuerpo normativo citado, es pertinente extraer dos elementos importantes que son la igualdad y la libre expresión del consentimiento para contraer matrimonio. El derecho de igualdad debe irradiar al matrimonio en todos sus momentos, es decir, al contraerlo, durante su vigencia; y, en su terminación. Los cónyuges deben tener las mismas oportunidades de escoger con quien desean contraer matrimonio, los mismos derechos y obligaciones que se derivan del vínculo matrimonial y las relaciones de familia; y, la misma facultad para decidir cuándo poner fin al matrimonio, sin que exista un obstáculo legal que obligue a quien desee divorciarse a mantenerse casado en contra de su voluntad.

El libre consentimiento es el elemento sustancial que caracteriza al matrimonio, porque esta institución en sí misma es un contrato bilateral, en tal sentido, esta libertad consensual, debe estar presente no solamente al momento de decidir contraer matrimonio, sino también cuando uno o ambos cónyuges decidan poner fin al mismo, dado que es contrario al principio de libertad y autonomía de la voluntad.

Bajo este contexto, el divorcio incausado está sustentado en el derecho a la igualdad y en la libertad del consentimiento, porque se fundamenta en la libertad de cada cónyuge de decidir divorciarse conforme a su deseo voluntario y libre consentimiento, derecho que asiste en igualdad de condiciones a cualquiera de los cónyuges, por lo que responde a los principios

y derechos consagrados en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

### **3.5. Convención sobre los derechos del niño**

En este instrumento, se encuentran principios y derechos que merecen ser tomados en consideración a propósito de establecer el fundamento convencional que sustenta la inclusión del divorcio incausado en la normativa ecuatoriana. Estos principios son la protección que debe proporcionar el Estado para evitar un daño emocional y psicológico al niño, el derecho a la intimidad del menor y el interés superior del niño.

El artículo 3 del instrumento internacional establece que, en una consideración fundamental que se atenderá será el interés superior del niño en todas las medidas concernientes a los niños que toman las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos (CSDN, 1989, art. 3).

Según la Opinión Consultiva la CIDH (2002):

[...] El interés superior del niño es un principio que orienta la normativa de los derechos del niño y que se fundamenta en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar su desarrollo. [...] (Opinión Consultiva No. 17, 2, par. 61).

A lo mencionado, cabe añadir el criterio de Cillero (2010) quien menciona que el interés superior del niño “propugna la igualdad, sostiene que este es un ser humano más, pero con mayores derechos que el resto de personas, es decir que tienen una tutela complementaria” (p. 36). Por su lado, Revilla (2011) expresa que, “El interés primordial del niño es, en modo alguno, menos que la plena satisfacción de sus derechos” (p. 42).

El principio del interés superior del niño se relaciona con el divorcio injustificado porque los derechos e intereses de estos se tienen en cuenta cuando se toma la decisión de disolver un matrimonio. Como resultado, el proceso legal de divorcio debe estructurarse de modo que los derechos de los hijos menores no se vean afectados. El divorcio por causales no tutela adecuadamente este interés superior del niño, porque al requerir de un juicio contencioso y de naturaleza pública, expone al menor a un escenario de conflicto, en cual, observa como sus padres litigan y exponen ante los demás las razones en las que se basa su rompimiento marital, situación que conlleva una carga emocional y psicológica que lo pueden afectar.

El divorcio incausado se acopla de mejor manera con el interés superior del niño, porque alivia esa carga emocional y psicológica que lleva implícita el divorcio por causales, pues este tipo de divorcio no involucra un conflicto litigioso en el cual se tenga que probar la existencia de una causal legal, solamente basta con la decisión de uno de los cónyuges para dar por terminado el vínculo matrimonial, se trata de un proceso sencillo, rápido y eficaz que evita o al menos reduce la afectación emocional y psicológica que pudiere recaer sobre los hijos menores de edad.

Además, en esta Convención se establece que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honor y reputación; Además que el niño tiene derecho a la protección jurídica frente a las agresiones o lesiones (CSDN, 1989, art. 16). Como se había indicado con anterioridad el derecho a la intimidad se protege con la implementación del divorcio incausado, ya que se evita que expongan las razones o causales en las que se funda el divorcio, lo cual, beneficia a los hijos menores, todo lo que es concordante con el artículo 19 de la mencionada Convención que establece “los Estados miembros adoptarán todas las medidas legislativas,

administrativas, sociales y educativas necesarias para salvar a los niños de cualquier tipo de daño o abuso físico o psicológico ” (CSDN, 1989, art.19).

## **Capítulo IV: Sentencia matrimonio igualitario no. 11-18-cn/19 y el derecho a la vida privada e intimidad familiar con el derecho al libre desarrollo de la personalidad**

### **4.1. Antecedentes procesales y hechos del caso**

En Ecuador, la Corte Constitucional, mediante sentencia No. 11-18-CN/19, dictada el 12 de junio de 2019, reconoció:

el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio; además, en este fallo, se estableció que la Opinión Consultiva OC24/17 referente a la “Identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” de la Corte Interamericana de Derechos, constituye una interpretación auténtica y vinculante que forma parte del bloque de constitucionalidad para reconocer derechos o determinar el alcance de derechos en el Ecuador. (CRE-11-18-CN/19, 2019)

El fallo constitucional citado, es importante porque analiza los derechos a la familia, al matrimonio, a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar, a la libre contratación, entre otros aspectos, que constituyen la base sobre la cual se sustenta la posibilidad y la viabilidad constitucional, para que, la figura jurídica del divorcio incausado pueda ser incorporada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. En este sentido, a continuación, se desarrollan y analizan los principales puntos de la sentencia constitucional.

El 13 de abril de 2018, Efraín Enrique Soria Alba y Ricardo Javier Benalcázar Tello, acudieron al Registro Civil, para requerir la celebración e inscripción de su matrimonio. La entidad pública, mediante Oficio No. DIGERCIC-CGAJ.DPN-2018-0005-O de 7 de mayo del 2018, negó la petición de los comparecientes, porque de acuerdo con el inciso final del artículo

67 de la Constitución de la República del Ecuador y demás normativa jurídica interna vigente en aquel entonces, el matrimonio cabía únicamente entre hombre y mujer.

Ante la negativa de la autoridad administrativa, Efraín Enrique Soria Alba y Ricardo Javier Benalcázar Tello, el 9 de julio de 2018, al amparo de lo establecido en el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador, decidieron comparecer ante la justicia constitucional, mediante la interposición de una acción de protección, por considerar que el Registro Civil con su actuación había vulnerado sus derechos constitucionales a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la protección de la familia y el derecho a la seguridad jurídica.

En su demanda, los actores requirieron que se aplique la opinión consultiva OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, emitida por la CIDH, en la que, se determina que los Estados parte del Sistema Interamericano deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el acceso a la figura del matrimonio a las parejas de mismo sexo. Además, como parte de su pretensión, requirieron la reparación integral de sus derechos constitucionales vulnerados.

