



UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

TEMA:

“EL JUICIO DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO Y LA CADUCA RITUALIDAD DE SU TRAMITE, PREVISTO EN EL ART. 108 DEL CÓDIGO CIVIL, VULNERA EL PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL”

AUTOR:

SR. WILFRIDO VINICIO VELASTEGUI BAYAS

TUTOR:

DR. MARCO ALFONSO NARANJO ESCOBAR

GUARANDA - ECUADOR

2014

Dr. Guido Fierro Barragán
NOTARIO PÚBLICO 1ro.
GUARANDA ECUADOR

UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO

DECLARACIÓN JURAMENTADA
DE AUTENTICIDAD DE AUTORIA

Yo, **WILFRIDO VINICIO VELASTEGUI BAYAS**, portador de la Cédula de Identidad No 020183703-6, mayor de edad, Egresado de la Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar y con domicilio en esta ciudad de Guaranda, provincia de Bolívar, declaro en forma libre y voluntaria que la presente investigación y elaboración de la tesis así como las expresiones vertidas en la misma son de autoría del suscrito, que lo he realizado basado en la recopilación bibliográfica de la legislación ecuatoriana, libros, gacetas judiciales, folletos, doctrina y jurisprudencia, dejando a salvo los derechos de terceros sobre la bibliografía consultada y puntos de vista de los autores citados en el presente trabajo investigativo.

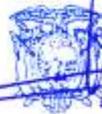
Atentamente,

f) 

Sr. Wilfrido Vinicio Velastegui Bayas.

na copia
DOY FE: Que esta copia fotostática
ES EXACTA A SU ORIGINAL
que me fue exhibido.

Guaranda... de Julio... del 2014




Dr. Guido Fierro Barragán
NOTARIO PÚBLICO 1ro DEL CANTON GUARANDA

Código numérico secuencial: 2014-02-01-01-P003550
Factura número: 000004652

Dr. Guido Fierro Barragán
NOTARIO PÚBLICO 1ro.
GUARANDA ECUADOR

ESCRITURA PÚBLICA
DECLARACION JURADA
Señor WILFRIDO VINICIO VELASTEGUI BAYAS

En la ciudad de Guaranda, Capital de la Provincia de Bolívar, República del Ecuador, hoy día LUNES, VEINTE Y UNO DE JULIO DE DOS MIL CATORCE, ante mi Doctor GUIDO FABIAN FIERRO BARRAGAN, NOTARIO PÚBLICO PRIMERO DEL CANTÓN GUARANDA, comparece el señor WILFRIDO VINICIO VELASTEGUI BAYAS. El compareciente es de nacionalidad ecuatoriano, mayor de edad, de estado civil casado, capaz de contraer obligaciones, domiciliado en esta ciudad y Cantón, a quien de conocer doy fe, en virtud de haberme exhibido su cédula de ciudadanía y papeleta de votación cuya copia adjunto a esta escritura.- Advertido por mí el Notario de los efectos y resultados de esta escritura, así como examinado de que comparece al otorgamiento de la misma sin coacción, amenazas, temor reverencial, ni promesa o seducción, juramentado en debida forma, prevenido de la gravedad del juramento, de las penas de perjurio y de la obligación que tiene de decir la verdad con claridad y exactitud, bajo juramento declara lo siguiente: "Previo a la obtención del título de Abogado, manifiesto que los criterios e ideas emitidas en el presente trabajo de investigación titulado "EL JUICIO DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO Y LA CADUCA RITUALIDAD DE SU TRAMITE, PREVISTO EN EL ART. 108 DEL CÓDIGO CIVIL, VULNERA EL PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL", son de mi exclusiva responsabilidad en calidad de autor. (Hasta aquí la declaración juramentada rendida por el compareciente la misma que queda elevada a escritura pública con todo el valor legal.) Para el otorgamiento de esta escritura pública se observaron todos los preceptos legales del caso; y leída que le fue al compareciente íntegramente por mí el Notario, se ratifica en todo su contenido y firma conmigo en unidad de acto. Incorporo esta escritura pública al protocolo de instrumentos públicos, a mi cargo. De todo lo cual doy fe.-

Señor Wilfrido Vinicio Velastegui Bayas

EL NOTARIO

1^{ra} copia
DOY FE: Que esta copia fotostática
ES EXACTA A SU ORIGINAL
que me fue exhibido.

Guaranda, 21 de Julio del 2014



Dr. Guido Fierro Barragán
NOTARIO PÚBLICO 1ro DEL CANTÓN GUARANDA



Dr. Guido Fierro Barragán
NOTARIO PÚBLICO 1ro DEL CANTÓN GUARANDA

INSTRUCCIÓN SUPERIOR **PROFESIÓN / OCUPACIÓN: ESTUDIANTE**
E885312242
APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE: VELASTEGUI CANO JOSE MANUEL
APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE: BAYAS COLES ROSA
LUGAR Y FECHA DE EMISIÓN: GUARANDA 2012-08-11
FECHA DE EXPIRACIÓN: 2022-08-11




REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN
CÉDULA DE CIUDADANÍA **N. 020183703-6**
APELLIDOS Y NOMBRES: VELASTEGUI BAYAS WILFRIDO VINICIO
LUGAR DE NACIMIENTO: BOLIVAR GUARANDA GUANUJO
FECHA DE NACIMIENTO: 1984-12-30
NACIONALIDAD: ECUATORIANA
SEXO: M
ESTADO CIVIL: CASADO
KARINA ELIZABETH ESCOBAR ARAGON






Dr. Guido Fierro Barragón
NOTARIO PÚBLICO 1ro.
GUARANDA ECUADOR



REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL **CNE**
030 **CERTIFICADO DE VOTACIÓN**
ELECCIONES SECCIONALES 23-FEB-2014
030 - 0215 **0201837036**
NÚMERO DE CERTIFICADO **CÉDULA**
VELASTEGUI BAYAS WILFRIDO VINICIO
BOLIVAR **CIRCUNSCRIPCIÓN** **0**
PROVINCIA **GUANUJO**
GUARANDA **PARROQUIA** **1**
CANTÓN **ZONA**
() PRESIDENTE DE LA JUNTA



DOY FE: Que esta copia fotostática ES EXACTA A SU ORIGINAL que me fue exhibido.

Guaranda, 21 de Julio del 2014


Dr. Guido Fierro Barragón
NOTARIO PÚBLICO 1ro. DEL CANTÓN GUARANDA

CERTIFICACIÓN DE AUTORIA DE TESIS

En calidad de director de Tesis designado por el Consejo Directivo de la Facultad de Jurisprudencia Escuela de Derecho CERTIFICO: Que el egresado señor **WILFRIDO VINICIO VELASTEGUI BAYAS**, ha cumplido con todos los requisitos formales en la elaboración de su investigación jurídica previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** con el tema **“EL JUICIO DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO Y LA CADUCA RITUALIDAD DE SU TRAMITE, PREVISTO EN EL ART. 108 DEL CÓDIGO CIVIL, VULNERA EL PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL”**

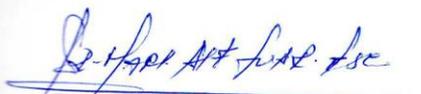
Como Director he prestado el asesoramiento requerido por el alumno, quien lo ha aceptado con prolijidad, durante el proceso de elaboración.

Además me permito certificar que el presente trabajo de investigación es autentico, que lo ha realizado sobre la base de recopilación bibliográfica de la legislación ecuatoriana, y demás documentos dejando a saldo los derechos de terceros sobre la bibliografía consultada y puntos de vista de los autores citados en el presente trabajo investigativo.

Por consiguiente se aprueba la impresión y presentación de este trabajo investigativo para los fines pertinentes.

Guaranda, Abril del 2014

Atentamente,


Dr. Marco Naranjo Escobar.

DIRECTOR DE TESIS.


Sr. WILFRIDO VINICIO VELASTEGUI BAYAS

EGRESADO.

LA RESPONSABILIDAD POR LAS OPINIONES CRÍTICAS E IDEAS Y
DOCTRINAS EXPUESTAS EN EL PRESENTE TRABAJO DE
INVESTIGACIÓN SON EXCLUSIVAMENTE DEL AUTOR

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Wilfrido', is positioned above a horizontal dotted line.

