



# UTMACH

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE JURISPRUDENCIA

LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS  
PROCESOS DE DIVORCIO CONTENCIOSO QUE SON DECLARADOS  
SIN LUGAR

FARIAS MOREIRA JENNIFER JANINA

MACHALA  
2016



# UTMACH

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE JURISPRUDENCIA

LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS  
PROCESOS DE DIVORCIO CONTENCIOSO QUE SON  
DECLARADOS SIN LUGAR

FARIAS MOREIRA JENNIFER JANINA

MACHALA  
2016



# UTMACH

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE TITULACIÓN  
ANÁLISIS DE CASOS

LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS DE  
DIVORCIO CONTENCIOSO QUE SON DECLARADOS SIN LUGAR

FARIAS MOREIRA JENNIFER JANINA  
ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

RAMON MERCHAN MONICA ELOIZA

Machala, 14 de octubre de 2016

MACHALA  
2016

**Nota de aceptación:**

Quienes suscriben RAMON MERCHAN MONICA ELOIZA, CAMPOVERDE NIVICELA ANIBAL DARIO, ORELLANA IZURIETA WILLIAM GABRIEL y BRITO PAREDES JULIO ERNESTO, en nuestra condición de evaluadores del trabajo de titulación denominado LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO CONTENCIOSO QUE SON DECLARADOS SIN LUGAR, hacemos constar que luego de haber revisado el manuscrito del precitado trabajo, consideramos que reúne las condiciones académicas para continuar con la fase de evaluación correspondiente.

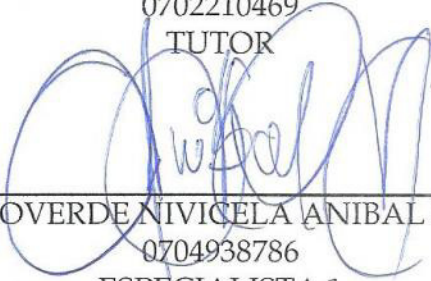


---

RAMON MERCHAN MONICA ELOIZA

0702210469

TUTOR



---

CAMPOVERDE NIVICELA ANIBAL DARIO

0704938786

ESPECIALISTA 1



---

ORELLANA IZURIETA WILLIAM GABRIEL

0703990192

ESPECIALISTA 2




---

BRITO PAREDES JULIO ERNESTO

0701155038

ESPECIALISTA 3



---

PEÑA ARMIJOS GUIDO ECUADOR

0702200205

ESPECIALISTA SUPLENTE

Machala, 14 de octubre de 2016

## Urkund Analysis Result

**Analysed Document:** TRABAJO JENNIFER FARIAS - Estudio de casos.pdf (D21515631)  
**Submitted:** 2016-08-26 22:56:00  
**Submitted By:** jenlo\_89@hotmail.com  
**Significance:** 4 %

### Sources included in the report:

trabajo final carlos jarrin - jhon fernandez.docx (D16407421)  
TRABAJO DE TITULACION 2015 ORIGINAL.docx (D16389235)

### Instances where selected sources appear:

8

## CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO DIGITAL INSTITUCIONAL

El que suscribe, FARIAS MOREIRA JENNIFER JANINA, en calidad de autor del siguiente trabajo escrito titulado LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO CONTENCIOSO QUE SON DECLARADOS SIN LUGAR, otorga a la Universidad Técnica de Machala, de forma gratuita y no exclusiva, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra, que constituye un trabajo de autoría propia, sobre la cual tiene potestad para otorgar los derechos contenidos en esta licencia.

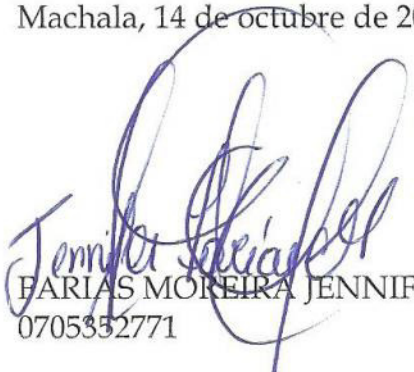
El autor declara que el contenido que se publicará es de carácter académico y se enmarca en las disposiciones definidas por la Universidad Técnica de Machala.

Se autoriza a transformar la obra, únicamente cuando sea necesario, y a realizar las adaptaciones pertinentes para permitir su preservación, distribución y publicación en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad Técnica de Machala.

El autor como garante de la autoría de la obra y en relación a la misma, declara que la universidad se encuentra libre de todo tipo de responsabilidad sobre el contenido de la obra y que él asume la responsabilidad frente a cualquier reclamo o demanda por parte de terceros de manera exclusiva.

Aceptando esta licencia, se cede a la Universidad Técnica de Machala el derecho exclusivo de archivar, reproducir, convertir, comunicar y/o distribuir la obra mundialmente en formato electrónico y digital a través de su Repositorio Digital Institucional, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico.

Machala, 14 de octubre de 2016



FARIAS MOREIRA JENNIFER JANINA  
0705352771

## **I. RESUMEN**

### **LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO CONTENCIOSO QUE SON DECLARADOS SIN LUGAR**

**Autora:** Jennifer Farías Moreira.

**Tutor:** Abg. Mónica Ramón Merchán.

En el presente trabajo de titulación el objetivo general propuesto por las investigadoras fue determinar si en el proceso 0033-2012 sustanciado en la Unidad judicial Multicompetente Civil con sede en el cantón El Guabo, se cometió un error por parte de la Jueza que sustanció la causa, al fijar una pensión alimenticia, régimen de visitas y tenencia en la parte resolutive de la una sentencia de un proceso divorcio por causal que en lo principal se declaró sin lugar.

La discusión principal de la investigación se desarrolló en torno al tema del procedimiento debido para establecer una pensión alimenticia en un proceso de divorcio, sea este mutuo o contencioso, el efecto que genera la falta de acuerdo de las partes en materia de menores, y finalmente el contenido de la resolución en caso de que la causal no haya sido demostrada en lo que a divorcio se refiere.

Se determinó que previo a una resolución de la Corte Nacional de Justicia, en esta jurisdicción, los jueces de la Unidad Judicial venían manteniendo el criterio de que a pesar de que en los procesos de divorcio tanto contencioso como consensual, no se resolviera lo principal, esto es el divorcio, el Juez de todos modos resolvía todo lo concerniente a la situación de los menores, interpretando y por lo mismo aplicando erróneamente la norma.

**PALABRAS CLAVES:** Divorcio, legalidad, alimentos, proceso.

## **II. SUMMARY**

### **RIGHTS OF CHILDREN AND TEENAGERS IN DIVORCE LITIGATION PROCESS THAT ARE DECLARED WITHOUT PLACE**

**Authors:** Jennifer Moreira Farias.

**Tutor:** Abg. Monica Ramon Merchan.

In this paper titling the overall objective proposed by the researchers was to determine whether an error was made by the judge in the 0033-2012 judicial proceedings conducted in Civil Multicompetente Unit based in El Guabo Canton, which substantiated the cause, when setting alimony, visitation and possession in the operative part of a judgment of divorce causal process which in the main is declared without.

The main discussion of the research was conducted on the issue of due process to establish alimony in a divorce, is this mutual or litigation, the effect caused by the lack of agreement of the parties regarding minors, and finally the content of the resolution if the causal has not been demonstrated as far as divorce is concerned.

It was determined that prior to a resolution of the National Court of Justice, in this jurisdiction, the judges of the Judicial Unit came maintained the view that although the processes of both contentious divorce as consensual, the main thing is not resolved, this is divorce, the judge anyway solve everything concerning the situation of minors, interpreting and therefore misapplying the standard.

**KEYWORDS:** Divorce, legality, food process.



### **III. INDICE.**

- I. FRONTISPICIO
- II. ACTA DE VEREDICTO DEL TRABAJO DE TITULACION
- III. DEDICATORIA
- IV. AGRADECIMIENTOS
- V. RESUMEN
- VI. SUMMARY
- VII. INDICE.
- VIII. INTRODUCCIÓN

#### **CAPITULO I**

##### **GENERALIDADES DEL OBJETO DE ESTUDIO**

- 1.1. DEFINICION Y CONTEXTUALIZACION DEL OBJETO DE ESTUDIO.
- 1.2. HECHOS DE INTERES
- 1.3. OBJETIVOS DEL ESTUDIO DE CASOS
  - 1.3.1 OBJETIVO GENERAL
  - 1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

#### **CAPITULO II**

##### **FUNDAMENTACION TEORICO-EPISTEMOLOGICA DEL ESTUDIO**

- 2.1. DESCRIPCION DEL ENFOQUE EPISTEMOLOGICO DE REFERENCIA.
- 2.2. BASES TEORICAS DE LA INVESTIGACION.
  - 2.2.2. EFECTOS JURIDICOS DEL DIVORCIO
  - 2.2.3. EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO
  - 2.2.4. EL DIVORCIO CONTROVERTIDO O CONTENCIOSO
  - 2.2.5. EL PROCESO DE DIVORCIO CONTENCIOSO
  - 2.2.6. EL DERECHO DE ALIMENTOS.

#### **CAPITULO III**

##### **PROCESO METODOLÓGICO**

- 3.1. DISEÑO O TRADICIÓN DE INVESTIGACION SELECCIONADA.
  - 3.1.1 ASPECTOS GENERALES.
  - 3.1.2. TIPO DE INVESTIGACION.
  - 3.1.3. MODOS DE LA INVESTIGACION
  - 3.1.4. LOS METODOS GENERALES DE LA INVESTIGACION
- 3.2. TÉCNICAS A UTILIZAR
- 3.3. LA NECESIDAD DE LAS ENTREVISTAS EN EL ESTUDIO DE CASOS.

#### **CAPITULO IV**

##### **RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN**

- 4.1. EXPOSICIÓN DE RESULTADOS.
- 4.2. ANÁLISIS DE RESULTADOS.
- 4.3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE NACIONAL APLICADA AL CASO.
- 5. CONCLUSIONES
- 6. RECOMENDACIONES
- BIBLIOGRAFÍA

#### **IV. INTRODUCCIÓN**

El desarrollo del sistema jurídico ha sido muy notorio en la última década en nuestro país, y esto surge a partir de la vigencia de la Constitución de la República en el año 2008. Por mandato de esta norma suprema, el resto de normas del sistema jurídico debió ir poco a poco desarrollando el contenido de los derechos de las personas consagrados como fundamentales.

Los derechos fundamentales son en principio todos de igual jerarquía, sin embargo, la misma constitución establece en la parte final del artículo 43, que los derechos de los niños niñas y adolescentes prevalecerán sobre los derechos de las demás personas, por lo que mucho tuvo que hacer el legislador para desarrollar un sistema normativo que respalde el principio de intereses superior del niño, sin causar afectación a los derechos de las personas.

El sistema procesal por ejemplo, ha intentado en lo posible el desarrollo de procesos ágiles y funcionales que solucionen los conflictos en que estén involucrados menores, de manera que se desplace la revictimización, se cause traumas infantiles, alienación parental, etc., innovando en el derecho con determinadas diligencias que más allá de seguir el apego estrictamente legal, procuran ser garantistas.

El proceso de divorcio por ejemplo, sea este consensual o controversial, exige que existiendo hijos menores de edad dentro del matrimonio, los mismos sean protegidos dejando asentada las circunstancias atinentes a las visitas, tenencia y los alimentos. La Ley contempla el procedimiento a seguirse en estos casos.

Cuando el divorcio es controvertido, existe una pretensión que no necesariamente tiene que consolidarse o alcanzarse a través del proceso, ya que se exige la prueba o demostración de la causal invocada para el efecto, y de no lograrlo, es decir, de no alcanzar a probarla con suficiencia, de hecho el Juez va a declarar sin lugar el divorcio. Ahora bien, qué es lo

que sucede con los puntos referentes a la situación de los hijos menores de edad habidos en el matrimonio. Es cierto que el fundamento de que a pesar de que no proceda el divorcio, procede la resolución de la situación de los hijos, tienen asidero jurídico en el principio de interés superior mismo; pero, también es cierto que esta discusión es secundaria y hasta accesorio al problema del divorcio.

En el presente caso de estudio, trataremos un caso de divorcio por casual que es declarado sin lugar por una Jueza, debido a la falta de pruebas, sin embargo la Jueza resuelve la situación de los hijos en cuanto a tenencia, visitas, y alimentos. Esta situación es el punto de discusión medular de nuestra investigación, ya que en el caso concreto, no se podía resolver nada sino se resolvía favorablemente el asunto principal de la contienda jurídica.

## **LA AUTORA**

## **CAPITULO I**

### **GENERALIDADES DEL OBJETO DE ESTUDIO**

#### **1.1. DEFINICION Y CONTEXTUALIZACION DEL OBJETO DE ESTUDIO.**

En la presente investigación el objeto de estudio son los derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro de los procesos de divorcio.