El conocimiento de la demanda constitucional interpuesta, luego del sorteo de Ley, le correspondió al Juez de la Unidad Judicial de Tránsito con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, quien en sentencia dictada el 14 de agosto de 2018, invocó los artículos 67 de la Constitución de la República del Ecuador, 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles que establecen que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer; determinó que no existió violación de derechos constitucionales, entre otras cosas, porque el Estado no ha impedido que los accionantes puedan formar una familia, en

razón que mantenían la unión de hecho, razón por la cual, resolvió declarar improcedente la acción de protección interpuesta.

De esta decisión, los legitimados activos formularon recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Los jueces de este tribunal, mediante Oficio Nro. 5086-SUPCP-OS de 18 de octubre de 2018, en aplicación del artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador elevaron en consulta a la Corte Constitucional del Ecuador lo siguiente: “si la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establece derechos más favorables, porque faculta contraer matrimonio entre personas del mismo sexo; si la Opinión es constitucional y aplicable sin que se proceda en forma previa a reformar los artículos 67 de la CRE, 52 de la LOGIDAC y 81 del CC, y de las demás normas y reglamentos existentes sobre el tema, sin que se vulnere el principio de supremacía de la Constitución y principio pro homine”.

En virtud de la consulta de norma propuesta, el 12 de junio de 2019, la Corte Constitucional del Ecuador, luego del procedimiento interno correspondiente, dictó la sentencia No. 11-18-CN/19, en la que resolvió reconocer el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, en base a una interpretación sistemática y que más favorezca a la plena vigencia de los derechos constitucionales.

#### **4.2. Relación de familia y matrimonio**

En relación con la familia, la Constitución de la República del Ecuador, reconoce los “diversos tipos de familia; y, la define como el núcleo fundamental de la sociedad. En este contexto, la norma constitucional establece como deber del Estado, el garantizar condiciones que ayuden de manera integral a la consecución de sus fines” (CRE, 2008, art. 67). Además, se determina que las familias pueden formarse ya sea por vínculos jurídicos o, de hecho,

especificando que las familias constituidas se basan en una relación de igualdad de los derechos y oportunidades de sus integrantes.

La norma constitucional recoge varios aspectos relevantes. En primer lugar, tiene el acierto de reconocer que en la sociedad coexisten varios tipos de familia distintos a la familia convencional o tradicional, es decir, establece un criterio inclusivo no excluyente. En segundo lugar, se impone al Estado el deber de proteger a la familia y garantizar que se logren alcanzar sus fines. Finalmente, se debe destacar que los diversos tipos de familias pueden constituirse por vínculos jurídicos o, de hecho, como son el matrimonio y la unión de hecho.

Por su lado, Bustamante (2013) define a la familia como “un sistema social natural, integrado por personas que interactúan entre sí con un fin común” (p. 39); por consiguiente, se puede entender a la familia como aquel ámbito de interacción social en donde sus miembros comparten afectos, se presentan conflictos, diferencias, que aportan a su desarrollo humano. Gallego (2012) sostiene que la familia es un “escenario de encuentro social que construye la historia personal de los individuos y que trasciende la consanguinidad, pues su énfasis se puede encontrar en la socialización de sus miembros” (p. 326).

El concepto de familia trasciende el ámbito de lo jurídico, porque, además, tiene una connotación social, cultural, entre otras más. Sin embargo, lo importante es entender que la potestad para formar una familia constituye un derecho constitucional y un derecho humano que asiste a todos los seres humanos, que garantiza el Estado constitucional de derechos y justicia y que se materializa a través de un vínculo jurídico o de hecho como el matrimonio o la unión de hecho.

La Corte Constitucional en la sentencia de matrimonio igualitario analiza el concepto de familia, haciendo énfasis en que el concepto de familia de acuerdo con la Constitución se basa

en dos principios fundamentales que son el de diversidad e igualdad de sus miembros. También destaca que el Ecuador es un Estado plurinacional que reconoce la existencia de diversas nacionalidades, las cuales tienen diferentes concepciones de lo que se debe entender por una familia, de allí la importancia que la norma constitucional reconozca los diversos tipos de familia.

En el fallo constitucional se determina que la familia es un derecho-fin que asiste a toda persona en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna; en tanto que, el matrimonio es un derecho-medio que posibilita a las personas el acceso a constituir una familia, al igual que otros medios como el matrimonio religioso o la unión de hecho. Bajo este criterio jurisprudencial, se puede indicar que al ser un derecho constitucional que asiste a todo ser humano sin discriminación alguna, las figuras jurídicas del matrimonio deben estar al alcance y disposición de todos sin discriminación alguna.

De lo señalado, se desprende que el matrimonio puede ser considerado como el medio para formar una familia. En tal virtud, es importante analizar los principales elementos o principios jurídicos que descansan sobre la institución jurídica del matrimonio. Según el inciso segundo del artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, “el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, el cual está basado en el libre consentimiento de quienes deciden contraerlo, así como en la igualdad de sus derechos y obligaciones y su capacidad legal” (CRE, 2008, art. 67).

La norma constitucional proporciona algunos principios importantes que aplican al matrimonio. Uno de ellos es el principio de libertad del consentimiento de los contrayentes, el cual, debe ser entendido como un derecho conexo al matrimonio, a partir de la interdependencia que caracteriza a estos derechos. En función de aquello, cada persona es libre de contraer

matrimonio con quien desee en el momento que lo considere oportuno, una vez que ha cumplido la mayoría de edad y ha cumplido los requisitos legales exigidos para el efecto; pues, en definitiva, el matrimonio es un contrato que requiere de la expresión de la voluntad libre y espontánea de los contratantes, siendo este el elemento esencial para crear un vínculo jurídico generador de derechos y obligaciones.

El derecho de libertad consensual sobre el que descansa la institución matrimonial, también debe ser aplicado a la institución del divorcio, es decir, también debe concebirse como un derecho la libertad que debe asistir a una persona para que pueda divorciarse en el momento en que así su voluntad lo requiera, pues bajo el principio jurídico que señala que: “las cosas en derecho se deshacen como se hacen”, si el matrimonio se funda en la libertad de los contrayentes el divorcio también debe estar basado en esta libertad. Bajo este razonamiento, se tiene que, la libertad del consentimiento es uno de pilares descansa la constitucionalidad del divorcio incausado y que se analizará con mayor profundidad más adelante.

Por otro lado, la norma constitucional establece que el matrimonio se funda en la igualdad de los derechos y obligaciones de sus miembros, siendo así, cada integrante debe tener iguales oportunidades para tomar decisiones dentro del vínculo matrimonial; por ende, bajo esta lógica, cada integrante también debe gozar del derecho de decidir divorciarse cuando así lo desee, por voluntad propia, sin necesidad de probar causales legales para dejar sin efecto el vínculo jurídico; pues es contrario a los derechos de libertad el mantener vigente el matrimonio en contra del consentimiento de uno sus miembros.