SR. WILFRIDO VINICIO VELASTEGUI BAYAS

C.I. 020183703-6

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento a Dios, a la "Universidad Estatal de Bolívar" a la "Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales" a la "Escuela de Derecho", de igual manera al Dr. Marco Alfonso Naranjo Escobar por su acertada guía en la elaboración y culminación del presente trabajo investigativo; y en general a todos los docentes del Alma Mater Bolivarense que con sus conocimientos forjaron en mi un ser lleno de valores profesionales encaminados al servicio de toda una sociedad.

DEDICATORIA

Con mucho amor este trabajo está dedicado a mis padres, esposa e hijo quienes han sido el pilar fundamental para continuar con éxitos mis estudios.

Muchas gracias.

ÍNDICE

Agradecimiento.....	3
Dedicatoria	4
ÍNDICE	5
RESUMEN.....	7
INTRODUCCIÓN.....	8
PROBLEMA.....	10
OBJETO.....	11
HIPÓTESIS.....	13
MARCO METODOLÓGICO.....	14
MARCO TEÓRICO	21
ANTECEDENTES.....	21
CAPITULO I.....	23
CÓDIGO CIVIL	23
1.2 BREVE RESEÑA HISTÓRICA.....	23
1.3 ANTECEDENTES.....	27
1.4 LAS PERSONAS	31
1.5 EL MATRIMONIO	33
CAPITULO II.....	43
2.1. EL DIVORCIO.....	43
2.2. ANTECEDENTES.....	51
2.3. CAUSALES DEL DIVORCIO	53
2.4. EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	57
2.5. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.....	61
2.6. EFECTOS.....	64
CAPITULO III.....	68

3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.....	68
3.2. DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS PERSONAS.....	73
3.3. EL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA.....	80
3.4. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO DE PROTECCIÓN.....	82
3.5 LA CELERIDAD PROCESAL.....	84
CAPITULO IV	86
4.1 LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL ECUADOR.....	86
4.2 ANTECEDENTES.....	88
4.3 CONCEPTUALIZACIÓN DE LA JUSTICIA.....	90
4.4 LA JUSTICIA COMO ENTE REGULADOR.....	95
CAPITULO V.....	101
5.1. LOS TRATADOS INTERNACIONALES.....	101
5.2. LOS DERECHOS HUMANOS.....	105
5.3. EL IRRESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS.....	108
5.4. DERECHO DE RESTITUCIÓN.....	110
CAPITULO VI.....	112
6.1. CONCLUSIONES.....	112
6.2. RECOMENDACIONE.....	112
INTERPRETACIÓN DE DATOS / RESULTADOS (gráficos / cuadros)	114
VERIFICACION DE LA IDEA A DEFENDER	123
CAPITULO VII	124
7.1. MARCO PROPOSITIVO	124
7.2. DESARROLLO DE LA PROPUESTA	125
7.3. VALIDACION DE LA PROPUESTA	127
BIBLIOGRAFIA.....	128
ENCUESTA	131

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto Reformar el Art. 108 del Código Civil que determine o establezca “que presentada la demanda de divorcio por Mutuo Consentimiento, se dé un trámite mas ágil, sin el obstáculo de esperar el plazo de sesenta días para que tenga lugar la Audiencia de Conciliación, en procura de una buena administración de justicia, enmarcada dentro del debido proceso y el principio de celeridad procesal.

INTRODUCCIÓN

En la reforma introducida al Código Civil en 1912, se establece otras causales de divorcio, introduciendo incluso el divorcio por mutuo consentimiento. Desde 1935 el divorcio por mutuo consentimiento se realizaba mediante un trámite sumarísimo que duraba un día y que se practicaba ante los jefes o tenientes políticos de jurisdicción parroquial; incluso se establecía el divorcio tácito que se daba por la separación voluntaria de los cónyuges, sin relaciones maritales, por más de tres años. Los divorcios por causal o contenciosos se acogían al trámite verbal sumario.

En el año de 1940 se suprime el trámite sumarísimo para el divorcio por mutuo consentimiento. Asimismo en 1958, se determina el divorcio semi - pleno o la separación conyugal judicialmente autorizada, retocándose también las causales de divorcio, aunque sin suprimir ninguna y se corrigieron algunos defectos formales o contradicciones de la ley.

En la Constitución de 1978 se prescribe la unión marital monogámica y estable, sin matrimonio, debería producir efectos patrimoniales similares al vínculo matrimonial, lo cual fue regulado por la Ley 115 promulgada en el Registro Oficial 399 del 29 de diciembre de 1982.

La Ley 43, promulgada en el Registro Oficial 256 del 18 de agosto de 1989, pretende perfeccionar la igualdad de los cónyuges, y en algunos puntos lo consigue, en cuanto declara la igualdad de derecho y obligaciones de los cónyuges, la posibilidad de aquellos que elijan de común acuerdo su domicilio, pues debe recordarse que antes de dichas reformas el marido podía obligar a la mujer a seguirle a donde el tuviere a bien radicarse.

La Ley Nro. 88 publicada en el registro Oficial 492 del 2 de Agosto de 1990, reforma la causal de divorcio 11ava, determinado como tiempo necesario de abandono para que cualquiera de los cónyuges, incluso el culpable, pueda plantear el divorcio hasta tres años, y en un año para quien ha sufrido el abandono.

Debo agregar que en cuanto al concepto de matrimonio, lo único que se ha cambiado en los tiempos actuales es la característica de vínculo indisoluble y perdurable, en lo demás subsiste plenamente en su concepto inicial y en sus finalidades básicas como son las de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

El matrimonio civil constituido legalmente, es el que regula las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paternas filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc.

Desde las conceptualizaciones más burdas hasta las más complejas, el matrimonio civil es la forma legal (para el Estado) de formar una familia, que debe cumplir con ciertos requisitos que el legislador ha denominado elementos de existencia y de validez; los primeros de ellos (de existencia), tienen por finalidad el surgimiento a la vida jurídica, mientras que los segundos planifican los efectos, imposibilitando la nulidad".

Para vivir en armonía los legisladores han considerado necesario crear leyes que rijan los actos de los ciudadanos en todas partes del mundo.

DATOS INFORMATIVOS

INSTITUCIÓN: UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

ESCUELA: DERECHO

TEMA: “EL JUICIO DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO Y LA CADUCA RITUALIDAD DE SU TRAMITE, PREVISTO EN EL ART. 108 DEL CÓDIGO CIVIL, VULNERA EL PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL”

AUTOR: SR. WILFRIDO VINICIO VELASTEGUI BAYAS

PROBLEMA

¿Cómo incide el trámite de divorcio por mutuo consentimiento previsto en el Art. 108 del Código Civil, frente a disposiciones legales, establecidas en la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial, referentes a la celeridad procesal?

El divorcio consensual por su naturaleza debe ser oportuno y eficaz, en cuanto a la disolución del vínculo matrimonial, puesto que, se han agotado todas las medidas necesarias e instancias entre los cónyuges.

Que el artículo 108 del Código Civil, trata sobre el procedimiento del divorcio por mutuo consentimiento, disponiendo que necesaria y obligatoriamente los actores (cónyuges) una vez presentada la demanda, tendrán que esperar el plazo de 60 días, para de consuno y viva voz expresar al administrador de justicia su voluntad de divorciarse; ante lo cual y con el fin de precautelar la

integridad de la familia y en especial de los cónyuges, tratamos de que el trámite sea más rápido sin la necesidad de cumplir con el procedimiento establecido en el artículo 108 del cuerpo legal antes invocado, es decir que una vez presentada la demanda y calificada la misma, el juez, en un plazo máximo de 8 días convoque a las partes a la audiencia de conciliación, cumpliendo de esta manera lo que establece el artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, al tratar del Principio de Celeridad Procesal.

Pues, al haberse ya agotado toda intención de reconciliación en los cónyuges, en esta clase de procedimiento, es preciso precautelar la integridad física y psicológica de los mismos.

En conclusión, con el presente trabajo se pretende que del trámite especial que tiene este procedimiento, se transforme en un procedimiento sumarísimo.