El derecho no solo es una ciencia social, sino que constituye uno de los elementos de la estructura de la sociedad, junto con la política, la economía, la cultura, el arte y la filosofía. En esta estructura viene a cumplir un fin determinante, el de regular la conducta de las personas, mantener así el orden, la paz y la seguridad, guiando a los individuos hacia el ideal de justicia.

La justicia debe ser entendida entonces como la máxima finalidad del derecho, la única si entendemos a su vez que absorbe al resto de fines, es la justicia en términos de Kelsen dar a cada quien lo que le corresponde.

El derecho para su aplicación práctica establece la necesidad de positividad las normas en los Estados de acuerdo a las perspectivas de cada uno, pero la mayoría coincide con la estructura de sus sistemas, por ejemplo en el derecho civil, los estados latinoamericanos son todos de corte romanista.

El Derecho de familia en cambio, ha tenido una evolución muy particular ya que los estados han seguido líneas propuestas por Convenios Internacionales como la Convención del Niño de cuyo contenido se desprenden unas reglas que giran en torno al principio de Interés superior pero que permanentemente se modifican de acuerdo a la interpretación y alcance que los Juzgadores le han dado a este principio, en algunos casos observándose determinados excesos que terminan perjudicando al debido

proceso, las seguridad jurídica o simplemente los derechos de otras personas.

Los Procesos de divorcio, tanto en su modalidad consensual como contencioso, tiene su origen el mismo derecho romano, pero actualmente el estado ecuatoriano ha establecido varias novedades que han desplazado las tradicionales reglas sobre todo en los procedimientos, y a esto hay que sumarle la manera en la que se mezclan el puro derecho civil y el de familia y menores.

Existe un criterio casi universal en el Estado en que los Jueces establecen en la calificación de las demandas de divorcio de cualquier modalidad, una pensión alimenticia provisional en caso de que existan hijos menores de edad, tan y cual se estuviese calificando un juicio de alimentos, pero ha existido discordia en la definición de si se debe mantener esta pensión y hacerla definitiva en los casos en que la discusión principal sobre el divorcio no prospera, es decir, si se debe mantener la pensión alimenticia a pesar de que la demanda de divorcio se declare sin lugar, al respecto el código civil establece lo siguiente:

*Art. 115.- Para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable 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. Para este efecto, se procederá en la misma forma que cuando se trata de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento.*

*En la audiencia de conciliación en los juicios de divorcio, el juez, aparte de buscar el avenimiento de los litigantes, se empeñará en que se acuerde todo lo relacionado con la alimentación y educación de los*

*hijos, fijando cantidades precisas y suficientes, en armonía con las posibilidades de los padres. Se acordará también el cónyuge que ha de tomar a su cargo el cuidado de los hijos; este acuerdo podrá modificarse en cualquier tiempo, por el juez ante quien se hizo, cuando se presenten pruebas suficientes a juicio del juez, que den fundamento para la modificación.*

*Art. 128.- La sentencia de divorcio no surtirá efecto mientras no se inscribiere en la oficina de registro civil correspondiente.*

*La sentencia que admita el divorcio no se podrá inscribir ni surtirá efectos legales, mientras no se arregle satisfactoriamente lo relacionado con la educación, alimentación y cuidado de los hijos, en el caso de que estos particulares no se hubieren decidido en la audiencia de conciliación.*

*Para el efecto, el juez convocará una junta en la que volverá a buscarse el acuerdo.*

En el presente caso de estudio, la Jueza declara sin lugar una demanda de divorcio por causal, pero en la resolución resuelve sobre las visitas, la tenencia, y también hace un análisis acerca del monto de pensión alimenticia definitiva, mandando al actor del divorcio a pagar alimentos.

Esta situación siendo un tema que no es uniforme, ya que existen Jueces en la provincia que tiene una posición diferente, ha sido persistente en la Unidad Judicial Civil del cantón El Guabo, estableciendo así, incertidumbre acerca de la realidad o pertinencia con la que se debe actuar.

Es importante destacar que el presente caso de estudio, se remitirá también a otros procesos con análogas situaciones jurídicas, para establecer un panorama que permita una discusión más fácil y transparente.

Es así, que dentro del presente caso surgen varias interrogantes, las que exponemos a continuación y que a lo largo de la presente investigación, vamos a despejar:

1. ¿En el presente caso se cometió un error por parte de la Jueza que sustanció la causa, al fijar una pensión alimenticia, régimen de visitas y tenencia en la parte resolutive de la una sentencia de un proceso divorcio por causal que en lo principal se declaró sin lugar?
2. ¿En el caso de estudio se respetó el debido proceso al fijarse una pensión alimenticia en contra del actor del divorcio, sin que convoque a junta de conciliación en los términos del artículo 128 del código civil?
3. ¿El principio de interés superior del niño le permite al Juez resolver los asuntos concernientes a los hijos habidos en el matrimonio, más allá de si el divorcio prospera?
4. ¿Fue correcta la Nulidad declarada por el Tribunal de segunda Instancia dentro de este proceso?



## 1.2. HECHOS DE INTERES

El caso de estudio, es un proceso de divorcio contencioso llevado a cabo por la Jueza Nancy Rodríguez Guillen con el número 033 - 2012, el que en primera instancia concluye declarando sin lugar la demanda de divorcio, pero dejando resueltos los puntos concernientes a los menores habidos dentro del matrimonio.

1) El día 25 de abril del año 2012 se presentó una demanda de divorcio por parte del señor VICTOR CORDOVA LALANGUI en contra de su cónyuge FLOR MEDINA CARVAJAL, invocándose para esto la casual 3 del artículo 110 del código civil vigente en ese momento, esto es actitud hostil.

2) La demanda fue calificada el día 2 de mayo del año 2012 por parte del Juez Décimo Séptimo de lo civil en ese entonces con competencia en materia de familia.

3) En la demanda de divorcio se pedía se posesione un curador AD-LITEM para la hija común de los conyugues ANDREA CORDOVA MEDINA, diligencia que se cumplió el día 8 de mayo luego de que 2 testigos declararon sobre la idoneidad y buena fama para ejercer el cargo de la señora ESMERALDA CORDOVA LALANGUI.

4) El día 14 de mayo del 2012 asumió la competencia del caso la Jueza de la Unidad de la Familia del cantón El Guabo, justamente por la creación de esta Unidad Judicial y las competencias asignadas a la misma.

<p>5) La Nueva Jueza mando nuevamente a que sean escuchados los testigos previo a la posesión de la curadora, diligencia que finalmente se cumplió el día 29 de mayo del 2012</p>
<p>6) En el mismo auto inicial la nueva Jueza ordena que se cita a la demanda y fija una pensión alimenticia provisional en contra del accionante del divorcio en la suma de 83 dólares.</p>
<p>7) La demandada se dio por legalmente citada impugnando y rechazando el contenido de la demanda el día 21 de mayo del 2012, solicitando a su vez que se señale una pensión alimenticia a favor de su hija que no sea menor de 200 dólares.</p>
<p>8) En providencia de fecha 22 de mayo del 2012 la Jueza convoca a Audiencia de Conciliación para el día 4 de junio del 2012 a las 09h00.</p>
<p>9) En la audiencia de conciliación, no hubo el concierto sobre el divorcio, ya que la demandada rechazo el contenido de la demanda y pidió que se abra la causa a prueba. Hubo un acuerdo parcial sobre la tenencia de la hija y las visitas.</p>
<p>10) La Jueza declaró abierto el término de prueba por 6 días, indicando que en ese término se debe probar lo concerniente tanto al divorcio como a la capacidad económica del alimentante.</p>
<p>11) El día 22 de Junio del año 2012 se dictó sentencia en el proceso declarándose sin lugar la misma por falta de</p>

pruebas, pero la Jueza resolvió sobre la tenencia, visitas y alimentos a cargo del demandado, mandándole a pagar la suma de 109 dólares mensuales como pensión alimenticia.

12) En su parte resolutive la sentencia expone: n mérito de las consideraciones expuestas, la suscrita Jueza 1 de la Unidad Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de el Cantón El Guabo, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, desecha por falta de pruebas la demanda presentada por el señor Víctor Eudoro Córdova Lalangui en contra de la señora Flor Graciela Medina Carvajal. Pronunciándome respecto a lo incidental del juicio de divorcio relativa a la situación tenencia, visitas y alimentos para la hija común de las partes procesales en esta causa, con fundamento en lo dispuesto en el Art. innumerado 29 de la Ley reformativa al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia lo hago en los siguientes términos: Siendo que en la diligencia de audiencia de conciliación celebrada el 8 de junio del 2012, las partes procesales se pusieron de acuerdo en cuanto a la Tenencia de la hija común, aprobando dicho acuerdo la Tenencia de la niña ANDREA NICOLE CORDOVA MEDINA la ejercerá su señora madre FLOR GRACIELA MEDINA CARBAJAL, y las visitas se la regula en un régimen abierto, pudiendo la niña gozar de su derecho a visitar a su padre cuando éste pueda y desee hacerlo. Habiéndose probado documentadamente que adicional al salario básico unificado el demandado percibe ingresos variables y permanentes por concepto de horas extras desde mayo del 2011, es pertinente promediar dichos

ingresos a efectos de considerarlos al momento de ubicar al demandado en el nivel correspondiente de la tabla de pensiones. Realizada esta operación matemática el ingreso mensual promedio del accionante sería de \$384,49, por tanto aplicando la Tabla Mínima de Pensiones alimenticias elaborado por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia se fija como pensión alimenticia a favor de la niña ANDREA NICOLE CORDOVA MEDINA la suma de CIENTO NUEVE DÓLARES AMERICANOS MENSUALES (\$109.00), pensión a cancelarse a partir del mes de MAYO del 2012 por mesadas adelantadas; así mismo, está el demandado obligado, al pago de dos pensiones alimenticias adicionales en los meses de abril y diciembre, adicionales a cancelar aun cuando el demandado no trabaje bajo relación de dependencia.

La sentencia fue apela por apelada, para que la sala de la familia, Mujer, niñez y adolescencia de la Corte Provincial de justicia de El Oro resuelva sobre el divorcio en segunda instancia.

La sala resolvió el recurso, declarando la nulidad del proceso en los siguientes términos:

DECISIÓN: Por lo expuesto, este Tribunal de la SALA DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, de la CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE EL ORO, RESUELVE: I Declarar la NULIDAD DEL PROCESO, desde la providencia de fecha 19 de junio del 2012, a las 14h47 (fojas 74), sin derecho de reposición; a efectos de que, declarándose concluido el término de prueba dentro del juicio verbal sumario, se convoque a audiencia de conciliación, en los términos del Art. 115 en concordancia con el Art. 108 y 128 del Código Civil, donde se acordará la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad

después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos; caso contrario, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia. II La nulidad se la declara a cargo de la jueza que la provocó. III Sin costas que fijar en esta instancia. IV Ejecutoriada esta resolución, remítase el proceso al juez de instancia, para los fines de ley. NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE:

### **1.3. OBJETIVOS DEL ESTUDIO DE CASOS**

#### **1.3.1 OBJETIVO GENERAL**

- Determinar si en el caso de estudio se cometió un error por parte de la Jueza que sustanció la causa, al fijar una pensión alimenticia, régimen de visitas y tenencia en la parte resolutive de la una sentencia de un proceso divorcio por causal que en lo principal se declaró sin lugar.

#### **1.3.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS**

- Identificar si en el caso de estudio se respetó el debido proceso al fijarse una pensión alimenticia en contra del actor del divorcio, sin que convoque a junta de conciliación en los términos del artículo 128 del código civil.
- Confirmar si el principio de intereses superior del niño le permite al Juez resolver los asuntos concernientes a los hijos habidos en el matrimonio, más allá de si el divorcio prospera.
- Precisar si fue correcta la Nulidad declarada por el Tribunal de segunda Instancia dentro de este proceso.

## **CAPITULO II**

### **FUNDAMENTACION TEORICO-EPISTEMOLOGICA DEL ESTUDIO**

#### **2.1. DESCRIPCION DEL ENFOQUE EPISTEMOLOGICO DE REFERENCIA.**

En Diccionario de Ciencias Políticas y jurídicas, señala que el divorcio es la acción y efecto de divorciar o divorciarse; de separar un juez competente, por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio, separación que puede ser con disolución del vínculo, o bien manteniéndolo, pero haciendo que se interrumpan la cohabitación y el lecho común (OSORIO, 2010).

Por lo que concierne al Derecho de Familia, que el divorcio vincular sea admisible o no, es cuestión debatida con amplitud, constante y apasionadamente. Hay legislaciones que únicamente admiten la separación de cuerpos, con los consiguientes efectos sobre el régimen de bienes y la custodia de los hijos, porque entienden que, al romperse el vínculo y poder los cónyuges contraer nuevo matrimonio, se suprime la estabilidad de la familia, base de la sociedad, lo que resulta nocivo para la educación de los hijos, que pueden sufrir por ello graves problemas psíquicos (CABANELLAS, 2011).