El Código Civil, define al matrimonio como un “contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente” (CC, 2005, art. 81). El concepto legal, refuerza la idea de libertad consensual que caracteriza a esta institución, toda

vez que, al determinar que el matrimonio es un contrato, se está indicando que es un acuerdo de voluntades, por el cual dos personas crean un vínculo jurídico generador de derechos y obligaciones, por esta misma razón, cuando se extingue esta voluntad por parte de uno de sus integrantes debería caber el divorcio sin más requisitos que la expresión de la decisión de culminar el vínculo matrimonial.

En la sentencia de matrimonio igualitario, la Corte Constitucional se separa de la interpretación literal del concepto de matrimonio, al considerarla restrictiva porque no toma en cuenta otras normas jurídicas constitucionales y otras posibles interpretaciones, dado que, solo admite el matrimonio entre parejas heterosexuales, lo cual vulnera derechos constitucionales. Ante aquello, el máximo organismo de administración de justicia constitucional recurre a una interpretación sistemática de la Constitución, en tal virtud, parte de la premisa por la cual se reconoce a toda persona el derecho a formar una familia y a esto añade el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación en razón de orientación sexual; y, luego del análisis correspondiente concluye que la concepción del matrimonio como la unión entre una hombre y una mujer atenta contra el derecho a la igualdad y resulta discriminatorio, por lo que, deviene en inconstitucional.

Después del análisis correspondiente, la Corte Constitucional, en relación a la definición del matrimonio concluye que no puede existir un concepto único y excluyente, menos aún, en un Estado plurinacional y diverso como el Ecuador, por lo que, se debe escoger la interpretación que más favorezca la vigencia de derechos y que permita a la mayor cantidad de personas ejercerlos, reconociendo el derecho de matrimonio tanto a las parejas heterosexuales como a los mismo sexo.

La interpretación sistemática de la Constitución que más favorezca a la real vigencia de los derechos empleada por la Corte Constitucional en la sentencia de matrimonio igualitario, también, puede ser trasladada y aplicada para establecer la constitucionalidad del divorcio incausado. Los derechos constitucionales al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar y a la libertad de contratación, evidentemente, se ven garantizados con la introducción del divorcio incausado dentro del ordenamiento jurídico interno, contrario a la situación en que se encuentran con el divorcio por causales o divorcio contencioso conforme se explicará más adelante.

#### **4.2.1. Tipos de familia**

El artículo 67 de la Constitución de la República reconoce los diversos tipos de familia. En virtud de esta disposición, en la sentencia analizada, la Corte Constitucional refirió que estos diversos tipos de familia no son taxativos, sino que es un concepto abierto que depende de la realidad social y de la nacionalidad de que se trate. El máximo organismo de administración de justicia constitucional enfatiza que lo importante, es que “los miembros de una familia pueden formarse por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes” (CCE-11-18-CN/19-2019).

Bajo este razonamiento jurisprudencial los diversos tipos de familia tienen protección del Estado y pueden ser familias transnacionales, con jefas de hogar, con personas con discapacidad o privadas de libertad, familias heterosexuales, familias ensambladas, familias ampliadas y familias homosexuales, y más que puedan existir y manifestarse en la sociedad.

De lo manifestado, queda en evidencia que los tipos de familia no pueden ser enumerados ni constan en un catálogo definido. El concepto de tipos de familia tiene el carácter abierto y no excluyente, en donde se incorpora cualquier forma de organización social básica

que, unida por vínculos de sangre, afectivos, jurídicos, entre otros, pueda ser entendida como familia.

El criterio fundamental establecido por el organismo jurisdiccional es que el derecho a formar una familia es un derecho constitucional y un derecho humano, razón por la cual, no puede ser restringido a nadie; entonces, considerando que el matrimonio es uno de los principales medios para fundar una familia, nadie puede ser privado de tal institución y no es justificable que el matrimonio este reservado a parejas heterosexuales excluyendo a las parejas del mismo sexo.

Se debe entender que, del derecho a constituir una familia, se derivan o se encuentran implícitas varias instituciones jurídicas como el matrimonio y también el divorcio, de allí que lo importante es tomar en cuenta que el formar una familia es un derecho humano que asiste a toda persona con independencia de su condición, por ello, el matrimonio así como también el divorcio debe estar a disposición de cualquier persona, basado en la igualdad y en el libre consentimiento de las partes contratantes.

#### **4.2.2. Elementos que integran el divorcio incausado acorde a la constitucionalidad**

En un Estado constitucional de derechos y justicia, la constitucionalidad del divorcio incausado descansa sobre los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la autonomía de la voluntad, la intimidad personal y familiar, la armonía familiar, entre otros. El Ecuador reconoce y garantiza estos derechos en el texto de la Constitución de la República, así como también, la Corte Constitucional ha desarrollado jurisprudencialmente el contenido de estos, especialmente, en la sentencia comentada en este capítulo.

La Constitución de la República del Ecuador, reconoce “el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás” (CRE, 2008, art.66.5).

Sobre este derecho, Alexy (2008) afirma que es el “núcleo de la libertad de hacer y omitir lo que se quiera, por lo tanto, se trata de la libertad mirada de la manera más amplia posible, pues no opera respecto de una conducta determinada ni en un ámbito específico” (p. 299). En este mismo sentido, Del Moral (2012) señala que el libre desarrollo de la personalidad confiere a toda persona “la posibilidad de determinar autónomamente su plan de vida; siempre y cuando no interfiera con la autonomía de los demás, es decir se respetará los derechos del ser humano como una persona individual pero también como colectivo” (p. 63). Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador refiriéndose al libre desarrollo de la personalidad sostiene que es la potestad inherente a las personas para autodeterminarse, decidir sus propios fines y escoger los medios para alcanzarlo, siempre que se respeten los derechos de las otras personas.

De los criterios doctrinarios y la jurisprudencia enunciados, se pueden extraer dos aspectos importantes del libre desarrollo de la personalidad. El primero, consiste en que este derecho supone la facultad que asiste a las personas para tomar sus propias decisiones de forma libre y voluntaria sin coacción de ningún tipo, es decir, se trata de la potestad para definir su proyecto de vida conforme a sus propias inclinaciones, convicciones, intereses y deseos; y, el segundo, radica en que, el límite de este derecho está dado por el respeto a los derechos de los demás. De allí que, el libre desarrollo de la personalidad descansa sobre el principio fundamental y el derecho de una persona termina en donde empieza el derecho de otra, por consiguiente, una persona es libre de tomar sus decisiones, en tanto y en cuanto no afecte a los derechos de los demás.

La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 11-18-CN/19 tomó en consideración el derecho al libre desarrollo de la personalidad para establecer que las personas de un mismo sexo son libres para decidir casarse y formar una familia, porque es parte del plan de vida de las personas decidir los fines que persiguen y seleccionar los medios para alcanzarlos.