- OBJETO

Reformar el Art. 108 del Código Civil que determine o establezca “que presentada la demanda de divorcio por Mutuo Consentimiento, se de el respectivo trámite, sin el obstáculo de esperar el plazo de sesenta días para que tenga lugar la Audiencia de Conciliación, en procura de una buena administración de justicia, enmarcada dentro del debido proceso y el principio de celeridad procesal.

- POSIBLES CAUSAS QUE ORIGINAN EL PROBLEMA

- a) Falta de una disposición legal contemplada en el Código Civil, donde se pueda tramitar inmediatamente el divorcio por mutuo consentimiento, dando lugar a una ágil administración de justicia y la protección física y psicológica de los actores.

- b) La determinación taxativa de los Arts. 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 del Código Orgánico de la Función judicial, al tratar de los Principios rectores y disposiciones fundamentales de la administración de justicia.
- c) La falta de aplicación de esta disposición evitaría que se vulnere derechos constitucionales, tratados internacionales de derechos humanos y legales de los actores.

- OBJETIVOS

GENERAL

- Realizar una Reforma al Código Civil, estableciendo una norma legal que permita la celeridad procesal de los actores dentro del trámite en los juicios de divorcio por mutuo consentimiento.

ESPECÍFICOS

- Determinar que las demandas de divorcio por mutuo consentimiento son producto del resquebrajamiento ético, moral, social y sentimental de los cónyuges.
- Fundamentar jurídicamente que el divorcio por mutuo consentimiento con una tramitación ágil y oportuna sin la necesidad de esperar un determinado plazo, garantizara derechos legales y constitucionales de los actores y sobre todo la estabilidad emocional de las personas.
- Concretar una reforma jurídica que permita incorporar al Código Civil, donde establezca un procedimiento simplificado en la tramitación del juicio de divorcio por mutuo consentimiento.

- CAMPO DE INVESTIGACION

- La investigación jurídica y problemática se circunscribe, dentro del Área del Derecho Civil y Procesal Civil, con relación a lo establecido en la Constitución de la República en sus Arts. 32; 66 numerales 2, 3, 5, 9, 20, 22, ; 75; 76; 81 y 82, permitiendo el derecho a una seguridad jurídica.
- Problema jurídico, que se definirá en base de la Constitución de la República y al Código Orgánico de la Función Judicial, para lo cual se analizará: el tratamiento de la justicia en el Ecuador (Arts. 32, 66, 75, 76, 81 y 82 de la CRE.); y, Arts. 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial.

HIPÓTESIS.

“El Código Civil, contiene disposiciones caducas en cuanto a la tramitación del divorcio por Mutuo Consentimiento, ya que establece la espera innecesaria del plazo de sesenta días de calificada la demanda para la prosecución del juicio, lo que hace innecesaria dicha espera y más bien agrava la situación de los actores.

VARIABLES.

VARIABLE INDEPENDIENTE

El establecimiento de un plazo no mayor de 15 días, para que el juez una vez presentada y calificada la demande, señale día y hora para que tenga lugar la audiencia de conciliación, basado en el principio de celeridad procesal

VARIABLE DEPENDIENTE.

El incumplimiento de normas legales por parte de los administradores de justicia en la ciudad de Guaranda.

MARCO METODOLÓGICO

TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación por los objetivos:

Pura Básica o Fundamental.- porque estoy adquiriendo nuevos conocimientos a través del proceso de investigación que estoy realizando, particularmente en el campo que hace referencia el tema de investigación.

Descriptiva.- porque he realizado una descripción sobre el tema de investigación, indicando los factores de orden jurídico y legal en el cual se sustentan las definiciones y conceptos que sustentan la parte teórica de la investigación.

Analítica.- encaminada a resolver problemas prácticos, y el problema que estoy investigando esta dentro de este contexto.

POBLACIÓN.

La población de la investigación correspondió a: 30 abogados en libre ejercicio y tres Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Bolívar, con experiencia en el área de estudio.

Universo de la Investigación

Está constituido por cuotas distribuidas al azar de la siguiente forma:

Abogados en libre ejercicio	30
TOTAL	30

MUESTRA

Para efectos de la recolección de la información se tomó en cuenta la población de Abogados en libre ejercicio profesional, que en su totalidad suman 103 abogados (datos tomados del Foro de Abogados de Bolívar), y se extrajo la muestra a través de la siguiente fórmula:

$$n = \frac{N}{(E)^2 (N-1) + 1}$$

Donde

n = Muestra

N = Universo

E = Error máximo admisible.

$$n = \frac{N}{(E)^2 (N-1) + 1}$$

$$n = \frac{103}{(0.05)^2 (103 - 1) + 1}$$

N

$$n = \frac{103}{(0.025) (102) + 1}$$

$$n = \frac{103}{2.55 + 1}$$

$$n = \frac{103}{3.55}$$

$$n = 29.01$$

TÉCNICA DE ANÁLISIS DE DATOS

Una vez aplicadas las encuestas se procedió a tabular los resultados a través de la Estadística Descriptiva, se utilizaron cuadros en donde se anotó los indicadores, frecuencia y tanto por ciento. Se utilizaron pasteles para graficar los resultados y conjuntamente se exponen criterios en el análisis e interpretación de resultados.

MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Los métodos, técnicas e instrumentos de investigación son los caminos que permiten, realizar las diferentes diligencias para hallar, indagar y descubrir la verdad del problema que afecta a nuestra sociedad empezando desde su raíz misma con la ayuda jurídica del caso y utilizare los siguientes métodos:

MÉTODO INDUCTIVO

De acuerdo a una definición de Aristóteles, se ha entendido a la inducción como un razonamiento que permite pasar de lo particular a lo general, y constituyen aspectos que necesariamente tiene que ser analizados con ideas claras es un proceso complejo que analiza diferentes aspectos sociales de tipo personal para establecer situaciones generales, mediante la observación, la experimentación y la comprobación, para llegar a concluir categorías generales de tipo jurídico.¹

MÉTODO DEDUCTIVO

La deducción consiste en partir de un principio general ya conocido para inferir de él consecuencias particulares, de ahí que este modo de razonar sea considerado opuesto al inductivo, por el cual, de conocimientos particulares se remonta a las leyes. Ya que se parte de situaciones generales, para llegar a deducir situaciones particulares.²

MÉTODOS PARTICULARES

MÉTODO ANALÍTICO

Este método se esfuerza por penetrar en el objeto, opuesto a toda contemplación pasiva, no respeta a ese objeto. El análisis penetra en el objeto desde fuera y los rompe, sea realmente, sea idealmente. El análisis se funda, así, sobre la acción práctica y la prolonga. Se lo utiliza para desintegrar un hecho que se investiga, en sus diferentes partes que se forman en un todo. En este caso permitirá la observación del problema, la descripción y luego la crítica siempre constructiva para una sociedad más justa en el campo del derecho.

¹ Métodos y Técnicas de Investigación de ABRAHAM GUTIÉRREZ pp. 140-172

² Métodos y Técnicas de Investigación de ABRAHAM GUTIÉRREZ pp. 140-172

MÉTODO SINTÉTICO

Este método se define en general, como una operación real ideal por medio de la cual se rehace, en sentido inverso, el camino recorrido por el análisis. La síntesis reconstruye el todo, asegurándose así de no omitir nada. Procura completar los propósitos del método analítico, mediante la reconstrucción de hecho o elementos que contienen una investigación determinada.

MÉTODO HISTÓRICO

El método Histórico constituye la aplicación del método dialéctico y sus leyes al estudio del origen y desarrollo de la sociedad. Con este fin formula leyes y categorías generales para explicar el desarrollo histórico de la sociedad. En otros términos no es sino, la aplicación del materialismo dialéctico en el inmenso campo de la historia, considerando la evolución del hombre y la sociedad, en sus diferentes ecosistemas humanos.³

MÉTODO EXEGÉTICO

En lo jurídico, el que utiliza como procedimiento de exposición, enseñanza, construcción científica o aplicación práctica el estudio de los textos positivos, cuya interpretación y sistematización procura.⁴

MÉTODO EMPÍRICO

Este método es concreto, considerado que la verdad está en los hechos, por lo que sus consecuencias son recogidas para analizarlas y procesarlas en las leyes que rigen un Estado.