Otras legislaciones, quizá la mayoría, admiten el divorcio con ruptura del vínculo, pues estiman inútil y hasta perjudicial mantener la ficción de que existe unión cuando realmente no hay tal, e incluso la situación de los hijos es peor por tener que ser involuntarios testigos de las desinteligencias, serias en general, de sus padres. Sin contar con que el prohibir a los divorciados el contraer nuevas nupcias los suele llevar a mantener relaciones sexuales extramatrimoniales, lo que facilita el concubinato, creador de graves problemas para los amantes, sus descendientes y también respecto a terceros.

El problema del divorcio se relaciona estrechamente con cuestiones de tipo religioso, puesto que algunos credos, en especial el católico, no autorizan el divorcio vincular, y solamente admiten la separación de cuerpos, por entender la Iglesia que el matrimonio es un sacramento de origen divino, y que lo que Dios ha unido no pueden los hombres separarlo. Así, pues, para los católicos, la cuestión está resuelta, y la Iglesia no considera válidos los divorcios vinculares acordados por autoridades civiles si los cónyuges contrajeron matrimonio canónico, no reconociendo tampoco los matrimonios exclusivamente civiles.

Por lo contrario, salvo lo que dispongan los concordatos con el Vaticano, los jueces resuelven los divorcios según la legislación del país, sin contar con las normas del Derecho Canónico ni de la Iglesia, aunque el matrimonio se haya realizado con arreglo a la forma religiosa. Es, por lo tanto, un caso de conciencia para los católicos. Se admita, o no, en las legislaciones la ruptura del vínculo a causa del divorcio, se requieren determinados motivos, variables según cada legislación, para que puedan los jueces concederlo (CUENA CASAS, 2015).

Entre los más frecuentes figura el adulterio, los malos tratos, la falta de cumplimiento de los deberes conyugales, las injurias graves y el abandono voluntario y malicioso. Hay incluso legislaciones que admiten el divorcio por consentimiento de ambos cónyuges, pues estiman que el matrimonio se puede deshacer como cualquier otro contrato. Esta causa ha dado lugar a tantos abusos que ha sido eliminada por muchas legislaciones.

El divorcio como institución jurídica proviene del vocablo *divortium*; la palabra *divortium*, representa, en el sentido jurídico, la ruptura del vínculo matrimonial que une a dos cónyuges. Este sentido es muy general y recoge todos los medios que permiten la disolución del matrimonio: *Stricto sensu*, si es por mutuo acuerdo entre los cónyuges, o *Repudium*, si es por la voluntad de un solo cónyuge (CUENA CASAS, 2015).

Sin embargo, con frecuencia se habla indistintamente de *divortium* y *repudium*. En alguna ocasión se ha dicho que el término *repudium* debe



utilizarse cuando es hecho por el marido, y *divortium* cuando lo hace la mujer; también se ha mencionado que el *repudium* se aplica sólo a los que se han prometido esposales, viniendo a indicar el repudio entonces la decisión de no casarse con la persona a la que se está prometido.

En cuanto a la evolución de estos términos, Bonfante nos contaba que en un principio la palabra *divortium* se aplicaba de forma activa para el esposo, hasta la admisión de divorcio por parte de la mujer, se le adjudicó este término a ella, siendo para el marido el repudio. Finalmente se acabó por dar un sentido general a ambos términos. Según este mismo autor, en la época clásica, el repudio es la manifestación de voluntad de uno de los cónyuges de no continuar con el matrimonio, y el divorcio el efecto que produce la pérdida de la  *affectio maritatis* en uno de los cónyuges o en ambos, y el cese de la vida en común. En el derecho posclásico, el divorcio supuso la disolución matrimonial por mutuo acuerdo y el repudio por voluntad de una sola parte (PEREZ CONTRERAS).

## **2.2. BASES TEORICAS DE LA INVESTIGACION.**

### **2.2.1. ORIGEN DEL DIVORCIO COMO INSTITUCIÓN JURIDICA**

A lo largo de los períodos históricos en los que estudiaremos el divorcio en Roma, comprobaremos que estuvo ligado de forma íntima con las costumbres:

#### **a) *Divortium* desde Rómulo a la ley de las XII tablas**

Debido a la discrepancia que existe entre las pocas fuentes que se tienen, es difícil saber si el divorcio existió siempre en Roma, aunque sí podemos suponer que Roma estaba al corriente de las costumbres del resto de pueblos, en los que ya existía el matrimonio disoluble.

Con objeto de conocer las características de esta institución en la época que nos ocupa, debemos centrarnos en dos textos, uno de Dionisio de Halicarnaso, el otro de Plutarco, que se refieren a una supuesta ley dictada por Rómulo, cuya interpretación no está exenta de dificultades (HOLGUIN & Jorge, 2014).

Así, algunos autores han dejado claro que en su texto, Dionisio se refiere al matrimonio que lleva consigo *confarreatio* como el único que producía efectos. Otros, sin embargo, sostienen que un matrimonio *confarreato* era indisoluble como consecuencia del interés del Estado en la existencia de numerosos hijos que pudiesen nutrir el ejército romano. Puede buscarse la justificación de la indisolubilidad aparecida en el texto de Dionisio en la *manus*; el *paterfamilias* poseía un poder que mantenía al resto de la familia como su propiedad, poder que constituía un carisma religioso con vistas a supervivencia y crecimiento del grupo (HOLGUIN & Jorge, 2014).

En cuanto al texto de Plutarco, queda claro para varios autores que Rómulo dictó diversas leyes, una de las cuales permitía al marido, previa ofrenda a los dioses de un sacrificio expiatorio, abandonar a su mujer en caso de cometer adulterio, entre otros actos. (COCA PAYERAS, 2012).

#### **b) *Divortium* desde la ley de las XII tablas hasta Augusto**

Las causas no estaban reguladas por la ley, si bien en un principio no se produjeron abusos debido a la existencia de dos instituciones de gran importancia: tribunal doméstico y censores.

El Tribunal Doméstico, compuesto por los parientes de ambos cónyuges, cuya función era intervenir en las acusaciones dirigidas contra las mujeres. En caso de repudio, la sentencia del marido debía estar sometida a la opinión del Tribunal Doméstico. Algunos autores han incluido al marido un papel activo en el Tribunal, aclarando que nunca podía dar una decisión

yuxtapuesta a la de esta institución, pues de hacerlo sería juzgado con severidad por la opinión pública (SOTO MOYA, 2014).

Los Censores, entre varias funciones políticas y administrativas, tenían asignada la vigilancia de las costumbres, por lo que tenían derecho de castigar la práctica abusiva del divorcio. El temor a estas sanciones provocó que se encontrasen pocos casos de repudio durante los cinco primeros siglos de Roma, recurriéndose a este solamente en casos considerados extremos, como por ejemplo la consumición de vino por parte de la mujer. Uno de los casos más destacados de repudio, de entre los juzgados por censores, fue el de Carvilio Ruga (segunda mitad del III a.C.), hecho que provocó el rechazo por parte de la opinión pública hacia su persona, debido a que el divorcio aún se encontraba lejano a las costumbres romanas de entonces.

A partir del mencionado caso de Carvilio, se comenzó a frecuentar el repudio, llegando cada vez a exponerse motivos más triviales. Tal es el caso de César, que sospechando de adulterio, repudió a Pompeya alegando que “La mujer de César no puede ser sospechosa”. La explicación de este auge de divorcios arbitrarios se encuentra en el gran cambio que sufrieron las costumbres de Roma, debido al lujo tomado del pueblo griego, que provocó la aparición de cortesanas (cuyas ricas dotes atraían a los varones a casarse con ellas y luego repudiarlas), así como el gusto en los teatros por las obras de Epicuro, que según Cicerón eran contrarias a toda moralidad. Las instituciones del Tribunal Doméstico y los Censores se pasaron de moda, considerándose ridículas (HOLGUIN & Jorge, 2014).

Con la difusión de las *iustae nuptiae* (matrimonios “libres”), se permite a la mujer divorciarse del marido, al no estar sometida a la manus de este. Poco a poco fueron igualando en los abusos a los hombres, divorciándose incluso por simples caprichos.

Esta libertad de divorcio, tanto para el hombre como para la mujer, desaparece en dos supuestos: que el que desea el divorcio sea un

LIBERTO o se encuentre bajo la PATRIA POTESTAS. En ambos, el individuo no puede divorciarse a menos que reciba el consentimiento de su patrono o del paterfamilias, respectivamente. Asimismo, ambos pueden ser forzados a repudiar a su cónyuge si el patrono o el paterfamilias así lo desea (generalmente para recuperar la dote entregada). Cabe aclarar que las iustae nuptiae no liberaban al filius de la patria potestad, hecho que explica por qué la mujer sufría los efectos de la patria potestad de un modo u otro, pues en el matrimonio cum manus, la mujer se sometía a la patria potestad del marido, y en el matrimonio "libre" la mujer sigue vinculada a su propia familia, y por tanto permanece bajo el poder de su padre (o de su abuelo).

### **c) Divortium desde Augusto hasta Constantino**

Tras las guerras civiles, Roma tuvo que enfrentarse a un grave problema demográfico. Augusto decidió promover el matrimonio entre los ciudadanos, con objeto de repoblar el Imperio, en lo que llamó "Reforma Social Planificada". Intentó animar al pueblo por medio de lecturas públicas en las que manifestaba lo agradable y cómodo de la vida en familia, mas no consiguió su propósito. Poco después resolvió dictar las leyes caducarias: lex Iulia de maritandis ordinibus (18 a.C.) y lex Papia Poppaea (9 d.C.); ambas leyes comprendían distintos aspectos sobre el matrimonio (dote, divorcio, donación entre cónyuges, herencia, legados (NUÑEZ, 2015)).

Entre las materias reguladas por estas leyes, se encontraba la institución del ius liberorum, régimen de exención establecido en pro de aquellas personas con determinado número de hijos. Las limitaciones respecto a la capacidad de suceso testamentario alcanzaron a los caelibes, los orbi, al pater solitarius, los propios cónyuges, y la femina probrosa:

Se consideraba caelibes a los varones entre veinticinco y sesenta años y las mujeres entre veinte y cincuenta que en el momento de abrir el testamento no estuviesen casados (ya sea por ser solteros, viudos o divorciados), concediéndose un plazo de cien días para casarse. Los

viudos y divorciados tenían la obligación bajo pena de contraer nuevas nupcias; en cuanto a las viudas y divorciadas, contaban con un determinado plazo de vacancia para casarse de nuevo. La sanción con la incapacitación sucesoria a los célibes era absoluta, por lo que su parte en el testamento se consideraba caducum, siendo destinada a las personas con ius patrum que fuesen designadas por la ley; en caso de ser único heredero, la herencia le será privada en su totalidad. En virtud de la ampliación de esta norma, propuesta por el senadoconsulto Pegasiano, se prohibió también a los célibes el título, tanto particular como universal, de los fideicomisos; no obstante, los solteros sí tenían posibilidad de adquirirlos.

Los orbi, personas casadas que no tenían hijos, eran sancionados parcialmente, ya que podían recibir por testamento la mitad de los bienes, siempre que la sucesión no fuese del cónyuge (IRURZUN GOICOA, 2014).

Con el calificativo de pater solitarius se alude al viudo o divorciado con hijos al que afectase una incapacidad parcial para heredar; las edades que comprendía esta figura eran las mismas que en el caso de los célibes (25-60 para el hombre, 20-50 para la mujer). Tenían derecho a reivindicar los bienes caduca.

La lex decimaria establecía la incapacidad testamentaria entre cónyuges, a excepción de la dote. En principio, la asignación de un cónyuge a otro no podía exceder de una décima parte de su capital, exceptuando aquellos casos en los que un solo cónyuge o ambos no tengan la edad por la cual la ley exige tener hijos, o excedan el límite de años fijado, o bien estén ligados entre sí por un vínculo de cognación. Desaparece la incapacidad en el supuesto de que nazca un hijo póstumo, de la muerte de un hijo que llegó a la pubertad, de dos que alcanzaron los tres años o de tres que hubiesen vivido más de nueve días (SOTO MOYA, 2014).

Las feminae probosae adquirirían este calificativo por ser mujeres de mala fama por su oficio, de comportamiento escandaloso o de una conducta pública, englobándose prostitutas (tanto públicas como clandestinas),

alcahuetas, actrices (por llevar normalmente una conducta inmoral) y adúlteras sorprendidas en delito flagrante o condenada en juicio público. Esta probositas, establecida inicialmente por Domiciano, incapacita totalmente a la mujer para heredar y para recibir legados. Más tarde, mediante un rescripto de Adriano, se amplió esta incapacidad también a testamentos militares.