Adicionalmente, el máximo organismo constitucional analizó que la incorporación del matrimonio homosexual no ocasionaría un daño real, concreto y que pueda ser medido a las parejas heterosexuales; por consiguiente, se llegó a la conclusión de que impedir arbitrariamente las aspiraciones de las personas que dan sentido a la vida, tales como la decisión de contraer matrimonio, podría devenir en una violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Tomando como punto de partida las consideraciones anotadas; y, si se traslada el libre desarrollo de la personalidad y se lo aplica a la figura jurídica del divorcio, se puede realizar un análisis parecido al formulado por el órgano constitucional en la sentencia analizada, en el sentido que, cada persona es libre para decidir en qué momento quiere divorciarse, pues no puede estar atada a un vínculo matrimonial en contra de su voluntad, de allí que, bajo el ámbito de tutela de este derecho no sería necesario probar causales concretas y tramitar un juicio dilatado para poder dar por terminado el vínculo matrimonial; ya que, bastaría con la decisión de uno de los cónyuges.

En cuanto a si la decisión de divorcio expresada de forma libre y voluntaria por parte de uno de los consortes afecta o violenta los derechos de los demás, se puede sostener que no se constata un daño real, concreto y que pueda ser medido a terceros. Tal vez existiría una afectación emocional del contrayente que no está de acuerdo con el divorcio, pero en este caso habría que sopesar los derechos de ambos integrantes del matrimonio y en qué medida es justificable no permitir un divorcio incausado, en detrimento de los derechos de la persona que ha tomado la decisión de divorciarse; siendo así, el imposibilitar que una persona pueda divorciarse cuando así lo haya decidido; y, obligarla a probar causales determinadas, sin que pueda terminar el vínculo matrimonial, devendría en una afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Otro de los pilares sobre el cual se asienta la constitucionalidad del divorcio incausado y la posibilidad de su incorporación en el ordenamiento jurídico interno del Ecuador es el derecho a la intimidad personal y familiar. Este derecho está reconocido a nivel constitucional en el artículo 60, numeral 20; y, también, consta en instrumentos internacionales de derechos humanos, por ende, es de directa e inmediata aplicación e irradia a todo el ordenamiento jurídico de rango inferior

Según Iglesias (1971), existen varios puntos de vista respecto al derecho a la intimidad:

La concepción americana que entiende que la intimidad está dentro del campo de la vida privada que tutela el derecho; por otro lado, según la mirada de los italianos, la intimidad consiste en excluir de los demás el conocimiento de la persona misma; en España se tutela que la intimidad no sea conocida por terceras personas (p. 12)

Bajo esta perspectiva, Pierini, Lorences, Tornabene, (1998) definen a la intimidad como la “facultad de tener un domicilio particular, papeles privados, ejercer actividades, tener contactos personales y pensamientos que no trascienden a terceros, en virtud del interés personal de no hacerlos públicos cuando se trata de hechos privados” (p. 37).

Este derecho ha sido susceptible de desarrollo jurisprudencial a través de la expedición de las sentencias de la Corte Constitucional. Por ejemplo, en el fallo que se analiza, el organismo de administración de justicia constitucional mencionó que este derecho impone al Estado una obligación de no intervención en la vida privada de la persona y su familia, es decir, se trata de proporcionar una protección frente a injerencias o intromisiones no justificadas en el ámbito privado de la vida de la persona. Tradicionalmente este derecho ha estado ligado con la no injerencia en el domicilio y en la correspondencia de una persona.

Los organismos internacionales tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han otorgado un ámbito de tutela amplio al derecho a la intimidad personal y familiar, al establecer que no se limita a la privacidad, dado que, además, comprende derechos y principios relacionados e interdependientes, como la dignidad humana, la prerrogativa para desarrollar la personalidad, definir sus relaciones personales, definir su identidad, incluyendo el derecho a la autonomía personal.

En la sentencia se determina que la decisión de una persona para contraer matrimonio es parte del núcleo de la vida privada y de la autonomía de la persona para adoptar decisiones, de allí que esta tutelado por el derecho a la intimidad personal y familiar. Siguiendo este orden de ideas y llevándolas al campo del divorcio, se puede sostener que este derecho también protege la decisión de una persona a divorciarse y demanda la no intervención del Estado en la adopción de esta resolución.

En la figura del divorcio por causales, es notorio que la exigencia impuesta por el Estado a través de la legislación civil encaminada a probar una causa concreta para disolver el vínculo matrimonial, podría entrar en conflicto con el derecho a la intimidad personal y familiar, dado que, esta figura jurídica obliga a exponer los motivos o razones inherentes a la vida privada de una persona e incluso de su núcleo familiar, no solo a exponerlos ante un tercero que es el juez, sino ante la sociedad, bajo el principio de todos los procedimientos administrativos y judiciales son públicos.

Las razones que justifican la disolución del vínculo matrimonial naturalmente no son agradables para quien busca divorciarse; y, menos aún, es cómodo que estos motivos sean expuestos ante un tercero ajeno al núcleo familiar y sean públicos ante la sociedad; por tal motivo, el divorcio por causales resulta contrario al derecho a la intimidad personal y familiar;

por lo tanto, siendo coherentes con el ámbito de protección y la no injerencia del Estado atribuible a este derecho, es viable y posible constitucionalmente establecer un divorcio incausado, en el cual, la persona en ejercicio de su autonomía y sus derechos a libertad tome la decisión de divorciarse sin necesidad de hacer públicas las razones que le asisten para el divorcio.

A los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar, se debe añadir la libertad de contratación como un elemento de constitucionalidad que posibilita la incorporación del divorcio incausado en el orden jurídico interno del Ecuador, porque se debe entender que, por definición legal, el matrimonio en sí mismo es un contrato solemne en el que intervienen la voluntad de dos personas; en tal virtud, el divorcio al ser la conclusión del vínculo matrimonial lleva implícito también los principios que irradian la institución matrimonial como la libertad de contratación que ostenta el rango de un derecho constitucional, contemplado de forma expresa en el artículo 66, numeral 14 de la Constitución.

Según Duguit (1920), la libertad de contratación consiste en aquella “potestad de la persona de generar por un acto de voluntad una situación de derecho concreta, es decir, es la facultad de querer jurídicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido” (p. 69). Por su lado, López (1986) sostiene que “la libertad de contratación parte de la premisa por la cual toda obligación reposa sobre la voluntad de las partes, ya que ésta es la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce” (p. 165). El fundamento del derecho a la libertad de contratación descansa en el principio de autonomía de la voluntad. A este respecto, Fernández (2000) indica que este “derecho de libertad contractual implica una estrecha relación entre libertad y voluntad. La autonomía de la voluntad es el núcleo generador de las relaciones jurídicas: “sin libertad y sin voluntad son ellas inimaginables, inconcebibles” (215).