³ Métodos y Técnicas de Investigación de ABRAHAM GUTIÉRREZ pp. 256

⁴ Cabanellas De las Cuevas Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental Pp. 255

TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN

TÉCNICA DE GABINETE

Esta investigación a través de la técnica de gabinete, recogerá de las fuentes de información, como libros, folletos, revistas, periódicos, bibliografías, estadísticas etc. Una serie de datos a través de los instrumentos como ficha bibliografías, mnemotécnicas, hemerográficas, que constituirán la base y el pilar fundamental del tema en un proceso de investigación científica.

FICHAS BIBLIOGRÁFICAS.- Estas fichas permite conocer la personalidad del autor, el modo de trabajar que tiene, la profundidad de los conocimientos acerca de su materia, etc., esto permite dar la valoración a sus escritos.

FICHAS NEMOTÉCNICAS.-Las fichas o tarjetas nemotécnicas se llaman también ayuda memoria o ficha de trabajo. Contiene transcripciones textuales, resúmenes, comentarios, análisis, síntesis, críticas y conclusiones. La ficha nemotécnica es el principal auxiliar del trabajo intelectual, en ella se escribe todo cuanto uno se puede retener, todo cuanto se lee, se piensa o se escucha.

FICHAS HEMEROGRAFICAS.- Es la ficha o tarjeta que describe las particularidades externas e internas de periódicos o revistas.⁵

TÉCNICAS DE CAMPO

Es importante recordar que la información en los aspectos sociales, obteniendo en el mismo lugar de los hechos, considerando en este proceso la aplicación de los siguientes instrumentos: Encuesta, entrevista y observación directa.

LA ENCUESTA.- Esta técnica permite recuperar la información en los aspectos sociales, obteniendo un criterio real de la magnitud que contiene el problema y

⁵Métodos y Técnicas de Investigación de ABRAHAM GUTIÉRREZ pp. 256

a su vez permite poner soluciones mediante cuestionarios de preguntas referentes al tema.

LA ENTREVISTA.- Es la practica investigativa que se la realiza a personas conocedoras del problema, quienes responden a preguntas muy concretas que son planteadas en grabadoras o en cámaras de cine.

LA OBSERVACIÓN DIRECTA.- Es el escenario objetivo de los hechos, cuya práctica permite aceptar o cambiar una determinada investigación.

MARCO TEÓRICO

ANTECEDENTES

En la reforma introducida al Código Civil en 1912, se establece otras causales de divorcio, introduciendo incluso el divorcio por mutuo consentimiento. Desde 1935 el divorcio por mutuo consentimiento se realizaba mediante un trámite sumarísimo que duraba un día y que se practicaba ante los jefes o tenientes políticos de jurisdicción parroquial; incluso se establecía el divorcio tácito que se daba por la separación voluntaria de los cónyuges, sin relaciones maritales, por mas de tres años. Los divorcios por causal o contenciosos se acogían al trámite verbal sumario.

En el año de 1940 se suprime el trámite sumarísimo para el divorcio por mutuo consentimiento. Asimismo en 1958, se determina el divorcio semi - pleno o la separación conyugal judicialmente autorizada, retocándose también las causales de divorcio, aunque sin suprimir ninguna y se corrigieron algunos defectos formales o contradicciones de la ley.

En la Constitución de 1978 se prescribe la unión marital monogámica y estable, sin matrimonio, debería producir efectos patrimoniales similares al vínculo matrimonial, lo cual fue regulado por la Ley 115 promulgada en el Registro Oficial 399 del 29 de diciembre de 1982.

La Ley 43, promulgada en el Registro Oficial 256 del 18 de agosto de 1989, pretende perfeccionar la igualdad de los cónyuges, y en algunos puntos lo consigue, en cuanto declara la igualdad de derecho y obligaciones de los cónyuges, la posibilidad de aquellos que elijan de común acuerdo su domicilio, pues debe recordarse que antes de dichas reformas el marido podía obligar a la mujer a seguirle a donde el tuviere a bien radicarse.

La Ley Nro. 88 publicada en el registro Oficial 492 del 2 de Agosto de 1990, reforma la causal de divorcio 11ava, determinado como tiempo necesario de abandono para que cualquiera de los cónyuges, incluso el culpable, pueda plantear el divorcio hasta tres años, y en un año para quien ha sufrido el abandono.

Debo agregar que en cuanto al concepto de matrimonio, lo único que se ha cambiado en los tiempos actuales es la característica de vínculo indisoluble y perdurable, en lo demás subsiste plenamente en su concepto inicial y en sus finalidades básicas como son las de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

El matrimonio civil constituido legalmente, es el que regula las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paternas filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc.

Desde las conceptualizaciones más burdas hasta las más complejas, el matrimonio civil es la forma legal (para el Estado) de formar una familia, que debe cumplir con ciertos requisitos que el legislador ha denominado elementos de existencia y de validez; los primeros de ellos (de existencia), tienen por finalidad el surgimiento a la vida jurídica, mientras que los segundos planifican los efectos, imposibilitando la nulidad".

Para vivir en armonía los legisladores han considerado necesario crear leyes que rijan los actos de los ciudadanos en todas partes del mundo.

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

CAPITULO I

1.1. CÓDIGO CIVIL.

El Código Civil Ecuatoriano es la norma jurídica que contiene el fundamento del Derecho civil de carácter común en Ecuador. Es uno de los códigos civiles adaptados del Código de Bello. Este código civil fue aprobado el 21 de noviembre de 1857 y comenzó a regir a partir del 1 de enero de 1861.

El Código Civil ecuatoriano ha sido objeto de varias codificaciones oficiales, desde su creación. Las dos últimas codificaciones han sido: la de 1970 (séptima edición) y la codificación vigente de 2005.

1.2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA.

La presente codificación del Derecho Civil Ecuatoriano tiene larga historia. Se la puede calificar de un camino iniciado hace muchos años y, en cierto modo, concluido con las reformas que aprobó el Congreso de la República en el año 1970. Más no se trata de un camino uniforme ni continuo, sino de una senda complicada y que fue transitándose por etapas, algunas en el siglo XIX y otras en el presente siglo. Con todo, cabe decir que las más importantes son aquellas innovaciones introducidas en tiempo del General Eloy Alfaro y aquellas posteriormente promulgadas por Congresos y gobiernos de facto, en los años que van de 1930 a 1961.

El Código de Andrés Bello, fundamento sabio del orden civil en muchos países hispanoamericanos, con razón y justicia ha gozado de autoridad casi inapelable. Fincado en principios universales de convivencia humana y en los

postulados de una doctrina ética arraigada en la cultura de los pueblos nutridos con la savia grecolatina, el Código de Bello se ha mantenido incólume en su esencia, a pesar de los numerosos cambios y vaivenes de la política en los países del Nuevo Mundo. Un halo de un explicable respeto le circuye defendiéndole de los embates que, durante un siglo, han acometido contra las instituciones civiles americanas, antes del encauzamiento lógico del Derecho Social.

Pero el Derecho Civil, instrumento eficaz de la conservación del orden en las sociedades, por sólido y bien fundado que aparezca en medio de la mudanza de los hechos humanos e históricos, sufre permanentemente y, a veces, imperceptiblemente cambio. Parejamente a lo que ocurre en el orden físico, en el mundo humano y por debajo de las variantes externas y que tanto llaman la atención, se opera en la órbita de las realidades éticas una suerte de erosión silenciosa y necesaria por un lado y, por otro, una constante acumulación de materiales de arrastre humano, de ídoles moral y social.

El Derecho sufre a causa de estos dos modos de desplazamiento, pues en su fondo más tranquilo, a lo largo de su vigencia, pierde y gana materia constitutiva en su proceso que, por ser viviente y siempre actual, le mantiene robusto en el contorno histórico, donde sólo permanece aquello que juega positivamente en el orbe de los valores humanos. El Derecho que es cauce, también es tránsito y, al ser tránsito o decurso, acaba por enriquecerse siempre, aun cuando pierda, aparentemente, al dejar atrás materia institucional desgastada.