Las leyes caducarias no cumplieron el objetivo deseado, y levantaron serias protestas para derogarlas. En realidad, la mayor preocupación de los hombres era evitar las penas y sanciones impuestas, librándose de ellas mediante un matrimonio precipitado, y en caso de divorcio, procurándose antes tener las nuevas nupcias aseguradas. Además, existían algunas contradicciones, por ejemplo la autorización que, con objeto de frenar la depravación, la *lex iulia de adulteriis* daba a la mujer que había cometido adulterio a divorciarse y volverse a casar antes de recibir cualquier notificación. Otra razón de peso para el fracaso en su objetivo de las leyes caducarias, fue sin duda que Augusto no señalase los motivos por los que se concedería el divorcio, aunque sí se encargase de fijar las formalidades para obtenerlo (OSORIO, 2010).

En consecuencia, lo que ocurrió fue que el matrimonio se envileció. Los hombres se movían en un cuadro de lujuria y glotonería, y las mujeres fueron conquistando cierta independencia, usándola para dominar a sus embrutecidos esposos, llegando a participar en la política inclusive. El adulterio era consentido la mayor parte de las veces por los maridos, debido a las gratificaciones y pensiones que los amantes pasaban a las mujeres. Los hijos asistían a las orgías romanas donde veían a sus padres dominados por el vicio. El circo y el teatro tuvieron una parte de culpa en estas malas costumbres. Y por supuesto, el divorcio y, mayormente, el repudio, fue empleado más que nunca, alegándose los más diversos motivos, o directamente sin manifestar una causa determinada. (VESCOVI, 2010)

Para colmo, el propio emperador no daba ejemplo: Augusto se casó y divorció varias veces, obligando incluso a Tiberio Nerón a repudiar a Livia Drusilla (embarazada) para poder casarse con ella. Y esto no fue todo, también movió los hilos en la vida de su hija Julia, casándola varias veces, una de ellas con Marco Agripa cuya edad era superior a la de ella en veintiocho años. Y tras la muerte de Agripa, Augusto, “aconsejado” por su mujer Livia, forzó a Tiberio a dejar a su mujer para poder casarle con Julia. Todos estos intentos de procurar la felicidad pudorosa de su hija fueron en vano, dadas las costumbres casquivanas de ella, por lo que acabó por expulsarla y ordenar su encierro. Y no fue el único emperador que frecuentó esta “costumbre”, ya que Calígula, Claudio y Nerón fueron verdaderos especialistas en el abuso del divorcio.

Bien es verdad que en este panorama tan lamentable tenía sus excepciones, ya que hubo mujeres de buenas costumbres que se dedicaban plenamente al matrimonio, así como hombres que amaban a sus esposas y les eran fieles. También se encontraron madres que estuvieron junto a su familia afrontando las situaciones más adversas (huídas, destierros...) y padres valientes y dedicados.

Esta legislación matrimonial duró hasta el reinado de Constantino, siendo abolidos sus últimos vestigios en el bajo Imperio.

#### **d) Divortium desde Constantino hasta Justiniano**

La Iglesia de los primeros tiempos (siglos I-III) se expandía desde Palestina a todas las provincias del Imperio Romano, discutiendo su situación jurídica ante el poder del Estado por distintas fases: un corto período en que fue perseguida, después una comunidad similar al judaísmo con las mismas persecuciones, pasando a ser luego diferenciadas, y como fin, orden de Trajano de no perseguir a los cristianos con la salvedad de estar acusados de grave delito (CHAMORRO, 2013).

Desde el primer momento, la Iglesia aceptó las legislaciones judía y romana sobre el matrimonio (comprensible por la falta de un sistema normativo matrimonial), pero defendiendo la indisolubilidad de esta institución.

En la época romano-bizantina (siglos IV-VII), la Iglesia pasa de ser tolerada a ser religión oficial del Estado, por orden del emperador Constantino, en el año 313, acabando por imponerse a todos los súbditos en el año 380 por los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio I. Los Padres de esta segunda época dedicaron una gran atención al Derecho matrimonial, aceptando al principio las formas romanas mientras no se opusieran a los principios cristianos, encontrando la principal disconformidad en el tema de la indisolubilidad del matrimonio, ya que para la Iglesia, el matrimonio es un sacramento de por vida (CHAMORRO, 2013).

El primitivo cristianismo progresó lentamente debido principalmente a que el Derecho romano había enraizado en los espíritus del pueblo, contando la Iglesia tan sólo con su nueva doctrina para ir “desarraigando”. Poco a poco, las constituciones de los emperadores cristianos pronto reflejaron la nueva ideología, superando al antiguo Derecho sin anularlo; así, esta influencia cristiana en la legislación romano-imperial se manifiesta, de forma indirecta, por la repercusión de los principios cristianos en las costumbres y vida social de los romanos, y de forma directa por la lenta introducción en las constituciones de dos principios fundamentales: igualdad sustancial de los cónyuges y sometimiento de la mujer al marido, justificada por la necesidad de protección de la mujer y la exigencia de la unidad de familia personificada por el marido. Esta doctrina representó un gran progreso moral para la mujer y colocó el matrimonio por encima de los caprichos humanos (FALCON, 2007).

El Concilio XI de Cartago prohíbe el divorcio entre bautizados, aun en casos excepcionales, y de no cumplir con el mandato, el bautizado será rechazado por la comunidad, debiendo cumplir penitencia con objeto de su readmisión. El cónyuge abandonado no puede contraer nuevas nupcias, debiendo esperar a la reconciliación. La Constitución de 421 dictada por



Honorio, Teodosio II y Constancio II se acogió a las normas de los Padres conciliares

No obstante, sabemos que algunos Padres aceptaban el segundo matrimonio después del divorcio. El adulterio, por ejemplo, hace posible una separación de los cónyuges, ya que un matrimonio entre tres es incompatible con la santidad del acto. Según Basanoff, esto es debido a que el matrimonio es considerado un instrumento de perfeccionamiento espiritual, y examina detenidamente el precepto IV del Pastor de Hermas, pudiendo encontrar las siguientes ideas: el marido no debe vivir con una mujer que él sabe que es adúltera, y si ella no se arrepiente, debe repudiarla, no debiendo casarse de nuevo; si la mujer se arrepiente, debe acogerla. La penitencia, no obstante, se da una sola vez, excluyéndose el caso del cónyuge que dice arrepentirse pero que recae una y otra vez en el adulterio. La Novela de Teodosio II (año 439) supuso el retorno al Derecho anterior, restableciendo el sistema de las *culpae*, en los casos en que los cónyuges se divorciasen (HOLGUIN & Jorge, 2014).

La constitución de Teodosio II y Valentiniano del año 449 repite algunos de los preceptos anteriores, es restrictiva y vuelve al régimen del divorcio unilateral justificado por causas graves o sin causa.

En la legislación de Justiniano, se aumentan las limitaciones sobre el divorcio, prohibiendo y penalizando el divorcio, aunque no considerándose imposible su práctica. La  *affectio maritalis*  determina la existencia del matrimonio, no pudiendo hablarse de una verdadera unión de no existir. En relación con el divorcio bilateral, es admitido por el emperador, mostrándose partidario de un criterio restrictivo, con lo que quiso demostrar que había roto de manera radical con la tradición romana, aceptando la doctrina cristiana. Pese a su pretensión de dejar establecida la tendencia contra el divorcio, su sucesor Justino II restableció el divorcio por mutuo consentimiento.

## **2.2.2. EFECTOS JURIDICOS DEL DIVORCIO**

El divorcio genera efectos jurídicos en cuantos a los cónyuges, a los bienes y a sus hijos:

### **a) Efectos jurídicos del divorcio respecto de los cónyuges**

Una explicación clara sobre el efecto de la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento la podemos encontrar en la Gaceta Judicial IV, Serie No. 135, págs. 1075-1076, que dice: “La sentencia que declara el divorcio por mutuo consentimiento no crea un derecho preexistente, sino contribuye a crear un nuevo estado civil, el mismo que si bien produce sus efectos y produce obligaciones entre los divorciados tales efectos y obligaciones no son materia del juicio de divorcio, sino consecuencias del fallo que lo ha declarado” (VESCOVI, 2010).

Un efecto muy trascendente se refiere a que una vez que se ejecutorie la sentencia y se inscriba, los solicitantes adquieren un nuevo estado civil que es el de divorciados y les permite celebrar actos y contratos, cuyos beneficios no se incluyen en la sociedad conyugal que también se extingue como efecto del divorcio.

Una vez que la sentencia de divorcio se ha ejecutoriado es obligación de las partes inscribir la sentencia de divorcio en el Registro Civil, a fin de que se margine la sentencia en el acta de matrimonio, para que posteriormente las partes puedan obtener una cédula de ciudadanía, en la que constará el nuevo estado civil de divorciado (ARRAZOLA, 2009).

El principal efecto del divorcio respecto de los cónyuges, es la ruptura del vínculo civil, dejándoles en aptitud de contraer nuevas nupcias, así lo establece el Art. 106 del Código Civil. Este efecto, y los demás por regla general que admite excepciones, se producen solamente desde la inscripción en el Registro Civil.

No basta, pues, que la sentencia esté ejecutoriada. El divorcio pone fin a la sociedad conyugal, además, en el mismo juicio de divorcio se puede

solicitar la liquidación de la sociedad conyugal, y desde la reforma de 1970 cualquiera de los cónyuges puede hacer uso de este derecho.

Este efecto es tan importante que ha llegado a sostenerse que la ejecución de la sentencia de divorcio consiste en la liquidación de la sociedad conyugal; pero este parecer es inexacto. En realidad la ejecución de la sentencia de divorcio consiste en su inscripción en el Registro Civil, y desde ese momento se producen sus efectos, más o menos importantes, pero simples efectos.

El Art. 113 del Código Civil permite que uno de los cónyuges pida la liquidación de la sociedad conyugal en el mismo juicio de divorcio; pero, como la jurisprudencia lo ha aclarado muy bien, esto no significa que deba necesariamente liquidarse la sociedad conyugal después del divorcio y en juicio aparte.

Con el divorcio, al disolverse el vínculo civil, terminan los deberes de convivencia, protección, cumplimiento, sucesión legítima y los derechos y deberes conexos con ellos, como el domicilio legal de la mujer, mas no desaparece la afinidad conforme el Art. 23 del Código Civil.

Lógicamente, que con esto la ley civil se aparta de los dictados del derecho natural si subsisten esos deberes como obligación moral. Este es uno de los casos en que la ley crea graves problemas de conciencia, por apartarse de las normas de justicia natural (ALARCON PALACIO, 2014).

Aunque el derecho de alimentos termina con el divorcio, sin embargo, la ley protege a los cónyuges. En caso de carecer uno de los cónyuges de lo necesario para su congrua sustentación tiene derecho a que se le entregue la quinta parte de los bienes del otro, salvo que sea el causante del divorcio, pero el cónyuge que se hallare en los casos previstos en la causal 11ª del Art. 110 del CC., conservará este derecho.

Si tuviere bienes, pero no de tanto valor como esa quinta parte, solo tendrá derecho al complemento. Entre esos bienes se tomará en cuenta, para ese efecto, el valor de sus gananciales en la sociedad conyugal.

#### **b) Efectos jurídicos respecto de los bienes**

Con el estado civil de divorciado, hombre o mujer pueden celebrar contratos en los que los bienes que adquieran sólo le pertenecerán a él o ella y ya no a la sociedad conyugal. Pero en muchos casos sin que se hayan divorciado los cónyuges pueden tener un régimen independiente al de la sociedad conyugal, mediante la disolución de la sociedad conyugal que contempla nuestra legislación civil (PEREZ CONTRERAS).

Terminada la sociedad conyugal ya sea a través del divorcio o mediante el procedimiento de disolución; si hubieren bienes comunes que deban repartirse, los mismos deberán entrar a un procedimiento de inventario para posteriormente pasar a la repartición de dichos bienes. En razón de la amplitud del tema no lo desarrollaré en este subtítulo sino que se le destinará un capítulo completo.

Una consecuencia de que la sentencia de divorcio se haya ejecutoriado y se haya inscrito en el Registro Civil radica en que las partes quedan en libertad de contraer nuevas nupcias. Pero con ciertas condiciones estipuladas en nuestro Código Civil.

#### **c) Efectos jurídicos del divorcio respecto de los hijos**

Las primeras leyes de divorcio no mencionaban a los hijos. Así, en 1940 se agregó una minuciosa reglamentación para regular la situación económica y jurídica en la que los hijos quedan después del divorcio. Con el pasar del tiempo se ha ido regulando y corrigiendo los defectos de cada una de las leyes (NUÑEZ, La Suspensión de los Lanzamientos en la Ejecución, 2015).

Cabe señalar que actualmente rigen principios generales tales como: a) debe prevalecer la convención de los padres respecto del futuro de los hijos; b) a falta de convenio, resuelve el juez de conformidad con reglas rígidas; c) la situación respecto de los hijos puede modificarse por hechos posteriores, como el nuevo matrimonio de los padres; d) en todo caso, la regulación de esta situación es condición imprescindible para que el divorcio pueda inscribirse y surtir efectos civiles.