A partir de los criterios doctrinarios citados, se puede afirmar que el pilar fundamental sobre el que se asienta la validez jurídica de un contrato cualquiera que sea su naturaleza, es la voluntad de las partes contratantes, pues si no existe consentimiento el contrato no nace a la vida jurídica. Siguiendo este orden lógico de ideas, se debe entender que un contrato bilateral no puede mantenerse vigente si no existe la voluntad de una de las partes contractuales para seguir en la relación jurídica a menos que existan obligaciones pendientes que impidan terminar el acuerdo de voluntades.

En la sentencia constitucional, el máximo organismo de administración de justicia constitucional del Ecuador, enfatizó que “el matrimonio es un contrato solemne que posee características especiales que lo distinguen del resto de contratos civiles, en razón que constituye el medio para constituir una familia, la cual, de acuerdo con el texto constitucional es el núcleo fundamental de la sociedad” (CCE-11-18-CN/19-2019). La Corte Constitucional destacó la naturaleza consensual del matrimonio y las restricciones legales que existen a nivel legal para garantizar su voluntariedad, además, precisó que en el contrato de matrimonio convergen elementos de la voluntad, afectivos y tradiciones culturales.

En virtud de la doctrina y la jurisprudencia invocadas, se debe señalar que, el matrimonio es un contrato que se basa en libre y espontáneo consentimiento de las partes, por ende, esta misma libertad debe estar presente en el divorcio. La persona debe tener la libertad de expresar su voluntad para dar por terminado el vínculo matrimonial sin necesidad de exteriorizar las razones que motivan su decisión, porque, como se indicó anteriormente, el probar los motivos y encuadrarlos en una de las causales legales afecta y podría limitar el derecho a la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad.

### **4.3. Proyecto de Reforma normativa.**

#### **Proyecto de Ley Reformatoria al Código Civil**

##### **Exposición de motivos**

El divorcio es la institución jurídica que pone fin al vínculo matrimonial que une a dos personas, su transcendencia va más allá de lo jurídico, porque comprende connotaciones sociales, religiosas y culturales, es decir, se trata de una institución sumamente importante que rige las relaciones de las personas en sociedad; por ello, requiere especial atención de parte del legislador, para que esté acorde con la realidad social y responda a los constantes cambios y a la evolución del ser humano.

Las sociedades modernas poco a poco han ido implementados cambios en sus ordenamientos jurídicos civiles, para que, por una parte, el divorcio obedezca a las necesidades y a la realidad de la sociedad; y, por otra parte, que la institución del divorcio se encuentre acorde con los principios y los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos; esto, en el contexto global y transnacional hacia el cual avanza la tendencia del derecho contemporáneo.

A nivel internacional, se tiene que, uno de los principales cambios es el establecimiento del denominado “divorcio incausado” en lugar o en sustitución del divorcio contencioso o por causales. En los ordenamientos jurídicos de México, Argentina, España y Suecia se ha incorporado el divorcio incausado, el cual se basa en la libre y espontánea expresión de la voluntad de uno de los cónyuges para divorciarse, sin que sea necesario probar la existencia de una causal determinada ante un juez y mediante un proceso judicial que habilite al individuo dar por terminado el matrimonio.

El divorcio incausado encuentra su sustento jurídico en los derechos contemplados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, libertad de contratación y a la autonomía de la voluntad personal. Dichos derechos justifican y dan viabilidad a la incorporación de esta modalidad de divorcio en los diferentes ordenamientos jurídicos de los países que otorgan fuerza vinculante a los tratados internacionales.

En Ecuador, la legislación civil prevé dos tipos de divorcio. El divorcio por mutuo consentimiento que se basa en la presencia de la voluntad de las personas contrayentes para dar por terminado el matrimonio; y, el divorcio por causales o contencioso, en el cual solo existe la voluntad de una de las personas contrayentes para divorciarse, quien a pesar de no querer mantener vigente el vínculo matrimonial, legalmente se encuentra obligado a probar la existencia de un motivo determinado y acudir a una autoridad judicial para que mediante un juicio se declare el fin del matrimonio.

El derecho al libre desarrollo de personalidad consagrado en el artículo 66, numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce la facultad de la persona para hacer o dejar de hacer lo que considere pertinente conforme a sus deseos e intereses, es decir, establece el derecho para tomar decisiones libres sin más restricciones que los derechos de los demás. En este sentido, el ser humano es libre de decidir cuándo y en qué momento quiere divorciarse, sin necesidad de expresar las razones que motivan su decisión, porque no puede permanecer atado al vínculo matrimonial en contra de su voluntad. En la actualidad, la ley civil limita este derecho cuando obliga a la persona que quiere divorciarse probar una causal concreta, porque, en la práctica resulta que, si no se logra demostrar su existencia, la persona se ve forzada a mantener el matrimonio en contra de su voluntad. Por tal motivo, cabe la incorporación del

divorcio incausado a fin de que, la legislación civil mantenga armonía con este derecho constitucional.

El derecho a la intimidad personal y familiar establecido en el artículo 66, numeral 20 de la Constitución de la República protege la vida privada de la persona y la familia. Las razones que propician un divorcio evidentemente están relacionadas con la dimensión privada de vida los cónyuges, en tal sentido, cuando el Código Civil exige probar una causal mediante un juicio contencioso, expone a la luz pública los temas inherentes a la vida privada de la pareja, lo que resulta contrario a este derecho constitucional. El divorcio incausado es armónico con la intimidad de los consortes porque no es necesario expresar las razones que motivan la decisión de culminar con el vínculo matrimonial, basta con la voluntad de la persona y con exteriorizar su decisión, siendo viable su establecimiento en la legislación ecuatoriana.

El derecho a la libertad de contratación determinado en el artículo 66, numeral 16 de la Constitución de la República garantiza la autonomía de la voluntad para contratar y para terminar la relación contractual. La legislación civil define al matrimonio como un contrato, sin embargo, restringe la libertad para culminar el vínculo matrimonial, dado que no basta con la expresión de la sola voluntad de uno de los contratantes, pues el Código Civil exige que cuando no existe la voluntad de ambas partes se debe probar la existencia de una causal que justifique el divorcio, por este motivo, es necesario que se incorpore el divorcio incausado en la legislación civil del país, para tutelar la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad.

Adicionalmente, se debe destacar que la dinámica social demanda agilidad, rapidez y prontitud en los trámites administrativos y judiciales, de tal forma que, el divorcio incausado encaja en esta línea, porque al no requerir que se pruebe una causal concreta, el procedimiento

garantiza economía procesal y eficiencia. Así, el divorcio incausado en correlación al divorcio contencioso no solo que asegura la vigencia de los derechos constitucionales, sino, además, resulta práctico y ágil en la dinámica de la sociedad moderna.

En atención a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad, reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como también, en consideración al derecho comparado de los países en que se ha incorporado este tipo de divorcio, es constitucional, necesario y pertinente que en el Ecuador se establezca dentro de la legislación civil el divorcio incausado.