Hay épocas de cambio social muy lento. Hay otras, como la presente, de aceleración histórica inaudita. En éstas, el hombre como sujeto de la historia desata el violento cambio y sufre las consecuencias del mismo. Un ritmo de existencia, antes inédito e impensable, arrastra cuanto se atreve a oponérsele con lentitud o pasividad. Las innovaciones se cuentan por el número de días,

los afanes del hombre y de las sociedades bordan el marco tradicional del uso y de las costumbres, la existencia colectiva rompe los moldes viejos e improvisa nuevos troqueles para la actividad dinámica, la normación jurídica periclita y deja al descubierto flamantes parcelas de vida humana que demandan nuevas formas y otros criterios de normación. Entonces, el respeto a lo tradicional cede ante el engaño de lo que llega a ser o es ya con renovada exigencia vital.

Repetimos que el Código Civil Ecuatoriano tiene larga historia. Apenas organizada la República se patentiza la urgencia de un derecho para regular la existencia colectiva y las relaciones que antaño se mantuvieron en la órbita del derecho indiano. Gracias a este derecho y a la activa vida municipal de los Cabildos, la sociedad aprendió en la Audiencia de Quito y en las demás regiones del Imperio Español Americano, a regular las situaciones interhumanas con normas de validez constante. Aprendió que la regularidad forzosa vale infinitamente más que el arbitrio ocasional o la irregularidad inconstante.

Los tribunales y congresos de la naciente República miraron en torno y, en manos de un jurista de alta calidad mental y ética, don José Fernández Salvador, entregaron la tarea de redactar un Código Civil, el mismo que cuidadosamente elaborado no llegó a regir. Las tumultuosas circunstancias de la política lo echaron al olvido; mas, para la historia, dicho trabajo, constituye el primer hito importante y orgánico del Derecho Privado Ecuatoriano.

Por este mismo tiempo, con relativa contemporaneidad, en Chile trabajaba don Andrés Bello buscando fórmulas adecuadas y precisas donde se fundieran orgánicamente la tradición hispánica, la nueva forma de vida republicana, el empeño progresista del siglo XIX, la corriente jusfilosófica aportada por el historicismo, el romanticismo y el individualismo. Y, además, quedará otra vez incorporada, la sombra benéfica del inmenso derecho creado por Roma y

desarrollado en los dos imperios, el latino y el de Bizancio. La tarea de Bello comportaba una erudición monumental, una prodigiosa capacidad de síntesis y una incomparable mentalidad jurídica.

Los modelos próximos de Andrés Bello fueron la doctrina y la obra positiva del historicismo jurídico llegado a su ápice en el Código de Napoleón. La escuela historicista del Derecho que en cierta forma resucitó al Jus Civile en su forma prístina, llegó a dominar en la mentalidad jurídica de Francia y Alemania durante aquellas décadas y desempeñó un papel preciso en la hora en que Europa y el mundo cambiaban de actitud política, a tono con otras transformaciones operadas en la economía, la sociedad y el pensamiento. Hubo, en consecuencia, durante los años finales del siglo XVIII y los inaugurales del siglo XIX, una aceleración histórica exteriorizada por la urgencia de un reajuste social que se tradujo en una distinta concepción del Derecho, que desde entonces presentó con nitidez antes no alcanzada, no obstante la vieja y elemental orientación del Derecho Privado, en dos campos que, luego, se tornaron tradicionales, público y privado, encarnándose este último en el Derecho Civil de tipo individualista.

El Código de Bello adquirió, en seguida, resonancia continental. Llenaba una necesidad inaplazable, la llenaba de modo claro, conciso, oportuno, fundándose en la realidad presente de pueblos recién organizados para la vida del estado de derecho, y alentando las esperanzas de sociedades estremecidas por un optimismo histórico de última aparición. Nada tiene de raro, entonces, que varios países se apresuraran a adoptar aquel Código que, entre otras cosas, marcaba la fecha de nacimiento de formas de vida económica, familiar, social e individual largamente acariciadas.

1.3. ANTECEDENTES.

El Ecuador se contó entre los primeros beneficiarios del Código de Bello. Conocido por el más alto tribunal de justicia, fue estudiado con detenimiento y, tras algunas reformas, enviado al Congreso para la correspondiente aprobación.

La Legislatura de 1857 dio paso a aquel cuerpo de leyes que se promulgó inmediatamente, por un gobierno provisional.

La satisfacción de contar con un Código de tal calidad doctrinaria y de tan alto rango histórico, no impidió el paso a las reformas que, de inmediato, comenzaron a ser planteadas en los congresos. Hubo algunas intrascendentes que no duraron y fueron derogadas a raíz de su expedición. Hubo otras, en cambio, como las pedidas y alcanzadas por don Gabriel García Moreno, que se incorporaron a la ley y algunas siguen rigiendo, como aquellas reglas relativas a la vigencia y retroactividad de la norma jurídica, a la capacidad de la mujer que trabaja en profesión o industrial, a la legitimación ipso jure de los hijos y otras más, pertinentes al derecho familiar y a la regulación del orden testamentario.

Configurada la que se podría llamar fisonomía ecuatoriana del Código de Bello, la vigencia del mismo siguió su curso natural, pero identificándose cada día con la vida de nuestra sociedad, que hizo de dicho cuerpo de leyes un modo sustantivo de aparecer históricamente en el mundo de la civilidad. Y por esta forma de vigencia, al asimilarse al espíritu y a la cultura ecuatorianos, llegó a convertirse en institución de primera magnitud. Mas el desarrollo histórico, el crecimiento humano y económico, la aparición de los problemas sociales que rebasaron los límites del Derecho Privado, fueron llevando lenta y continuamente al legislador a introducir formas útiles o ineficaces, sistemáticas o desarticuladas, pero reformas al fin, que atacaban, sino a la esencia del

Código Civil, por lo menos a su estructura material y a su vestimenta literaria, cuando no a su ordenamiento o compatibilidad dialéctica y numérica.

La vida humana, con su marcha inexorable, impuso sus dictámenes categóricos y determinó, al fin, que el Código fuera revisado. Además, era preciso recoger las reformas aisladas, numerosas y de distintas épocas, reformas cuya inesquivable presencia causaba molestias y oscurecía el contexto legal. Sobrevino, pues, determinada por las circunstancias, una tarea a fondo y, ha más de un siglo de haber sido promulgado el Código, comenzó a ser objeto de una severa y orgánica revisión. En el seno del mismo la substancia legal erosionada y la nueva materia humana y social acumulada eran cuantiosas.

La presente entrega del Código Civil Ecuatoriano reúne, de manera sistemática, dos aspectos que debieron ser inseparables; reformas y codificación. Es, pues, una obra orgánica y en la que, según se decía al comienzo de estas líneas de introducción, en cierto modo termina un proceso largo y complicado.

Cinco fueron las ediciones del Código anteriores a la codificación aparecida en 1960, en esa recopilación manual que recibió el nombre de Constitución y Leyes del Ecuador. Está por demás decir que todas se hallaban agotadas, cuando se pensó en una edición definitiva o que así lo pareciera.

Por otra parte, desde fuera del Derecho Civil, desde el área del Derecho Constitucional, nuevos principios consignados en los capítulos de garantías familiares y sociales determinaban el cambio de criterios jurídicos en el campo del Derecho Privado, el que poco a poco va no solamente publicitándose, sino socializándose en un mundo cada vez más cambiante. Y tenemos que reconocer otra fase evolutiva del Derecho Civil, en fuerza de estos principios que se exponen y vivifican en las modernas Constituciones Políticas: si de un

lado el orden civil se limita y recoge a una órbita más estrecha, aunque más clara, de otro, se ahonda en sí mismo y en sus postulados se humaniza y compenetra con mayor agudeza en la intimidad de la vida personal.

La Comisión Legislativa Permanente, creada por nuestros recientes Estatutos Constitucionales, se vio avocada ante la realidad de reformar y codificar el Derecho Civil, y ante la magnitud de la faena tuvo a bien encomendarla a una Comisión especializada, cuyos criterios de innovación fueron aceptados casi en su totalidad. Dichos criterios comprendían, principalmente, al orden familiar, a la igualdad de los cónyuges, a las limitaciones del derecho de propiedad. Más de quinientas reformas se introdujeron, y las razones de las mismas constaban en una extensa exposición de motivos que tuvo a su vista la Comisión Legislativa Permanente al discutir el proyecto, durante largos meses.