Lo que los padres convengan en la audiencia de conciliación o después, decide la situación de los hijos. Bien pueden acordar algo que no sea conveniente para los hijos, el juez no tiene en este caso la facultad de modificar lo resuelto. La ley le da poderes al juez solamente en caso de falta de acuerdo entre los padres.

Esto desde luego es altamente inconveniente. Los padres que no tienen escrúpulo en dejar a sus hijos sin hogar, no merecen la confianza absoluta de la ley; en estos casos el juez debería poder modificar lo resuelto por los padres, aunque estén ellos plenamente de acuerdo (BELUCHE, 2015).

Los efectos jurídicos son absolutamente diferentes, respecto de quién tiene la tenencia de los menores, en relación de quién no la tiene. Ya que, quién se queda con los hijos tiene mayores derechos, responsabilidades y obligaciones, sobre ellos.

La patria potestad en el Art. 105, del Código de la Niñez y Adolescencia, conceptúa a esta importante institución del Derecho de familia, así: “La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de padres respecto a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley”.

Por su parte el Código Civil en el Art. 283, dice: “La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia”.

De ambos artículos se desprende que la patria potestad otorga derechos a los padres respecto de los hijos, pero el Código de la Niñez y Adolescencia, con un criterio más moderno y humano, determina que la patria potestad también genera obligaciones de los padres respecto de sus hijos.

Con relación a la tenencia la legislación de la niñez y adolescencia no define a esta institución, tampoco el Código Civil. Por lo que se puede definir a la tenencia como aquella que es otorgada por el juez al padre o madre para que el hijo o hija se encuentre bajo su custodia y convivencia diaria.

Sobre los alimentos el Art. 127 de la Código de la Niñez y Adolescencia, indica que: “Este derecho nace como efecto de la relación parento-filial, mira al orden público familiar y es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible y no admite compensación. Tampoco admite reembolso de lo pagado, ni aun en el caso de sentencia judicial que declare inexistente la causa que justificó el pago”.

Por lo que “la filiación, como relación jurídica familiar básica y primordial, tiene un sustento legal muy rico establecido a nivel nacional y supranacional. En el ámbito internacional tenemos la Declaración de los Derechos del Niño; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana de Derechos Humanos; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales; la Convención sobre Derechos del Niño”.

En tal virtud, los derechos de alimentos de niños y adolescentes, no solamente tienen un sustento nacional sino supranacional, en base de los diferentes tratados y convenios que han sido firmados y ratificados por el Ecuador.

Otro convenio que tiene trascendencia en esta materia es la Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero, que está publicado en el Registro Oficial No 545, del 8 de mayo de 1974, que facilita el cobro de alimentos a otra que se encuentra sujeta a la jurisdicción de otro país.

Respecto a la nueva atribución otorgada a los notarios para tramitar el divorcio notarial, siempre y cuando no tengan hijos menores de edad o bajo dependencia, considero que existen aspectos que la normativa no ha regulado en relación a un caso concreto que puede ocurrir en la práctica, y se refiere a la manifestación de la inexistencia de hijos en la petición, con el objetivo de cumplir el requisito; es decir, de dar por terminado lo más pronto posible con el matrimonio.

En efecto, se presenta la petición, el notario la admite a trámite, en el acta de divorcio se hace constar una declaración juramentada en la que ambos cónyuges, manifiestan no tener hijos, el fedatario obra de buena fe, la ley no le obliga a constatar o cerciorarse si efectivamente tienen hijos o no y resuelve el divorcio de los solicitantes.

Respecto a cómo quedan esos hijos, cuya existencia no fue expresada en la petición de divorcio, quien quede con los hijos, en algún momento presentará una demanda de alimentos.

En el proceso que se tramite ante el juez de la Niñez y Adolescencia, en la prueba de parte del demandado se demostrará el acta de divorcio tramitada ante el notario en la que ambas partes manifiestan no tener hijos y en cambio el actor en su demanda adjuntará las partidas de nacimiento, el juez al valorar la prueba ante tan evidente contradicción de la misma, a cuál dará mayor valor, sobre todo si son las únicas pruebas aportadas, generándose un grave problema en la administración de justicia. Considero que es un aspecto que en la práctica puede suceder, pues no se obliga a los notarios, ni tampoco a los jueces de lo Civil que conocen un juicio de divorcio de mutuo consentimiento; a que constaten si efectivamente los solicitantes tienen hijos, ambos funcionarios se ciñen a lo que indican las partes.

En mi nuestra opinión debería implementarse un certificado emitido por el Registro Civil, en el que se justifique a ciencia cierta la existencia de los hijos y este sea un requisito necesario para dar paso al divorcio; ya que la Constitución establece que reconocerá y protegerá a la familia como célula

fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.

El derecho a régimen de visitas se establece en el Código de la Niñez y Adolescencia. Se incorpora esta institución tan importante para una buena convivencia entre los ex cónyuges y los hijos y se encuentra regulado en los Arts. 122 al 125.

### **2.2.3. EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO**

Al divorcio consensual se lo puede definir como aquel en donde se decide por acuerdo entre los cónyuges, razón por la que comprende, además, otras denominaciones, como divorcio por mutuo consentimiento o divorcio por petición conjunta de los cónyuges (NUÑEZ, 2015).

En consecuencia, se desprende que para que exista el divorcio consensual, únicamente debe mediar la voluntad de los cónyuges, situación que es criticada por quienes consideran que el divorcio no puede darse únicamente por el simple deseo expresado por los cónyuges, unido a ello un trámite sencillo y fácil de acceder; sino que consideran que es necesario que pese al consentimiento y expresión de voluntad de los cónyuges, debe establecerse como obligación que exista una causa justa, la misma que debe ser calificada y aceptada a trámite.

Otros tratadistas no comparten lo antes indicado porque piensan que no se ajusta a la realidad; y que, además, esta situación viene desde la época del Derecho Romano en donde existían principios como “lo que el consentimiento contrae, el consentimiento lo disuelve”. Por lo tanto, aseguran que el divorcio por mutuo consentimiento representa una conformidad para separarse, sin que por ello se desconozca que detrás de esa voluntad para separarse puedan existir una o muchas causas motivantes para el divorcio, pero las mismas no desempeñan ningún papel en el procedimiento judicial del divorcio por mutuo consentimiento, ya que en la realidad de su proceso ni se plantea peor se analiza esas causales,



las mismas que, por más importantes o trascendentes que sean, únicamente pueden ser respetadas pero no influyen en su trámite.

De conformidad con el Art. 81 del Código Civil, podríamos decir que al ser un contrato se debería disolver por la simple voluntad de los contrayentes, situación que acorde a nuestra legislación no es así, y se requiere necesariamente de un trámite judicial aspecto que en la actualidad es una facultad que se les ha atribuido a los notarios, siempre y cuando no existan bienes ni hijos menores de edad o bajo su dependencia.

En el divorcio por mutuo consentimiento, según nuestra legislación, no se requiere expresar la causa o causas para el divorcio; además, el mismo no se puede dar por la simple voluntad de los contrayentes, por cuanto requiere de una sentencia judicial que declara disuelto el vínculo matrimonial. Esto es, nace su posibilidad de la voluntad conjunta de ambos cónyuges, pero requiere de un trámite judicial. Dentro de este proceso pueden existir discrepancias, así por ejemplo, cuando las partes no se ponen de acuerdo en la situación en que quedan sus hijos menores, ya sea en cuanto a la tenencia, cuidado, protección, alimentos, visitas, etc., por lo que ese aspecto se puede tornar contencioso.

El Código Civil no define a ésta institución, pero respecto de la misma dice: "Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges (HOLGUIN & Jorge, 2014).

Es evidente que se constituye en una forma de dar por terminado el vínculo matrimonial en base del consentimiento conjunto.

El divorcio por mutuo consentimiento tiene un trámite especial, especialísimo, muy particularizado, pormenorizado al detalle y taxativamente dispuesto por el Código Civil.

La esencia de este divorcio es la manifestación expresa, voluntaria y de consuno, por parte de los cónyuges, para disolver su vínculo matrimonial. Los cónyuges así lo manifiestan ante el juez, pues el Código Civil no habla de demanda en estricto sentido, sino expresamente de “Manifestación” pura y simple de la voluntad.

Transcurridos los sesenta días cualquiera de los dos “manifestantes”, por sí o por medio de curadores especiales, pueden solicitar una audiencia en la que según el artículo 108 del Código Civil: “...Expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar (ellos) por disuelto el vínculo matrimonial”. Queda debidamente establecido que en el texto de la norma legal se atribuye a los cónyuges, y sólo a ellos, la facultad absoluta total y omnímoda de resolver en forma definitiva el hecho de “dar por disuelto el vínculo matrimonial”. Si así lo expresaron de consuno y de viva voz, ante el juez, esta resolución es, insisto, definitiva. (HOLGUIN & Jorge, 2014)

Consideramos que el legislador pudo haber ido más allá, y expresar que en este caso ni siquiera se requiera de sentencia, porque siendo el matrimonio un contrato, al resciliar tal contrato los propios cónyuges, que fueron los que establecieron el vínculo obligacional, no requieren, en estricto sentido doctrinario, ningún tipo de sentencia. Esta es y ha sido la concepción jurídica del contrato matrimonial al margen de toda sugerencia. Legislaciones de varios países europeos ha establecido el divorcio por simple notificación, el mismo que se perfecciona con la razón del fedatario público de que tal notificación se la hizo al otro contrayente. Es el divorcio que en doctrina lo han denominado “divorcio cartular” (FALCON, 2007).

Sin que exista disposición legal alguna, nuestro sistema judicial, de una manera muy formalista, ha establecido que se deba “dictar sentencia” en el divorcio por mutuo consentimiento. Esto no se ajusta técnicamente a la doctrina procesal y resulta completamente erróneo, equivocado y hasta ilegal.

llegal porque se opone a lo establecido en el primer inciso del Art.107 del Código Civil; y erróneo, porque jurídicamente una resciliación contractual no amerita ni requiere sentencia judicial.

Si son los cónyuges los que expresan su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial, el juez (en caso de tener competencia para ello) lo único que tiene que hacer es solemnizar esa voluntad y así certificarlo ante la autoridad respectiva (el jefe del Registro Civil) para los fines consiguientes (CHAMORRO, 2013).

Por lo tanto, mi punto de vista es que el juez no debe dictar sentencia en el divorcio por mutuo consentimiento, sino únicamente solemnizar, junto con el secretario, la resolución de quienes manifiesten su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial y dar fe del acto respectivo.

Y si no, veamos desde el punto estrictamente procesal ¿qué es la sentencia? ... En términos latos y conforme a la ley: “Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio”.

Pero en el divorcio por mutuo consentimiento el juez no decide nada; no es al juez a quien compete la decisión de dar por disuelto el vínculo matrimonial sino a los cónyuges. Por otra parte no existe “juicio”, porque no hay contienda legal. Entonces, cualquier “sentencia” es impertinente si versa sobre un asunto que la ley ha atribuido como facultad específica y exclusiva de los cónyuges, resueltos a divorciarse por mutuo consentimiento (HOLGUIN & Jorge, 2014).

La costumbre de dictar sentencia sobre los divorcios por mutuo consentimiento, no se ajusta a la doctrina procesal ni a la disposición expresa de la ley; simplemente se la ha establecido como costumbre, sin ningún fundamento jurídico y sin un real criterio doctrinario- procedimental.

Y es que el error proviene al haber dispuesto en el artículo 107, primer inciso del CC, que “los cónyuges manifestarán por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo Civil....”.Con esta

disposición legal se atribuyó la competencia del divorcio por mutuo consentimiento a los jueces de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges. Pero esta disposición no es muy apegada a la técnica legislativa.

Explicemos este punto: si profundizamos un poco el estudio, veremos que en derecho “las cosas se deshacen como se hacen”.Y el contrato matrimonial, es un acto jurídico solemne frente a una autoridad administrativa: el señor jefe del Registro Civil de la respectiva jurisdicción. No es ante el juez.

En la relación contractual para la celebración del matrimonio el juez no tiene competencia ni participación legal de ninguna naturaleza. Y si los contratantes (contrayentes), en uso de su facultad legal deciden resciliar su contrato, sería la misma persona, el mismo sujeto de derecho o la misma autoridad administrativa que solemnizó la relación contractual, en estricto derecho, la única llamada a solemnizar tal “revocación de la voluntad” y dar fe de que así lo expresaron las partes interesadas.

Por consiguiente, el legislador debió conceder la facultad de solemnizar la resciliación del contrato matrimonial al jefe del Registro Civil, no al juez, para que la disposición legal del divorcio por mutuo consentimiento se ajuste a la doctrina jurídica.

El asunto de los hijos es una cuestión muy aparte, que requiere otro tipo de análisis y que no lo trataré en el presente trabajo pues amerita otras consideraciones jurídicas (COCA PAYERAS, 2012).

Cabe preguntarse ¿sobre qué está llamado el juez a pronunciar sentencia en los divorcios por mutuo consentimiento?