### **LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR**

**Que**, la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 1 establece: *“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada...”*

**Que**, el numeral 1 del artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador determina que es deber primordial del Estado: *“Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...”*

**Que**, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 11, numeral 3 señala: *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos*

*humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte...*”

**Que**, el numeral 5 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador determina: “(...) *En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia...*”

**Que**, la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 11, numeral 7, expresa: “(...) *El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento...*”

**Que**, el numeral 5 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce: “(...) *El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás...*”

**Que**, la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 66, numeral 16 garantiza: “(...) *El derecho a la libertad de contratación...*”

**Que**, el numeral 20 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador consagra: “(...) *El derecho a la intimidad personal y familiar...*”

**Que**, la Constitución de la República del Ecuador el artículo 67 establece: “*Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos*”

*y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”*

**Que**, el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador expresa: *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”*

**Que**, la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 425 determina: *“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos (...)”*

**Que**, el artículo 11, numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señala: *“(...) Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación...”*

**Que**, la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 17, numerales 1, 2, 3 y 4 manifiesta: *“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para*

*ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos...”*

**Que**, el artículo 15, numerales 1 y 2 del Protocolo de San Salvador señalan: *“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna...”*

**Que**, la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 12, consagra el derecho, por el cual: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”*

**Que**, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa: *“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos, podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”*

**Que,** la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo 5 proclama: *“Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.”*

**Que,** el artículo 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece el: *“Derecho a la constitución y a la protección de la familia. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.”*

**Que,** la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en el artículo 16, literales a), b) y c), determina: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución...”*

**Que,** la Convención sobre los derechos del niño en el artículo 3, numeral 1, manifiesta: *“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...”*

**Que,** la Corte Constitucional del Ecuador mediante sentencia Nro. 11-18-CN/19, determinó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad consiste en: *“(…) la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus*

*propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden (...)*”

**Que**, la Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia Nro. 11-18-CNE/19 con relación al derecho a la intimidad personal y familiar manifestó que: *“(...) la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros (...)*”

**Que**, en la sentencia Nro. 11-18-CN/19, la Corte Constitucional del Ecuador reconoció la libertad de contratación respecto al contrato de matrimonio, cuando expresó: *“(...) El derecho a la libertad de contratación, reconocido en la Constitución, no hace distinción alguna sobre el tipo de contrato. Se entiende que la regulación de la contratación se encuentra desarrollada en las leyes. Una de ellas, quizá la más importante, es el Código Civil. El contrato, según el Código Civil, "es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa" (artículo 1454). De los múltiples contratos reconocidos en el sistema jurídico ecuatoriano, el matrimonio es uno de los que tiene un régimen especial. Además, el propio Código Civil, cuando se requiere a los efectos de la ley, establece que "a nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley" (artículo 8)...”*

**Que**, la Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia Nro. 11-18-CNE/19 con relación al derecho a la intimidad personal y familiar manifestó que: *“(...) el reconocimiento de derechos por remisión a los instrumentos internacionales, las autoridades del Estado deben*

*observar el desarrollo normativo jurisprudencial y doctrinario de los mecanismos de protección internacional de derechos humanos. Son fuentes del derecho, entonces, los convenios internacionales de derechos humanos, las declaraciones de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH, las observaciones generales de los comités de derechos humanos, las opiniones consultivas de la Corte IDH, los informes de los relatores temáticos y grupos de trabajo de Naciones Unidas, las recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, entre otros...”*

**Que**, en la sociedad moderna existe un evidente cambio en la forma de concebir las relaciones de pareja, de tal forma que, el divorcio se presenta como una institución que debe estar a disposición de los cónyuges para solucionar sus problemas y no prolongarlos innecesariamente como ocurre en la actualidad con la vigencia del divorcio por causales;

**Que**, es inconveniente perpetuar el conflicto entre los cónyuges en un proceso judicial en que se debe probar la existencia de una causa legal que sacrifica la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones no puede ser tomada a las personas por ella vinculadas.

**Que**, el derecho al libre desarrollo de la personalidad consiste en la facultad reconocida constitucionalmente a la persona para decidir de forma libre y voluntaria que hacer con su vida, sin más restricciones que los derechos de los demás, motivo por el cual, no se puede limitar la voluntad de la persona que desea divorciarse a la comprobación de causas legales.

**Que**, el derecho a la intimidad personal y familiar, demanda de un proceso de divorcio, en el cual, se evite exponer a la luz pública los motivos de la disolución del vínculo matrimonial que pertenecen a la esfera privada de la pareja y su familia.

**Que,** el derecho a la libertad de contratación se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, quienes con su decisión pueden mantener vigente o dejar sin efecto el contrato de matrimonio de acuerdo con sus deseos.

**Que,** el Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos y justicia otorga fuerza vinculante a los instrumentos internacionales de derechos humanos, razón por la cual, el Ecuador debe acoplar sus instituciones jurídicas a los derechos humanos, siendo necesario modificar la institución del divorcio a fin de que guarde armonía con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar y a la libertad de contratación

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales expide la siguiente:

### **Ley Reformatoria al Código Civil**

**Art. 1.-** Sustitúyase el artículo 106 por el siguiente:

**Art. 106.-** El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio. El divorcio podrá ser pedido por uno o ambos cónyuges, cuando cualquiera de ellos lo solicite ante la autoridad judicial manifestando su deseo de poner fin al matrimonio, sin que se requiera expresar la causa por la cual se solicita. La autoridad judicial, dispondrá la disolución del vínculo matrimonial, siempre y cuando se cumplan los requisitos determinados en el siguiente artículo.

**Art. 2.-** A continuación del artículo 106, agréguese el siguiente artículo innumerado:

**Art. (...).** - El cónyuge que unilateralmente active el juicio de divorcio deberá adjuntar a su demanda la propuesta de acuerdo para regular las consecuencias relativas a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:

a) La indicación de la persona que tendrá a su cargo la tenencia de los hijos menores o incapaces;

b) La modalidad del régimen de visitas, en virtud del cual, el progenitor que no tenga la tenencia de los hijos pueda verlos; y,

c) La fijación de la pensión de alimentos para los hijos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento.

**Art. 3.-** Deróguense los artículos 107, 110 y 124 del Código Civil y toda aquella disposición jurídica contraria a la presente reforma.