Las reformas adoptadas por dicha Comisión pasaron al ejecutivo para ser promulgadas. En uso de la facultad constitucional, el señor Presidente de la República las objetó, pues aunque coincidía con algunas, desaprobó una parte de ellas, las que se referían a la filiación, las que fijaban la mayor edad a los dieciocho años y las relativas a la igualación de derechos conyugales. Mas el Congreso, siguiendo los trámites puntualizados en la Carta Política, insistió en tales reformas, las mismas que acabaron sancionadas por el ministerio de la ley.

La Comisión Legislativa Permanente resolvió, entonces, codificar las reformas y editar el Código, innovándolo como antes no se había hecho. La Secretaría de la Comisión dio principio al trabajo, no corto ni sencillo, y comenzó a enviar a la imprenta los originales de un libro destinado a llenar una clamorosa demanda, así como a satisfacer la urgencia de abogados, jueces y estudiantes de Derecho.

Avanzada la tarea y al derogarse la Constitución de 1967 y al ser sustituida por la de 1946, quedaron desplazada la Comisión Legislativa Permanente y modificadas muchísimas disposiciones del nuevo Código. O sea, el Código Civil reformado debía pasar al olvido como otros tantos proyectos de innovación o nueva forma de vida jurídica.

En reemplazo de la abolida Comisión Legislativa, el Dr. José María Velasco Ibarra, en uso de los poderes de que se encontraba investido, creó la Comisión Jurídica encargada de discutir leyes y publicar las que estuvieran en curso de formación, una vez llenados los requisitos correspondientes.

Uno de los primeros problemas que se le plantearon a la Comisión Jurídica fue el de la vigencia de las reformas al Código Civil, cuestión tanto más difícil cuanto que las disposiciones de la Carta Política de 1946 no comprendían a muchísimas de tales reformas promulgadas ya. En tanto, multitud de trámites y de problemas judiciales demandaban un pronunciamiento claro por parte del Ejecutivo y de la Comisión.

Ésta, tras una meditada y honda discusión, sometió al señor Presidente de la República un proyecto de decreto, gracias al cual, al declararse vigentes las reformas y al establecer la continuidad legal de las mismas desde la fecha de su promulgación, salvó la obra realizada.

La Comisión Jurídica revisó y mejoró la codificación inicial mediante una prolija y paciente labor y le dio nueva vida. La Comisión aspira a que esta codificación del Derecho Civil Ecuatoriano acaso sea, si no la mejor posible, por lo menos la más completa y sistemática. Seguramente la práctica demostrará las insuficiencias que aloja en su seno y aconsejará las mejoras que, posteriormente, sean necesarias. La tarea legislativa, como la vida del Derecho, nunca está completa. El orden jurídico, a la par de todo cuanto crece en el mundo de la cultura, no es perfecto sino constantemente perfectible. La

vida humana, que es modelo, impulso y anhelo inagotable, es sendero y meta, al mismo tiempo. El derecho que sirve a la existencia, parte de ella y a ella retorna en un perpetuo movimiento.

1.4. LAS PERSONAS.

Las personas naturales representan el objeto básico en el régimen jurídico familiar e institucional, por lo que al individuo de la especie humana ya nacido se lo identifica como persona natural que es sujeto de derechos y obligaciones. Por otro lado la familia es la unidad básica de la sociedad y el ambiente natural y necesario para la protección y desarrollo de los derechos humanos, sociales, jurídicos y económicos, amparados en la Constitución de la República del Ecuador y en las demás leyes nacionales e instrumentos internacionales de los derechos humanos.

La vida de relación familiar y social establece derechos y deberes entre las personas, garantizados por diferentes normas como las de carácter ético, religioso, cívico, de costumbre, económicas, etc. que producen derechos y obligaciones sometidas a normas legales y procesales, cuya tutela jurídica corresponde al Estado y sus instituciones especializadas. La protección de la persona natural por parte del Estado y sus instituciones a través del Derecho se extiende desde el momento de la concepción, el nacimiento y hasta su muerte.

Las diferentes formas de organización familiar establecen múltiples relaciones y consecuencias jurídicas, éticas y económicas, entre otras, así como las relaciones que promueve el vínculo conyugal o entre convivientes o uniones de hecho; las que emanan del parentesco, con trascendencia en las diversas ramas del Derecho; las referentes al patrimonio de la familia, con efectos que demandan complejas acciones legales. El objeto central de estudio del

presente módulo es la persona humana dentro del núcleo familiar, que representa una unidad o un centro de intereses del grupo familiar, así como los de carácter social y económico. En el cumplimiento y salvaguarda de estos intereses están comprometidos todos los individuos del grupo familiar sea particularmente o como grupo afín, aunque también interesa la defensa de los intereses generales de la sociedad, en razón de que debe ser estudiado todo, con un enfoque interdisciplinario, con énfasis en el marco jurídico que protege a la familia, a partir de las normas constitucionales y las del ámbito del llamado Derecho de Familia.

Si se considera que la familia como grupo básico de la comunidad, debe por tanto enfrentar muchos retos y avanzar buscando soluciones a las múltiples demandas de cada individuo de este grupo primario e histórico, por lo que el rol que cumplirá dentro del desarrollo social será muy trascendente, ya que desde la antigüedad ha sido la familia matriarcal y luego la patriarcal, la que ha permitido que sus integrantes puedan avanzar hasta la actualidad, alcanzando resultados o rezagándose frente a los logros de la llamada modernidad, si no estaba atenta a los avances de la educación, la tecnología, la informática, la legislación y los derechos humanos, amparados en el ámbito nacional por la Constitución de la República del Ecuador e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Las relaciones familiares y sociales establecen derechos y obligaciones entre las personas, garantizados por diferentes normas como las de carácter ético, religioso, cívico, de costumbre, económicas, etc., sometidas a normas legales y procesales, cuya tutela jurídica corresponde al Estado y sus organismos especializados. La protección de la persona natural por parte del Estado y sus instituciones a través del Derecho se extiende desde el momento de la concepción, el nacimiento y hasta su muerte.

Las organización familiares establecen múltiples relaciones y consecuencias jurídicas, éticas y económicas, entre otras, así como las relaciones que promueve el vínculo conyugal o entre convivientes o uniones de hecho; las que emanan del parentesco sea consanguíneo o político, con trascendencia en las diversas ramas del Derecho; las referentes al patrimonio de la familia, con efectos que demandan complejas acciones legales.

1.5. EL MATRIMONIO.

El matrimonio es la base de la unidad familiar. En esta sociedad y en esta época, la familia es la unidad más integrada, la que mejor logra perpetuarse y la que se auto protege mejor. Tal y como está establecida en la actualidad, es necesaria para la sociedad; tanto desde el punto de vista económico como el de cualquier otro.

La cultura se desintegraría si su piedra angular, la familia, dejará de tener validez como tal. Podríamos decir con bastante seguridad que aquel que destruye el matrimonio destruye la civilización.

Considerando todo lo anteriormente mencionado la Constitución Política de la República del Ecuador dice en su Art. 67. "Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundara en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal."

El legislador ha dispuesto que la importancia del matrimonio como pilar de la sociedad, obligando al Estado a tener cierto control sobre el mismo, control que va desde señalar en la Ley los impedimentos, formas, solemnidades y requisitos para contraer el estado civil de casados, hasta la manera de cómo va a supervisar la disolución de los mismos, ya sea por nulidad o divorcio.

El matrimonio es importante desde el punto de vista de la legislación ecuatoriana, la importancia del matrimonio es la de crear nexos o vínculos, desde los más profundos e íntimos hasta los más sencillos y superficiales, entre dos personas naturales de distinto sexo, con el propósito de que establezcan una vida común y así puedan procrear y siempre ayudarse recíprocamente en todas las instancias de su existencia.

El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.

El Estado ecuatoriano considera que el matrimonio es el único medio legal para fundar una familia.

Los hombres y mujeres que hayan cumplido 18 años o la mayoría de edad, no están obligados a obtener el consentimiento de ninguna persona para contraer matrimonio.

Los novios pueden casarse por la Iglesia, según sea su religión. Sin embargo, sólo tiene validez legal el matrimonio civil.