Desde el tercer inciso del artículo 108 del Código Civil, se expresa que “si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos...”, se refiere al cuidado y tenencia de los hijos; luego, el mismo artículo se remite a los alimentos congruos y a las providencias sobre estos pormenores (NUÑEZ, Apuntes sobre Divorcio ante Notario y su Naturaleza, 2015).

Es sólo sobre estos aspectos que el juez tiene facultad para sustanciar una causa dentro del mismo trámite de divorcio y resolver. No sobre el divorcio, porque si los cónyuges en la audiencia ya pronunciaron su resolución que tiene el carácter de definitiva, el juez no tiene por qué entrar a considerar nada sobre este aspecto.

Pero las providencias que diriman asuntos como la tenencia, los alimentos y el cuidado de los hijos, es obvio que tenga su correspondiente recurso sólo con efecto devolutivo.

#### **2.2.4. EL DIVORCIO CONTROVERTIDO O CONTENCIOSO**

Para empezar a discutir de esta forma de alcanzar el divorcio, empezaremos por exponer las causales del divorcio establecidas en el código civil, de conformidad con las últimas reformas que sufrieron las mismas en el año 2015.

**El código civil señala en su Art. 110.- Son causas de divorcio (NACIONAL, 2015):**

- 1. El adulterio de uno de los cónyuges.*
- 2. Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.*
- 3. El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.*
- 4. Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro.*
- 5. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.*

6. *Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas.*
7. *La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años.*
8. *El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano.*
9. *El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos.”*

La doctrina y el profesor Francisco Cosentini, señalan cinco características que son las siguientes:

1. **Causas Criminológicas:** esto es el adulterio, el atentado contra la vida del otro cónyuge, la condena por reclusión, la falta de moralidad y perversión sexual, los malos tratos e injurias, y el intento de prostitución;
2. **Causas Simplemente Culposas:** esto es el abandono voluntario;
3. **Causas Eugenésicas:** esto es enfermedades, alcoholismo y toxicomanía;
4. **Causas Objetivas:** esto es separación voluntaria de los dos cónyuges; y,
5. **Causas Indeterminadas:** esto es el embarazo prenupcial ignorado por el marido.

Hay muchas causas diferentes y motivos para el Divorcio, y cada uno de ellos, será específico de una relación de pareja en particular, de tus experiencias individuales y de tus problemas personales (HOLGUIN & Jorge, 2014).

El Divorcio es muy común en E.E.U.U. y en Europa, a diferencia de los países subdesarrollados, donde por razones obvias, es una práctica casi inusual.

La Sociedad, en sí misma, no puede decirse, que considere como buena la disolución del Matrimonio, pero cada vez nos encontramos con la situación contraria, es decir, con más Matrimonios que ponen fin a su relación, por una causa o por otra.

España figura a la cabeza de los países con más altas tasas de Divorcio, entre los países más desarrollados, llegando, según un Estudio realizado por el Instituto de Política Familiar, a producirse un Divorcio cada 3,7 minutos, es decir 16 cada hora y 386 al día, por lo que, y según el mismo estudio, por cada cuatro Matrimonios que se realizan en España se divorcian tres.

En general, todo Divorcio experimentado en el mundo hoy, es consecuencia de alguna de las siguientes causas (CHAMORRO, 2013):

- Infidelidad: es la causa principal de Divorcio, y por la que más número de Matrimonios se rompen, pues, para la mayoría de las personas, esa sensación de estafa personal que se produce cuando descubren un engaño por parte de su pareja, es muy difícil de superar, aún más de perdonar, y prácticamente imposible de olvidar.
- Violencia Doméstica: a pesar de que muchas mujeres, sufren en silencio este tipo de abuso, y soportan como pueden tal situación, cada vez es mayor el número de esposas, que acaban por divorciarse, intentando cortar de raíz el problema.
- Inmadurez: es una de las causas más comunes entre las parejas que contrajeron Matrimonio a una edad muy temprana, en la que, con apenas experiencia vital a sus espaldas, realmente, no están preparados, ninguno de los dos, para afrontar las responsabilidades que conlleva la vida en común.
- Falta de Comunicación: una buena comunicación y entendimiento entre los cónyuges, es fundamental para una buena relación.

Cuando en una pareja, se empiezan a ocultar cosas, a sentir que el otro no te hace partícipe de sus inquietudes, problemas, preocupaciones... es decir, cuando la comunicación comienza a escasear, la desconfianza aumenta, y puede llegar a arruinar su relación.

- Incompatibilidad: si el hombre y la mujer, no son compatibles durante el noviazgo, el hecho de contraer Matrimonio, no cambiará las cosas en absoluto, al contrario, muy probablemente, acabará con él.

- Abandono: La institución del Matrimonio, consiste en una unión entre dos personas, con la finalidad de formar una familia y compartir una vida en común, sin embargo, cuando uno de los esposos, comienza a sentirse abandonado por el otro, la desilusión y la desdicha van creciendo, hasta el punto de desembocar, en muchos casos en una Separación o Divorcio.

- Fracaso de las expectativas: es otro de los motivos principales por los que acaba un Matrimonio, y es que, al inicio de la relación, cada uno se crea una serie de expectativas e ideales sobre el otro, y cuando éstas no se producen o alcanzan en el futuro, la persona se siente defraudada, frustrada y, en definitiva, fracasada.

- Diferencias Culturales y Religiosas: en algunos casos de Matrimonios entre personas con raíces culturales o creencias religiosas diferentes, éstas pueden ser, a largo o corto plazo, un inconveniente muy importante, que separe, en cierto modo a los miembros de la pareja, hasta hacer su relación inviable por completo.

- Problemas de Drogadicción o Alcoholismo: la convivencia diaria con una persona que sufre este tipo de problemas, resulta, como todos podemos imaginar, un sin vivir, que a menudo, va acompañada de discusiones, problemas económicos, disgustos.

Las causas o motivos que suelen provocar una ruptura matrimonial, mediante la Separación o Divorcio, no acaba aquí, sino que es mucho más



extensa, pero, los estudios realizados sobre la materia, establecen como fundamentales, los enumerados en este artículo.

### **2.2.5. EL PROCESO DE DIVORCIO CONTENCIOSO**

Nuestra legislación ecuatoriana señala las siguientes características de la acción de divorcio:

- a) La acción de divorcio es personalísima, es privativa de los cónyuges; y además, estos en varios casos, solo puede ser solicitado por el cónyuge inocente por regla general a excepción de la causal décima primera inciso segundo; así el divorcio es una disputa entre los cónyuges; es menester señalar que el último inciso del Art. 110 del Código Civil manifiesta “El divorcio por estas causas será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas, con la salvedad establecida en el inciso segundo de la causal 11 de este artículo (NACIONAL, 2015)”;
- b) La acción de divorcio no puede renunciarse y según nuestro ordenamiento jurídico, esto se debe a que no solo compromete el interés individual de los cónyuges sino que también entra el juego el interés general de la sociedad y por tal es una disposición de orden público, considerando que el matrimonio es la base de la familia y la familia es el núcleo fundamental de la sociedad.
- c) El Art. 123 del Código Civil codificado manifiesta “Son irrenunciables la acción de nulidad de matrimonio y la de divorcio (NACIONAL, 2015).
- d) Lo es también el derecho del cónyuge a que en caso de divorcio, se le entregue la parte de los bienes del otro, a que se refiere el artículo 112”, de tal modo que el estado civil de las personas no puede ser

objeto de convención, pues puede prestarse a muchas irregularidades;

- e) La acción de divorcio es prescriptible y esto no obstante que esta acción está fuera del comercio humano, pero el legislador velando por la paz conyugal, declara que prescribe por lo general en un año, obviamente que el cónyuge que alega la prescripción le corresponde acreditar el momento en que aquél tuvo conocimiento de la causal que invoca; de tal modo que esta prescripción puede renovarse si el cónyuge incurre nuevamente en hechos que constituyan la causal de divorcio y así no es aplicable la disposición del Art. 2409 del Código Civil que en su inciso final señala que la prescripción se suspende siempre entre cónyuges, pues de aceptarse ello equivaldría en la práctica que esta acción sea imprescriptible.
- f) El Art. 124 del Código Civil señala expresamente “La acción de divorcio prescribe en el plazo máximo de un año contado: por las causas puntualizadas en los numerales 1, 5 y 7 del Art. 110, desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa de que se trate. O la del numeral 2, desde que se realizó el hecho. O las de los numerales 3, 4, 8 y 9, desde que cesó el hecho constitutivo de la causa; y por las de los numerales 6 y 10, desde que se ejecutorió la sentencia respectiva” (NACIONAL, 2015).
- g) En tal virtud, la prescripción se cuenta desde el momento en que el cónyuge asistido de la acción de divorcio, tuvo conocimiento del hecho que le da origen, y se cuenta desde el momento en que el hecho se realizó aunque no lo haya conocido el titular de la acción; siendo menester aclarar que la prescripción de un año, es de corto tiempo y casi todas las legislaciones lo tienen; pero quien alega esta excepción, la debe probar, pues el legislador ha considerado que no puede quedar por mucho tiempo incierta la situación de la familia;
- h) La acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges de tal modo que el Art. 127 del Código Civil señala “Toda

acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, aún en el caso de que la demanda se hallare ya propuesta, y cualquiera que fuere el estado del juicio”; y, esto es obvio porque con la muerte se extingue el ser humano y este hecho se justifica con la partida de defunción otorgada por el Registro Civil correspondiente;

- i) La acción de divorcio igualmente se extingue por la reconciliación, así lo señala el Art. 125 ibídem, al disponer “La acción de divorcio por ruptura de las relaciones conyugales se extingue por la reconciliación de los cónyuges; sin perjuicio de la que pueda deducirse por causa de una nueva separación que reúna las circunstancias determinadas en este título”; obviamente que esta reconciliación debe estar debidamente reconocida ante el juez de lo civil o mercantil que conoce la acción de divorcio y aceptada por el otro cónyuge (NACIONAL, 2015);
- j) El divorcio requiere de un juicio y por tal se ejercita por medio de una acción civil; de tal modo que en nuestro ordenamiento jurídico el divorcio tiene carácter judicial y ello es consecuencia necesaria del principio de solemnidad y publicidad del mismo; de tal modo que los hechos constitutivos de causales de divorcio alegadas por el demandante, deben ser justificadas en juicio por medio de las pruebas señaladas en la ley, pues las causales de divorcio por regla general suponen un actor y demandado consciente y responsable; es decir imputables;
- k) La enumeración de las causales señaladas en el Art. 110 del Código Civil son taxativas; pero se manifiesta que existe otra causal en el Art. 13 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y a la Familia, que puede servir para dar por terminado el matrimonio civil;
- l) El vínculo matrimonial del cónyuge que se hubiere vuelto demente o sordomudo, que no puede darse a entender por escrito, no podrá disolverse por divorcio, así lo señala imperativamente el Art. 126 del Código Civil; y esto tiene su razón de ser, porque estas personas

son incapaces absolutas para poder actuar y por ende no podían presentarse a juicio ni personalmente ni por interpuesta persona; o sea que en este caso el matrimonio es indisoluble; e,

m) El Art. 129 del Código Civil codificado manifiesta “Cuando uno de los cónyuges fuere ecuatoriano, no podrá anularse, ni disolverse por divorcio el matrimonio contraído en el Ecuador sino mediante sentencia pronunciada por jueces ecuatorianos; de tal modo que no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en el Ecuador, mientras no se disuelva válidamente el matrimonio en nuestro país”; más aún el Art. 93 del Código Civil dispone “El matrimonio que, según las leyes del lugar en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá sin embargo disolverse en el Ecuador sino en conformidad a las leyes ecuatorianas”.

#### **2.2.6. EL DERECHO DE ALIMENTOS.**

En el año 2009 la Asamblea nacional puso en vigencia una muy cuestionada ley sobre el derecho de alimentos en las reformas al título V del código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, antes regulado de manera superficial por el Código Civil y algo mejor con el Código de Menores, en la citada ley se destacan:

***Art. Innumerado 2.- Del derecho de alimentos.- El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye:***

1. *Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;*
2. *Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;*
3. *Educación;*
4. *Cuidado;*
5. *Vestuario adecuado;*
6. *Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;*
7. *Transporte;*
8. *Cultura, recreación y deportes; y,*
9. *Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.*

**Art. Innumerado 3.- Características del derecho.-** *Este derecho es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado, salvo las pensiones de alimentos que han sido fijadas con anterioridad y no hayan sido pagadas y de madres que hayan efectuado gastos prenatales que no hayan sido reconocidos con anterioridad, casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos.*

**Art. Innumerado 4.- Titulares del derecho de alimentos.-** *Tienen derecho a reclamar alimentos:*

1. *Las niñas, niños y adolescentes, salvo los emancipados voluntariamente que tengan ingresos propios, a quienes se les suspenderá el ejercicio de éste derecho de conformidad con la presente norma;*

2. Los adultos o adultas hasta la edad de 21 años que demuestren que se encuentran cursando estudios en cualquier nivel educativo que les impida o dificulte dedicarse a una actividad productiva y carezcan de recursos propios y suficientes; y,

3. Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse.