## CONCLUSIONES

- Según la legislación civil vigente en el Ecuador, el divorcio es la institución jurídica que disuelve el vínculo matrimonial y pone a los cónyuges en aptitud legal para contraer nuevo matrimonio. El ordenamiento jurídico del país, actualmente, existen dos modalidades de divorcio: **a.** Por mutuo consentimiento de los cónyuges; y, **b.** el divorcio por causales o contencioso.
- El divorcio por causales es aquel en que el actor de la demanda tiene que probar que su cónyuge ha incurrido en una causa legal, la cual, permite poner fin al matrimonio. Así, esta modalidad de divorcio, se produce cuando existe la voluntad de una sola de las partes para disolver el vínculo matrimonial en oposición a la otra, razón por la cual involucra conflicto y contradicción entre los cónyuges, así como un proceso judicial prolongado, pues no basta con la expresión de la voluntad de uno los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial, sino que se debe probar una causa legal que está relacionada normalmente con el incumplimiento de los deberes conyugales por parte del cónyuge demandado.
- El divorcio incausado es una nueva forma de poner fin al matrimonio que ha sido acogida en varios países del mundo como Argentina, México, España y Suecia, cuyo pilar fundamental descansa en la expresión libre de la voluntad de uno o ambos cónyuges, bajo el entendimiento de que un matrimonio no puede persistir si no existe la voluntad de una de las partes. En tal virtud, esta modalidad de divorcio no exige probar la existencia de una causal legal, ni expresar las razones que motivan la demanda de divorcio, por ende, el divorcio incausado pone a disposición de los cónyuges un proceso rápido, sencillo y eficaz.
- El divorcio por causales que está vigente en el Código Civil del Ecuador no garantiza de forma adecuada el derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque limita la facultad de decisión del cónyuge que desea disolver el vínculo matrimonial a la comprobación de

causas legales, es decir, coarta la libertad de tomar de decisiones libres y voluntarias, sin más restricciones que los derechos de las demás personas.

- El derecho a la intimidad personal y familiar no se ve tutelado correctamente en el divorcio por causales, debido a que, el diseño de esta modalidad de poner fin al matrimonio, obliga al cónyuge que funge como actor de la demanda a exponer ante el juez mediante un proceso público, las razones que motivan la disolución del vínculo matrimonial, las cuales, pertenecen a la esfera privada de la pareja; y, por lo tanto, deben estar exentas de injerencias arbitrarias por parte del Estado y la sociedad.
- El divorcio por causales es contrario al derecho a la libertad de contratación, puesto que, restringe la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, quienes no pueden disolver el vínculo matrimonial en virtud de la expresión espontánea de su consentimiento, pues están condicionadas a probar la existencia de una causa legal, es decir, si no se verifica una causa legal no pueden divorciarse, a pesar de que exista la voluntad de una de las partes de hacerlo.
- El divorcio incausado es armónico y coherente con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar y a la libertad de contratación, en razón que su fundamento es la libre y espontánea expresión de voluntad; por lo tanto, garantiza la libertad de tomar decisiones basadas en la autodeterminación de la persona; y, además evita que los asuntos concernientes a la esfera privada de la vida de los cónyuges y su familia sea expuesta de manera pública.
- El divorcio incausado tiene una utilidad práctica, dado que reduce los tiempos que representa el trámite judicial del divorcio por causales, también evita la contradicción y el conflicto entre los cónyuges, con lo cual, evita o al menos disminuye los daños o efectos negativos que puede ocasionar a la pareja y su familia como consecuencia del conflicto.

- La normativa legal que regula la institución jurídica del divorcio en Ecuador debe ser coherente con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar y a la libertad de contratación establecidos en la Constitución de la República del Ecuador y los instrumentos internacionales de derechos humanos; por lo tanto, deberían producirse reformas en el Código Civil, a fin de que se incorpore el divorcio incausado que armonice la figura legal con las disposiciones constitucionales y derechos humanos.

## RECOMENDACIONES

- El Estado ecuatoriano debe realizar un estudio social que le permita conocer a profundidad la realidad que viven las parejas en el país, con respecto a los problemas que tienen que afrontar cuando emprenden un proceso de divorcio, para que, desde el poder estatal se implementen políticas públicas y cambios legislativos que respondan a las necesidades reales de los cónyuges; y, de esta manera, el divorcio en lugar de ser un problema adicional que prolonga el conflicto entre la pareja sea una solución.
- Es necesario armonizar la normativa legal del país con las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador y las que constan en los instrumentos internacionales de derechos humanos, para que se materialice una verdadera supremacía constitucional y se otorgue fuerza vinculante y obligatoria a los convenios y tratados internacionales, acorde a la naturaleza del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.
- El Código Civil del Ecuador demanda una reforma urgente en lo concerniente al divorcio, porque la modalidad del divorcio por causales no obedece a las necesidades y a la dinámica de la sociedad moderna, así como tampoco, guarda coherencia con los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y los instrumentos internacionales de derechos humanos.
- En la legislación civil del Ecuador, es pertinente y necesario incorporar el divorcio incausado como institución jurídica para disolver el vínculo matrimonial, porque es armónico y guarda coherencia con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar y a la libertad de contratación.
- Para establecer de forma adecuada el divorcio incausado en el orden jurídico interno del país, se debe realizar un estudio comparado de las legislaciones de los países que

previamente ya han incorporado esta modalidad de divorcio en sus ordenamientos jurídicos internos, como España, Suecia, Argentina y México y analizar sus resultados.

## REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

- Alexi, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales
- Alberdi, I. (1999). *La nueva familia española*. Madrid, España: Taurus
- Almache, L. y Urrutia N. (2012). *El divorcio como institución jurídica del derecho de familia y sus efectos jurídicos*. (Trabajo de Grado) UNIANDÉS: Ibarra, Ecuador
- Almagro (2017). *Regulación del divorcio incausado en la legislación civil ecuatoriana*. (Trabajo de Grado) Universidad Nacional de Loja: Loja, Ecuador
- Asamblea Nacional del Ecuador. Código Civil. [Codificación 2005-010]. (10 de mayo de 2005). RO. 46 de 24 de junio de 2005
- Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico General de Procesos. [2015]. (12 de mayo de 2015). RO. 506 de 22 de mayo de 2005
- Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Notarial [Ley 1404 de 1966]. (11 de noviembre de 1966). RO. 158 de 11 de noviembre de 1966
- Ayala, E. (1996). *El laicismo en la historia del Ecuador*. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional
- Baque, S. y Márquez, J. (2020). Evolución del divorcio en sede notarial en Ecuador y en el sistema notarial latino. *Opuntia Brava*, 12(1), (p. 446-453).
- Baqueiro, E. (1990). *Derecho de Familia y Sucesiones*. México, México: Oxford

- Balvín, S. y Lecarnaqué, J. (2020). *La naturaleza de la responsabilidad civil en los casos de divorcio sanción en el ordenamiento jurídico peruano*. (Trabajo de Grado). Universidad de Los Andes: Huancayo, Perú.
- Bidart, G. (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Bustamante, T. (2013). Usos y acepciones del concepto “Familia”: entre el texto y la realidad. *RHS Revista Humanismo y Sociedad*, 1 (1), (p. 37-48)
- Brenis, M. (2018). Del divorcio por causal al divorcio incausado. *Lex Orbis*, 1(1), (p. 66-78)
- Canales, A. y Castro, O. (2021). Evolución del «divortium sine causa» romano al divorcio incausado mexicano. *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*, 12 (34), (p. 1189-1204)
- Carballa, A., Garavano, L., Menseguez, C. y Veiras, A. (2014). El divorcio incausado: un aporte del proyecto de reforma del código civil a la autonomía de la voluntad en el derecho de familia., *RED Sociales*, (2), (p. 188-199)
- Casquero, M. (1992). *Cuestiones Romanas*. Madrid, España: Akal
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (19 de enero de 2001) Informe No. 4/01, caso 11.625
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (29 de marzo de 2000) Observación General 28
- Cóndor, D. (2021). *Divorcio por Mutuo Consentimiento: ¿Puede Ser la Mediación un Mecanismo Idóneo?*. Quito, Ecuador: USFQ