El Estado Ecuatoriano en bien de sus habitantes reconoce y protege el primer núcleo de la sociedad que es la familia, con la finalidad de brindar estabilidad y seguridad tanto al hombre como a la mujer.

Considerando lo que determina el Art. 67 de la Constitución Política de la República, en cuanto a la protección y reconocimiento de la familia en sus diversos tipos, el Estado Ecuatoriano reconoce los matrimonios, y lo que genera la conformación de un matrimonio, que es el principal núcleo de la sociedad la familia.

En el mismo Art. 67, parte de la premisa de que el matrimonio se constituye sobre la base de igualdad de derechos y deberes del marido y la mujer, el Código Civil ecuatoriano en los Arts. 136 y 137, señala como obligaciones correlativas; primero guardase fe, o sea práctica constante de fidelidad que es la confianza y lealtad que una persona tiene para con otra, segundo: socorrerse en todas las circunstancias de la vida y tercero: fijar, de común acuerdo su techo.

Así también en nuestra constitución en el Art. 11, segundo inciso manifiesta que "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades"

El matrimonio civil es un contrato de dos voluntades como consta en el Art. 81 del Código Civil, esta concepción del matrimonio que se mantenido incólume desde hace mucho tiempo en nuestra legislación, porque se ha estimado que la relación natural de pareja que por lo general lleva a la formación de una familia, es la que se hace entre dos personas de distinto sexo, está cambiando el mundo y justamente en julio del 2003, se aprobó en Buenos Aires – Argentina una ley que legitima la unión de hecho, sin considerar el sexo de los miembros de tal unión, lo cual quiere decir que estos pueden ser seres humanos de igual sexo: hombres con hombres y mujeres con mujeres.

Estas posibilidades de cambio que ya se escucha en nuestro país, deben hacer pensar e investigar a juristas, sociólogos, antropólogos y en general a los científicos sociales, sobre las transformaciones que podrían darse en todos los

campos de la vida, con las nuevas formas de coexistencia humana, que como puede advertirse comienza a arribar a esta parte del continente.

Para que este acto llegue a ser válido tendrán que cumplir con las solemnidades que dice el Art.102 caso contrario será nulo por ejemplo en caso de ser menor de edad y no contar con la autorización de su curador.

Luego de haber contraído matrimonio los cónyuges están en la obligación de suministrarse lo necesario y contribuir al mantenimiento del hogar así como lo establece el Art. 138 del Código Civil, y esto se aplicará mientras no se disuelva legalmente el matrimonio.

Al matrimonio dentro de la Constitución se puede concluir que efectivamente el matrimonio está regulado por una serie de disposiciones, en este caso contempladas en el Código Civil que lo hacen una institución jurídica; y desde mi punto de vista el matrimonio en sentido más amplio si es una institución jurídica, ya que la institución referida al matrimonio es ese conjunto de normas que tienen como fin reglamentar la vida conyugal, en este caso es el fin común que rige a los cónyuges; de la misma forma, en el sentido de que el acto jurídico para contraer matrimonio pone en funcionamiento la institución del matrimonio, de lo que se puede concluir, que todo acto jurídico regulado por el Código Civil en sentido amplio es de naturaleza institucional, más en sentido estricto cada acto o hecho tiene su propia naturaleza jurídica dependiendo de sus causas y sus efectos.

Así nos demuestran que cuando uno de los cónyuges dentro del matrimonio incurra en una de las causales del Art. 110 del Código Civil, cualquiera de los dos está en condiciones de solicitar o demandar el divorcio.

En lo que tiene que ver con los antecedentes históricos del matrimonio, debo comentar que en el Ecuador dicha institución socio- jurídica, fue reconocida,

según se tiene noticia, desde los tiempos del incario, donde se aceptaba la poligamia, y el matrimonio tenía ante todo característica de un rito religioso, que obviamente estaba protegido por el Estado, y se constituía en la forma común de conformación del grupo familiar.

En la época colonial la institución del matrimonio se encuentra profundamente influenciada por las características que a aquel le habían atribuido las legislaciones europeas plagadas de fanatismos religiosos católicos. En las primeras épocas se rige por las leyes propias de España a las que estaban sometidos los conquistadores y a las que abusivamente sometieron a los pobladores del territorio conquistado, y posteriormente por Las Leyes de Indias, que eran un cuerpo jurídico propiamente dictado para regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, así como entre estos, en el territorio americano. El Derecho Canónico que orientó al matrimonio durante la época colonial, manifestó incluso su influjo hasta los primeros años de la vida republicana.

Antiguamente los mitos de la religión tenían mucha influencia en la estabilidad de los matrimonios. El paso del tiempo ha ido desvalorizando ciertas creencias sobre la justicia divina, haciendo necesaria y urgente la creación de la justicia del hombre, una justicia que para ser ejecutada tiene que estar basada en deberes y derechos de los individuos dentro de una sociedad.

Con la adopción por parte del Ecuador del Código de Andrés Bello, se instituyó por primera vez el matrimonio como institución del derecho civil en el Ecuador en términos bastante similares a los actuales, al menos en el concepto. El Código Civil editado de 1889, en su artículo 81 manifestaba: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente."

Sin embargo, aún no se advierte una plena separación entre el matrimonio civil y el matrimonio eclesiástico, por el contrario se da autoridad a la iglesia para calificar la validez de un matrimonio, o la imposibilidad de que aquel se celebre.

Así el Art. 100 del Código Civil de 1889, decía: "Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído. La ley civil reconoce como impedimento para el matrimonio los que han sido declarados tales por la iglesia católica; y toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la existencia y conceder dispensa de ellos" Como nuestro país, era todavía en esa época un Estado confesional que reconocía y practicaba como religión oficial al catolicismo, dicho artículo se encuadraba plenamente en ese sistema.

El 1 de enero de 1903, como consecuencia del liberalismo que se imponía como idea de gobierno en el Ecuador, se establece la Ley de Matrimonio Civil, que reconoce al matrimonio como una institución propia del derecho privado, y a su vez abre la puerta a modernas corrientes jurídicas que planteaban el divorcio como forma de terminación del matrimonio, aunque obviamente esto dio lugar a una gran polémica entre el Estado y los sectores clericales que a ultranza se oponían al divorcio calificándolo de grave herejía. El divorcio se concedía únicamente por el adulterio de la mujer y las personas divorciadas solo podían contraer matrimonio luego de que hayan transcurrido diez años.

El matrimonio civil constituido legalmente, es el que regula las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paternas filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc.

Desde las conceptualizaciones más burdas hasta las más complejas, el matrimonio civil es la forma legal (para el Estado) de formar una familia, que debe cumplir con ciertos requisitos que el legislador ha denominado elementos

de existencia y de validez; los primeros de ellos (de existencia), tienen por finalidad el surgimiento a la vida jurídica, mientras que los segundos planifican los efectos, imposibilitando la nulidad"

Para vivir en armonía los legisladores han considerado necesario crear leyes que rijan los actos de los ciudadanos en todas partes del mundo.

El acto del matrimonio legalmente constituido es la primera institución que reconocen los Estados, el mismo que se da a través de la unión de un hombre y una mujer, en su derecho mutuo, forman un hogar fundamentado en alianza mutua.

Dentro de este acto legal, del matrimonio civil los contrayentes están sujetos a darse y aceptarse uno a otro con el propósito de propagar la raza humana, de educar su prole, de compartir vida en común, de apoyarse uno a otro en el amor conyugal íntegro por una unión perdurable.

Desde los inicios de la constitución del matrimonio civil como tal, los legisladores consideraron que debe tener elementos de: existencia, validez y licitud, para generar el surgimiento de la vida jurídica y por otro lado imposibilitar la nulidad del matrimonio.

En cuanto a la existencia del matrimonio, debe contar con tres elementos: voluntad, objeto lícito y solemnidad.

El primer elemento consta de un acuerdo unilateral entre las dos personas, la voluntad o consentimiento debe ser manifestada expresamente con un "si" pues de no ser así, la voluntad estaría afectada de manera tal que la violencia inducida a coaccionar la libertad de decisión afectaría la existencia del matrimonio. Para poder manifestar libremente la voluntad de contraer matrimonio, debe, la persona ser consiente del objeto del mismo; desde los

comienzos de la regulación civilista del matrimonio, existen dos principales consecuencias del acto matrimonial: fundar una familia o comunidad permanente de vida, así como la ayuda que mutuamente deben de prestarse.