**Art. Innumerado 8.- Momento desde el que se debe la pensión de alimentos.-** La pensión de alimentos se debe desde la presentación de la demanda. El aumento se debe desde la presentación del correspondiente incidente, pero su reducción es exigible sólo desde la fecha de la resolución que la declara.

**Art. Innumerado 29.- Aplicación de estas normas en otros juicios.-** Dentro de los juicios o procesos por violencia intrafamiliar, reclamación de la filiación, separación de bienes, divorcio y en general, en cualquier otro procedimiento en el que la ley contemple expresamente la posibilidad de solicitar alimentos a favor de niños, niñas y adolescentes, se aplicarán obligatoriamente las normas establecidas en la presente ley.

De acuerdo con el Diccionario de Manuel Osorio, el derecho de alimentos es la prestación en dinero o en especie que una persona indigente puede reclamar de otra, entre las señaladas por la ley, para su mantenimiento y

subsistencia. Es, pues, todo aquello que, por determinación de la ley o resolución judicial, una persona tiene derecho a exigir de otra para los fines indicados (OSORIO, 2010).

El derecho a reclamar alimentos y la obligación de prestarlos se da entre parientes legítimos por consanguinidad, como el padre, la madre y los hijos; a falta de padre y madre, o no estando éstos en condiciones de darlos, los abuelos y abuelas y demás ascendientes, así como los hermanos entre sí. En el parentesco legítimo por afinidad, únicamente se deben alimentos al suegro y la suegra por el yerno y la nuera, y viceversa, de ser éstos los necesitados y aquéllos los pudientes. Entre los parientes ilegítimos, los deben el padre, la madre y sus descendientes, y, a falta de ellos, los abuelos y los nietos. Se advierte que la prestación entre esos parientes es recíproca.

Los alimentos comprenden lo necesario para atender a la subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentado, y su cuantía ha de ser proporcionada a la condición económica del alimentador; cuando hay desacuerdo, corresponde al juez su fijación. Es requisito para la obtención de alimentos que quien ha de recibirlos acredite que le faltan medios para alimentarse y que no le es posible adquirirlos con su trabajo (OSORIO, 2010).

Los alimentos constituyen una obligación legal que implica un conjunto de medios materiales destinados a proveer los recursos necesarios para la subsistencia física y moral de una persona. Las prescripciones atinentes a esta materia, surgen de la vocación social por asegurar la solidaridad familiar y los legítimos afectos que se derivan de las relaciones de parentesco (CHAMORRO, 2013).

El deber alimentario emerge de las relaciones de parentesco habidas intrafamiliarmente, entre ascendientes y descendientes, colaterales, cónyuges y parientes por afinidad.

El concepto de parentesco está previsto en el artículo 345 de nuestro Código Civil, el cual reza como sigue: “El parentesco es el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos que desciende de un mismo tronco (PEREZ GALLEGO, 2014)”.

Establecida la premisa anterior, tenemos el detalle de los derechos y obligaciones de los parientes a partir del artículo 367 del mismo cuerpo legal, el cual impone que “Los parientes por consanguinidad se deben alimentos en el orden siguiente:

- 1- Los ascendientes y descendientes. Entre ellos estarán obligados preferentemente los más próximos en grado y a igualdad de grados los que estén en mejores condiciones para proporcionarlos;
- 2- Los hermanos

La obligación alimentaria entre parientes es recíproca.

La obligación alimentaria de los padres para con los hijos, está prescripta en el artículo 265 del código civil, el cual, en su parte pertinente reza así: “... (Los padres) tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme su condición y fortuna (NACIONAL, 2015).

Y, finalmente, la obligación alimentaria entre cónyuges está explicitada en el artículo 198 del mismo cuerpo legal, que prevé que “Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos” (PEREZ GALLEGO, 2014).

Ciertamente y a nivel judicial, la mayor cantidad de reclamos en base al derecho alimentario, está dada por la petición de los mismos a favor de los hijos habidos de una unión legal o de hecho. Más, con lo visto precedentemente, aclaramos que el derecho alimentario, asiste ampliamente a aquellos parientes, dentro de los grados transcriptos –hijos, padres, abuelos, cónyuges, hermanos, medio hermanos y suegros- (PEREZ GALLEGO, 2014).



Los alimentos comprenden los gastos de subsistencia, habitación y vestuario, los cuales son gastos ordinarios. Sin embargo existen ciertos gastos extraordinarios que deben ser satisfechos por el alimentante, como, por ejemplo, gastos de enfermedad, sepelio, litis expensas, etcétera.

En relación a la obligación para con los hijos, los rubros que abarca el concepto de alimentos, están previstos en el artículo 267, del C.C., el cual impone un “piso” para los mismos, conforme se transcribe a continuación: “La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimientos, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad (IRURZUN GOICOA, 2014)”.

## **CAPITULO III**

### **PROCESO METODOLÓGICO**

#### **3.1. DISEÑO O TRADICIÓN DE INVESTIGACION SELECCIONADA.**

**3.1.1 ASPECTOS GENERALES.-** La selección de métodos y técnicas de investigados ha sido realizada en base a las exigencias del estudio de casos, esto es la recopilación de información de tipo cualitativa.

Hemos realizado un análisis del cuerpo del caso, en cada una de las instancias en que se desarrolló tomando nota de cada una de las situaciones particulares, apreciando incluso que se desarrollaron situaciones extraprocesales importantes como los diálogos que mantuvieron las partes previo al juicio.

#### **3.1.2. TIPO DE INVESTIGACION.**

La presente investigación en modalidad de estudio de casos es puramente descriptiva.

Lo que hemos realizado es una exposición del caso y de sus características, las pruebas presentadas en el proceso, la forma como se valoró y nuestro criterio frente a la respuesta que el Estado a través de la administración de justicia le dio al caso.

#### **3.1.3. MODOS DE LA INVESTIGACION**

En este espacio, tan cómo se nos recomendó, vamos a definir los tipos de investigación, definimos su naturaleza, ahora pasemos a los modos de hacer o realizar una investigación, en otras palabras, la forma o manera

particular en que se puede llevar a cabo una investigación y que tradicionalmente se ha clasificado en:

Investigación bibliográfica y documental.

Investigación de campo.

Investigación de laboratorio.

En virtud a lo expuesto nuestra investigación bibliográfica y documental, ya que la base fundamental para formar un criterio sólido sobre el caso de estudio serán los vestigios recogidos en libros y artículos científicos.

Se realizarán investigación de campo que será complementaria a la información bibliográfica.

#### **3.1.4. LOS METODOS GENERALES DE LA INVESTIGACION**

- a) **Los métodos de inductivo y deductivo:** estos métodos nos sirvieron para poder realizar un estudio de los elementos trascendentes del caso de estudio, pudiendo tomar una posición en virtud de la reflexión frente al objeto de estudio.
- b) **El método descriptivo:** Este método nos sirvió para desarrollar de forma narrativa, la parte expositiva de la investigación.
- c) **El método de análisis-síntesis:** Ha sido el método fundamental para poder conquistar las particularidades del hecho investigado en el caso de estudio, pudiendo luego sintetizar los puntos de vista identificados.

Hemos además aplicado los siguientes métodos propios de las investigaciones jurídicas:

- a) **Método exegético.**- Abstrayendo la evolución del objeto de estudio a través de varias etapas históricas.
- b) **Método de las construcciones jurídicas.**- Este método nos ha permitido tener una idea clara de los derechos fundamentales a la libertad de información, opinión y expresión, y exponer nuestras conclusiones en el caso concreto de estudio.

### 3.4. TÉCNICAS A UTILIZAR

En el siguiente cuadro exponemos las técnicas que se han utilizado de acuerdo a cada objetivo propuesto:

SELECCION TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN								
OBEJTIVOS	TÉCNICAS							
	Bib	Est	Obv	Arc	En	Entr	Do	Cen
Determinar si en el caso de estudio se cometió un error por parte de la Jueza que sustanció la causa, al fijar una pensión alimenticia, régimen de visitas y tenencia en la parte resolutive de la una sentencia de un proceso	X			X		X		

divorcio por causal que en lo principal se declaró sin lugar.								
Identificar si en el caso de estudio se respetó el debido proceso al fijarse una pensión alimenticia en contra del actor del divorcio, sin que convoque a junta de conciliación en los términos del artículo 128 del código civil.	X			X	X			
Identificar si en el caso de estudio se respetó el debido proceso al fijarse una pensión alimenticia en contra del actor del divorcio, sin que convoque a junta de conciliación en los términos del artículo 128 del código civil.	X			X	X			
Precisar si fue correcta la Nulidad declarada por el Tribunal de segunda Instancia dentro de este proceso.	X			X	X			

### **3.5. LA NECESIDAD DE LAS ENTREVISTAS EN EL ESTUDIO DE CASOS.**

En cuanto a efecto de la realización de las entrevistas, se ha considerado a 4 profesionales especialistas en materia de familia que consideramos tiene una reflexión muy valiosa y orientadora sobre el tema de estudio.

Las entrevistas fueron realizadas en base a un cuestionario aprobado por el tutor, el mismo que además aprobó las personas a las que se les tomó las declaraciones.

La recepción de las respuestas a nuestro interrogatorio se realizó mediante grabación de audio, el mismo que será incorporado como anexo al trabajo de estudio.

## CAPITULO IV

### RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

#### 4.1. EXPOSICIÓN DE RESULTADOS.

##### a. Entrevista realizada a la abogada Jessica Vásquez.

###### 1. ¿Si el divorcio se declara sin lugar se deben mantener alimentos?

Si efectivamente puesto que la ley da la facilidad de resolver en el juicio de divorcio lo que tiene que ver con alimentos, no se trata de lo misma protección, pues el derecho de alimentos es para los menores que existen dentro del matrimonio.

###### 2. ¿Desde cuándo se deben alimentos en el juicio de divorcio?

Desde la presentación de la demanda de divorcio, es decir que cuando termine el divorcio con la pensión se debe, mandar a liquidar desde el mes en que el proceso inicio.

###### 3. ¿Se debe fijar una pensión alimenticia provisional en la calificación de una demanda de divorcio?

Si, ya que así lo establece la ley

##### b. Entrevista realizada a la abogada Kira Torres Piedra

###### 1. ¿Si el divorcio se declara sin lugar se deben mantener alimentos?

Si se debe mantener para Asegurar el bienestar de los hijos habidos dentro del matrimonio

###### 2. ¿Desde cuándo se deben alimentos en el juicio de divorcio?

Desde la calificación de la demanda de divorcio, así se debe liquidar ya con la pensión definitiva.

**3. ¿Se debe fijar una pensión alimenticia provisional en la calificación de una demanda de divorcio?**

Si ya que el código de la niñez lo dice literalmente.

**c. Entrevista al abogado Ángel Torres Espinoza**

**1. ¿Si el divorcio se declara sin lugar se deben mantener alimentos?**

Si claro, eso no se discute, ya que se debe velar por el interes superior del niño

**2. ¿Desde cuándo se deben alimentos en el juicio de divorcio?**

Desde que se plantea la demanda.

**3. ¿Se debe fijar una pensión alimenticia provisional en la calificación de una demanda de divorcio?**

Si porque de esta manera los menores tienen garantizado su desarrollo integral.

**d. Entrevista realizada a la abogada Normandía Peláez Valdivieso**

**1. ¿Si el divorcio se declara sin lugar se deben mantener alimentos?**

Si, por el interés superior del menor.

**2. ¿Desde cuándo se deben alimentos en el juicio de divorcio?**

Desde el momento de la audiencia de familia, si no hay un proceso con antelación.

**3. ¿Se debe fijar una pensión alimenticia provisional en la calificación de una demanda de divorcio?**

Si no hay un trámite iniciado se lo debe poner desde la audiencia para resolver la situación de los hijos como dice el código civil, contrario no se puede resolver el matrimonio.



## 4.2. ANÁLISIS DE RESULTADOS.

- Notamos que en la práctica los abogados y administradores de justicia sostienen que aunque un divorcio no prospere, se debe mantener los alimentos, interpretando incorrectamente el artículo 128 del código civil.
- Se ha resuelto alimentos en las demandas de divorcio declarar sin lugar sin que nadie reclame al respecto, en el caso de estudio la apelación se presentó por el momento pero no por la violación al proceso en ese sentido.
- Los entrevistados coincidieron erróneamente en que la ley da la facilidad de resolver en el juicio de divorcio lo que tiene que ver con alimentos, no se trata de lo misma protección, pues el derecho de alimentos es para los menores que existen dentro del matrimonio. Si se debe mantener para Asegurar el bienestar de los hijos habidos dentro del matrimonio.
- Tanto Jueces como abogados han venido confundiendo la norma que manda a solucionar los problemas de los hijos habidos en el matrimonio con la que permite la eficacia de la sentencia de divorcio.
- Los entrevistados coinciden en que las audiencias dentro de los procesos de divorcio contencioso se deben concentrar para evita diligencias sin mayor trascendencia, pero que en todos los casos se debe abrir la causa a prueba cuando no hay conciliación.
- Los entrevistados consideran que se debe alimentos desde la presentación de la demanda de divorcio, es decir que cuando termine el divorcio con la pensión se debe, mandar a liquidar desde el mes en que el proceso inicio.
- El derecho de alimentos se debe sustanciar de acuerdo con las normas del código de la niñez que manda a pagar alimentos con la demanda.