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). 2da Ed. CEP

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de septiembre de 1982) Opinión Consultiva OC-2/82

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de agosto de 2002) Opinión Consultiva OC 17/2002

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1 de julio de 2016) Caso Ituango vs. Colombia. Serie C No. 148

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (17 de septiembre de 2003) Opinión Consultiva OC 18/2003

Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre, 1969

Convención Sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer, 18 de octubre, 1979

Convención Sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre, 1989

Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre, 1948

De la Fuente, A. (2020). El divorcio sin expresión de causa en México. *Revista Quaestio Iuris*, 13 (04), (p. 1572-1591)

Del Moral, A. (2012). El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, 5(2), (p. 63-96)

- Duguit, L. (1920). *Las Transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. Madrid España: Librería española y extranjera
- Fernández, J. (2020). *El divorcio incausado en el derecho civil ecuatoriano y la integridad personal*. (Trabajo de Grado). UNIANDÉS: Ambato, Ecuador
- Fernández, C. (2000). *El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad*. Bogotá, Colombia: Temis
- Flores, A. (2021). *Simetría indemnizatoria entre el divorcio remedio y la ruptura de la unión de hecho por decisión arbitraria*. (Trabajo de grado). Universidad Nacional de Huancavelica: Huancavelica, Perú
- Gallego, A. (2012). Recuperación crítica de los conceptos de familia, dinámica familiar y sus características. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, 1(35), (p. 326-345)
- Garcés-Mayorga, D., Rojas-Cárdenas, J., y Medina-Riofrio, C. (2021). Sistema experto para la competencia exclusiva de los centros de mediación para resolver trámites de divorcio por mutuo acuerdo cuando existan hijos dependientes o no dependientes. *Revista Conrado*, 17(78), (p. 282-290)
- García, J. (1992). *Manual de Práctica Procesal Civil*. Quito, Ecuador: RODIN.
- Garrido Genovés, V. (2013). *Cómo sobrevivir a una ruptura: guía para la recuperación emocional y la disputa legal*. Barcelona, España: Ariel
- Guerrero, D. (2020). Nueva concepción normativa procesal del divorcio en la legislación ecuatoriana. (Trabajo de Grado). Universidad del Azuay: Cuenca, Ecuador

- Hernández, M., y Hernández, F. (2021). Enmarcación de la investigación del divorcio incausado, como impacto en el desarrollo psicosocial y los derechos humanos al interior de la familia. *Revista de Investigación Académica Sin Frontera: División de Ciencias Económicas y Sociales*, (35).
- Jaque, A. (2022). *Regulación del Divorcio en Chile a la Luz del Principio del Libre Desarrollo de la Personalidad*. (Trabajo de Maestría). Universidad de Chile: Chillán, Chile
- López, J. (1986). *Los Contratos. Parte General*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile
- López, K. (2008). *El divorcio notarial y la división de los bienes gananciales*. (Trabajo de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar: Quito, Ecuador
- López, I. y Zapata, M. (2020). *La continencia de la causa vs. el libre desarrollo de la personalidad*. Veracruz, México: Enfoques Jurídicos
- Mascareño, O. y Canales, A. (2020). El matrimonio y su disolución: del Derecho romano al Derecho mexicano. —*RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, (24), (p. 406-453)
- Moreno & Montoya . (2009). *El divorcio en el Derecho Iberoamericano*. Madrid, España: Temis
- Morales, J. (1992). *Derecho Civil de las Personas*. Cuenca, Ecuador: Universidad del Azuay
- Nahim, A. (2021). *Divorcio y Daño Moral Resarcible por causa de infidelidad*. (Trabajo de grado). Universidad Siglo 21: Córdoba, Argentina
- Narváez, D., Suarez, E., Recalde, E., Carrera, F. (2018). Regulación del divorcio incausado en la legislación civil ecuatoriana. *Revista Digital de Ciencia, Tecnología e Innovación*, (5), (p.1228 - 1236)

- Núñez S. (2021). *Divorcio incausado: una urgente actualización normativa*. Quito, Ecuador: USFQ
- Grote, R. (2003). El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania. *Ius et Praxis*, 9(2), (p. 201-216)
- Parraguez, L. (2005). *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: personas y familia*. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Pérez, A. (1986). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, España: Tecnos
- Pierini, A. Lorences, V. y Tornabene, M. (1998). *Hábeas Data Derecho a la intimidad*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- Protocolo de San Salvador, 17 de noviembre, 1988
- Revilla, M. (2011). *Una Mirada para la Cooperación Internacional*. Madrid, España: Fundación Carolina.
- Romero, M. (1984). *Derecho a la Información y libertad de expresión*. Barcelona, España: Bosch.
- Ruiz, E. (2020). *Naturaleza jurídica de la imposibilidad de hacer vida en común como causal de divorcio*. (Trabajo de Maestría). Universidad de Cajamarca: Cajamarca, Perú
- Ruiz, X. (2016). *El divorcio sin expresión de la causal en la legislación ecuatoriana*. (Trabajo de Grado). Pontificia Universidad Católica del Ecuador: Quito, Ecuador

- Sánchez, A. (2018). *El divorcio sin expresión de causal, su perspectiva de incorporación en el derecho civil ecuatoriano*. (Trabajo de Grado). Universidad Central del Ecuador: Quito, Ecuador
- Santisteban, S. (2020). *Análisis de la separación de hecho y el deber de las obligaciones alimentarias*. (Trabajo de Grado). Universidad Señor de Sipán: Pimentel, Perú.
- Sassen, M. (2022). *Divorcio Incausado: urgente solución a la inconstitucionalidad del artículo 110 del código civil*. (Trabajo de Grado). Universidad Católica de Santiago de Guayaquil: Guayaquil, Ecuador
- Siches, R. (1973). *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México, México: Porrúa
- Tuirán, R. y Salles, V. (1997). *Vida familiar y democratización de los espacios privados*. México, México: El Colegio de México.
- Ventura, S. (1980). *Derecho romano*. México, México: Porrúa
- Veramendi, Y. (2021). *Incorporación del divorcio incausado y sus consecuencias Jurídicas En La Legislación Peruana*. (Trabajo de Grado). Universidad César Vallejo: Huaraz, Perú.