### **4.3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE NACIONAL APLICADA AL CASO.**

**No. causa: 17761-2015-0066**

**Judicatura: SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES**

**Acción/Delito: DIVORCIO**

- En el fallo de primera instancia, que obra a fojas 75 a 77, tras citar el texto de las disposiciones contenidas en la sección 23 del CPC, que regulan el juicio verbal sumario, trámite dispuesto para el divorcio conforme el artículo 118 del CC, la señora Jueza sostiene, que en este tipo de causas, se convoca a una sola diligencia de audiencia de conciliación, justificando por esta razón no haber llevado a cabo la llamada “audiencia de familia”; fundamenta además su decisión al proceder de esta manera, en el art. 169 CRE en concordancia con el art. 186. 6 ibidem, 19 del COFJ, para hacer efectivo según su decir, “(...) el principio de celeridad a través de reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos (principio de concentración), conforme el trámite verbal sumario se convocó a una única audiencia de conciliación, diligencia en la cual se trató tanto el asunto principal que es el divorcio como lo accesorio que sería la situación de los hijos menores de edad habidos dentro del matrimonio, dejando en claro que bajo ninguna circunstancia se dejó en indefensión a las partes procesales pues, fueron instruidos oportuna y debidamente sobre el procedimiento a seguir, tanto es así que dentro de esta causa aportaron con pruebas para justificar tanto los fundamentos de la demanda principal como lo incidental dentro de este tipo de juicios que es resolver sobre la situación económica de los hijos.” **Y luego, al emitir la sentencia, la señora Jueza de la causa, desecha por falta de prueba la demanda de divorcio, sin embargo, entra a resolver sobre la situación de la hija menor edad del matrimonio, contrariando el art. 128 inciso segundo CC, pues solo en el caso de admitirse el divorcio, este no podrá inscribirse ni surtir efectos legales, si no se ha arreglado**

**satisfactoriamente la situación en la que deben quedar los hijos menores de edad, que no es el caso.**

- **Más grave aún, la desatinada decisión del tribunal de apelación, si la demanda de divorcio no prosperó por falta de prueba, por tanto su intervención debió limitarse a revisar este aspecto, que de ratificarse, lo que correspondía era dejar insubsistente la decisión respecto de la hija menor de edad, toda vez que el divorcio no prosperó,** yerro que por cierto no ocasiona nulidad procesal si puede corregirse a través de la apelación.
- Al respecto, y en relación a la naturaleza procesal de estas diligencias, es necesario dejar sentado nuestro criterio que lo expresamos en el siguiente sentido, en los procesos de divorcio de conformidad con la ley, **bien se pueden tramitar los asuntos atinentes a la materia, en una sola audiencia o por separado, como generalmente se opera en la práctica judicial, una audiencia para el divorcio, y la cuestión de los hijos se trata a parte en una junta de conciliación; y sobre todo, saber que lo fundamental en la sustanciación de las causas, es garantizar el debido proceso, que si bien incluye la sujeción a los procedimientos previstos, esto no significa apego irrestricto a las formas procesales insustanciales, que al no dar cuenta de su relevancia, afectan los derechos de los justiciables.** En esta virtud, al momento de declarar una nulidad procesal se debe examinar, si la omisión cumple los principios de especificidad y trascendencia, es decir, que encontrándose prevista en la Constitución o la ley, es de tal gravedad que no puede remediarse, porque causa agravio a las partes e influye en la decisión de la causa, especialmente cuando se trata del derecho a la defensa en juicio.

## 5. CONCLUSIONES

Luego de haber realizado el estudio de casos y de haber obtenido datos precisos para fundamentar mi reflexión, considero que he arribado a la obtención de los resultados esperados, por lo que puedo exponer las siguientes conclusiones:

- El caso de estudio se cometió un error por parte de la Jueza que sustanció el proceso de divorcio por causal presentado por VICTOR CORDOVA LALANGUI en contra de su conyugue FLOR MEDINA CARVAJAL, al fijar una pensión alimenticia, régimen de visitas y tenencia en la parte resolutive de la una sentencia de un proceso divorcio por causal que en lo principal se declaró sin lugar, ya que de conformidad con lo que establece el código civil en su artículo 128, no se puede resolver una situación secundaria sino se ha resuelto lo principal, esto es el divorcio.
- Se confundió e interpretó mal la norma que manda a solucionar los problemas de los hijos habidos en el matrimonio con la que permite la eficacia de la sentencia de divorcio.
- En el caso de estudio no se respetó el debido proceso al fijarse una pensión alimenticia en contra del actor del divorcio, sin que convoque a junta de conciliación en los términos del artículo 128 del código civil, es decir para poderse fijar una pensión alimenticia sin acuerdo entre las partes se debe realizar dos audiencias la primera una audiencia de contestación y la segunda una junta de familia, y de no haber acuerdo se debe abrir la causa a prueba.
- La señalada disposición del código civil es de imperativa observancia y al no haberlo realizado la Jueza violó el debido proceso y la seguridad jurídica, dejando además en indefensión al alimentante, que era el actor del divorcio, sin embargo esta situación

se pudo subsanar en la apelación, en la que simplemente se debió dejar sin efecto la resolución sobre la hija de los conyugues.

- El principio de intereses superior del niño no le permite al Juez resolver los asuntos concernientes a los hijos habidos en el matrimonio, más allá de si el divorcio prospera, ya que una afirmación en contrario terminaría por deslegitimar el debido proceso establecido en la constitución como un derecho fundamental de las personas, además de que es un mandato de los Tratados internacionales de derechos Humanos en particular se estaría irrespetando el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos que trata sobre las garantías judiciales.
- No fue correcta la nulidad declarada por el Tribunal de segunda Instancia dentro de este proceso, ya que la misma se refiere a que el proceso fue nulo por no haberse aperturado la causa a prueba y señalarse alimentos a pesar de aquello, cuando en realidad si existió un término de prueba, incluso las partes actuaron pruebas, si bien se inobservo normas procesales, no se dejó en indefensión al alimentante, esta concentración es factible si no afecta a la causa en lo sustancial.
- Con la nulidad la sala esta ordenando que se siga el proceso convocando a junta de conciliación, lo que no tiene mayor trascendencia si ya se ha resuelto negativamente lo principal; de esta manera si las partes llegan o no a un acuerdo sobre los alimentos es irrelevante si en la sentencia el divorcio se va a declarar sin lugar.

## **6. RECOMENDACIONES**

- Mientras no haya jurisprudencia de Sala de la Corte Nacional de Justicia, se debe procurar en la administración de justicia no extralimitarse en la interpretación del principio de intereses superior del niño.
- Los Jueces deben considerar en los procesos de divorcio en los que existen hijos menores de edad, que el divorcio es lo principal y medular y las cuestiones de familia con incidentes o accesorios que solo se pueden resolver si se resuelve lo principal.
- Siempre que no exista conciliación en cuanto a los alimentos en el divorcio contencioso se debe convocar a una nueva audiencia, esto es una junta de familia.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ACOSTA, A. (2011). *El buen Vivir*. Quito: Conferencia.
2. ALARCON PALACIO, Y. (2014). Constitucionalismo y garantismo en los derechos de la infancia y la adolescencia. *Revista de Derecho*, 23. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82522606013>
3. ARRAZOLA, F. (2009). El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho. *Revista Jurídica Dialnet*, 19. Obtenido de [https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechopub/pub404.pdf](https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub404.pdf)
4. AZAGRA, A. (2014). Daño Moral y Límite Indemnizatorio. *Revista Jurídica de Derecho*, 23. Obtenido de [www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/105/72](http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/105/72)
5. BELUCHE, I. (2015). El Contrato de Servicios. *Revista Jurídica de Derecho*, 22. Obtenido de <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/125>
6. CABANELLAS, G. (2011). *Diccionario Jurídico Elemental*. Santiago: 2011.
7. CHAMORRO, P. (2013). Reflexiones en torno a la pensión de alimentos. *Revista Jurídica Dialnet*, 18. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539915024>
8. COCA PAYERAS, M. (2012). Competencia Legislativa Civil, parejas de hechos, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada de la voluntad. *Revista jurídica de la UEC*, 21. Obtenido de <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/48>
9. CONSTITUYENTE, A. N. (2008). *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA*. Montecristi: Registro Oficial.
10. contractual, L. i. (2014). RIBOT IGUALADA, Jordi. *Revista Jurídica de la UEC*, 21. Obtenido de <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/143>
11. CUENA CASAS, m. (2015). Uso de la Vivienda familiar en situación de crisis matrimonial. *revista jurídica*, 31. Obtenido de

<https://www.google.com.ec/#q=USO+DE+LA+VIVIENDA+FAMILIA>  
R

12. EGAS, J. Z. (2012). *El neocosntitucionalismo en el Ecuador*. Quito : Editores Anónimos.
13. ESPÍÑERA, I. (2016). La Capacidad de Testar. *Revista Jurídica de la UEC*, 26. Obtenido de [www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/138/117](http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/138/117)
14. FALCON, E. (2007). *Elementos del Derecho Procesal Civil*. Belgrano: Astrea.
15. FERNANDEZ GONZALEZ, M. (2011). Derecho a la Juirsicción y Debido Proceso. *Revista Jurídica*, 28. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82020103>
16. FERRAJLI, L. (2011). *Teoria del Garantismo Jurídío*. Milan: BORNS.
17. GARCIA RUBIO, M. (2015). Algunas consideraciones sobre las normas de las obligaciones y contratos de la propuesta de codigo mercantil. *Revista Jurídica de la UEC*, 26. Obtenido de <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/46>
18. GONZALEZ, F. (2012). Ilícitud y Justificación en el derecho d daños. *Revista de derecho*, 26. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/82/lecciones-y-ensayos-82-paginas-51-105.pdf>
19. HOLGUIN, L., & Jorge. (2014). El divocio. *edilnet*, 15. Obtenido de [www.enlacasa.com](http://www.enlacasa.com)
20. IRURZUN GOICOA, D. (2014). Que es la Legitima para elCodigo Civil Español. *Revista Jurídica Dialnet*, 22. Obtenido de <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/127>
21. LAFUENTE, A. (2015). Obstaculo para el examen de las cláusulas acusivas en el proceso de eejcución. *Revsita Jurídica de la UEC*, 24. Obtenido de <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/123>
22. LOPEZ, R. (2015). El tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares en Francia. *Revsita Jurídica de la UEC*, 22. Obtenido de <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/128>



23. LOURO GARCÍA, Maria Isabel. (2015). *Es el Convenio Regulador escritura pública*, 27. Obtenido de [www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/viewFile/136/101](http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/viewFile/136/101)
24. MESA MARRERO, C. (2015). El error en el moderno derecho contractual europeo. *Revista Jurídica de Derecho*, 22. Obtenido de [www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/viewFile](http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/viewFile)
25. NACIONAL, A. (2015). *codigo civil*. Quito: Registro Oficial.
26. NUÑEZ, A. (2015). Apuntes sobre Divorcio ante Notario y su Naturaleza. *Revsita Juridica UEC*, 26. Obtenido de <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/127>
27. NUÑEZ, A. (2015). La Suspensión de los Lanzamientos en la Ejecución. *Revista Juridica*, 24. Obtenido de <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/viewFile/49/29>
28. OSORIO, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Políticas Jurídicas y Sociales*. Guatemala: Datascas.
29. PEREZ CONTRERAS, M. (s.f.). El entorno familiar y los derechos de las niñas, niños y adolescentes. *Revista Juridica Dialnet*, 17. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42728900010>
30. PEREZ GALLEGO, R. (2014). Nuevos daños en el Ambito del Derecho de Familia. *Revsita Juridica UEC*, 25.
31. PRIETO MONROY, C. A. (2014). El Proceso y el Debido Proceso. *Revista Juridica*, 32. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82510622>
32. RIPOLL SOLER, A. (2014). Hacia un Nuevo Modelo de Planificación Susorial. *Revista Juridica de la UEC*, 21. Obtenido de <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/190/151>
33. SENES, C. (2014). El Acuerdo Extrajudicial de Pagos. *Revsita Juridica de Derecho*, 25. Obtenido de <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/45>
34. SOTO MOYA, M. (2014). Prestacion Alimenticia en las relaciones Hispano-Argentinas. *Revista de Derecho*, 21.

35. VESCOVI, E. (2010). *Teoría General del Proceso*. San José: Edit. Santidad.