Se considera al matrimonio la primera institución regulada por el estado, para su constitución legal debe cumplir con las solemnidades que determina el Código Civil en su Art. 102.

"Son solemnidades esenciales para la validez del matrimonio:

1. La comparecencia de las partes, por sí o por medio de apoderado especial ante la autoridad competente;
2. La constancia de carecer de impedimentos dirimentes;
3. La expresión de libre y espontáneo de los contrayentes;
4. La presencia de los testigos hábiles; y
5. El otorgamiento y suscripción del acta correspondiente"

Para que un matrimonio este plenamente constituido debe haber cumplido con estas solemnidades de ley, considero que esta es una parte fundamental a la hora de contraer matrimonio, ya que si uno de los dos cónyuges no las cumplió por falta de voluntad o por no estar en mutuo acuerdo automáticamente pierde la validez el acto.

La validez consiste en la legalidad de los actos jurídicos para sustituir efectos legales en este caso la diferencia entre nulidad y divorcio es, precisamente, la temporalidad de los actos que dan causa a éste; el divorcio es por acontecimientos posteriores, mientras que la nulidad, solo declara la

inexistencia de lo que nunca fue válido. Una de las finalidades secundarias es la procreación, que sería imposible si la capacidad reproductiva se viera limitada debido a la edad, razón por la cual el Código Civil manifiesta que la edad mínima para contraer matrimonio es de 14 años para las mujeres y de 16 años para los hombres. La voluntad de los contrayentes debe estar ausente de vicios de la voluntad, los mismos que pueden reducirse a cinco casos: Error en la identidad, dolo, mala fe, violencia o intimidación y lesión.

También el código civil menciona que los impedimentos para contraer matrimonio válido son: La falta de edad, de consentimiento de quien deba ejercerlo, parentesco, el adulterio entre los que pretendan contraer matrimonio, atentado contra la vida de anteriores cónyuges, fuerza o miedo grave, embriaguez habitual, impotencia incurable, idiotismo o imbecilidad, matrimonio subsistente al momento de contraer nuevas nupcias.

Si los contrayentes no acataran estos puntos, el matrimonio sería nulo de origen, por lo tanto correspondía declarar la nulidad por parte de un juez de lo familiar.

Al momento que se contraía matrimonio se hacía el cambio de estado civil, originando una serie de consecuencias jurídicas con respecto al otro cónyuge, a los bienes y a los hijos.

Luego de haber analizado el matrimonio civil desde su concepción puedo manifestar, que para constituirse como tal, y para que llegue a ser la primera institución del estado; tiene que cumplir con ciertos requisitos y elementos de existencia y validez que le den el carácter jurídico que exigen los estados.

Estos elementos tan fundamentales para constituir el matrimonio en la actualidad se hallan vigentes en el Código Civil.

Así lo menciona en su obra el Dr. Juan Larrea Holguín y dice "Concretamente para que exista el matrimonio, debe reunirse tres condiciones: 1. La diferencia de sexo de los contrayentes; 2. el consentimiento de las partes; 3. la solemnidad, o sea la manifestación de consentimiento delante del funcionario correspondiente."

De acuerdo a lo que cita el Dr. Holguín, la existencia del matrimonio se da, así las condiciones que se mencionan anteriormente no se cumplan en su totalidad, ya que luego podemos hablar de nulidad del matrimonio y no de inexistencia del mismo.

También cita la regla más general sobre el elemento de validez, que es el "Art. 9. Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención"

El elemento de licitud, en un matrimonio a más de ser válido debe ser lícito, o planamente lícito; no debe contravenir ninguna prohibición, es decir, no debe haber ningún impedimento; debe cumplir con todas las solemnidades legales.

CAPITULO II

2.1. EL DIVORCIO.

Al hablar de divorcio empíricamente nos hacemos la idea de ruptura, de separación, de una unión que termina, así podremos ver en las siguientes definiciones:

Por divorcio se entiende la separación de los cónyuges, la cesación temporal o definitiva de la vida en común. Este factor puede darse como simple hecho o mediante acto jurídico, al margen de la ley.

"Según el Dr. Guillermo Cabanellas, la palabra Divorcio proviene "Del latín Divortium, del verbo diverte, separarse, irse cada uno por su lado; y, por antonomasia, referido a los cónyuges cuando así le ponen fin a la convivencia y al nexo de consortes. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido, viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio, situación esta última en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás el estado marital, a causa de impedimentos esenciales e insubsanables. Por descuido tecnicismo en la materia, recogido incluso por los legisladores civiles, como el español y el argentino, la separación de cuerpos y la de bienes entre los cónyuges, con subsistencia de vínculo matrimonial e imposibilidad de ulteriores nupcias mientras viva el otro consorte. Figuradamente, ruptura de relaciones o de trato, profunda divergencia entre pareceres, tendencias, aspiraciones, impulsos y actuaciones."

De acuerdo a la definición de divorcio puedo manifestar que es la separación de dos personas que firmaron un acuerdo ante la ley por estar junto en

determinado tiempo, separación que de la misma forma lo tendrán que hacer mediante las leyes humanas.

Para el Dr. Luís Parraguez, divorcio es "la ruptura del vínculo matrimonial válido producido en la vida de los cónyuges, en virtud de una resolución judicial."

Cuando una pareja decide unir su vida en matrimonio, está haciendo un pacto para toda la vida, este pacto, aunque la pareja no lo reconozca, es reconocido legalmente por el Estado como el núcleo central de la sociedad.

"Llámesese divorcio a la acción o efecto de divorciarse, es decir a la acción o efecto de separar el juez competente, por sentencia a dos casados en cuanto a las relaciones que contrajeron en virtud del matrimonio."

Es decir que el divorcio es sinónimo de rompimiento absoluto y definitivo del vínculo matrimonial entre los esposos, por la intervención de una autoridad judicial facultada por las leyes.

Según el Diccionario Jurídico Omeba divorcio es: "la separación legal de un hombre y su mujer producida por una causa legal, por sentencia judicial y que disuelve completamente las relaciones matrimoniales o suspende los efectos en lo que se refiere a la cohabitación de las partes"

Estas definiciones puntualizan en que consiste el acto del divorcio, cuando debe darse, o bajo que causales se produce este acto.

Los conceptos antes citados de varios autores coinciden en que el divorcio es la separación y ruptura del matrimonio que se halle constituido legalmente entre un hombre y una mujer.

Esta ruptura del matrimonio se puede dar por una causal legal que se halle citada en la ley, la misma que deberá ser puesta en consideración ante un juez de lo civil quien tiene la facultad para declarar disuelto el vínculo matrimonial, mediante sentencia judicial, en donde también se define todo lo que haya producido ese matrimonio.

La sentencia judicial del divorcio faculta a los cónyuges a contraer nuevo matrimonio luego de un determinado tiempo que establece la ley

En las definiciones analizadas se debe tener en cuenta, cuando hablar de divorcio y no de nulidad del matrimonio en donde no cabe hablar de disolución por falta de elementos que constituyan un acto legal.

Es necesario mencionar las características de la acción de divorcio

El Dr. Juan García, establece las siguientes características sobre la acción del Divorcio:

"Primera.- La acción de divorcio es personalísima, es privativa de los cónyuges y en varios casos solo puede pedir el cónyuge inocente"

En el Art. 110 del Código Civil, el último inciso expresa que el divorcio por los causales de dicho artículo, 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.

Segunda.- "La acción de divorcio no puede renunciarse y esto porque no solo compromete el interés individual de los cónyuges, sino también entra en juego el interés general de la sociedad."

El Art. 123 Código Civil dispone que son irrenunciables la acción de nulidad de matrimonio, la de divorcio y la de pedir separación conyugal judicialmente

autorizada, el derecho del cónyuge a que en el caso de divorcio se le entregue la parte de los bienes del otro, a que se refiere el Art. 111 El estado civil de las personas no puede ser objeto de convención más aún podría esto presentarse a muchas irregularidades.

Tercera.- La acción de divorcio es prescriptible, no obstante que esta acción esta fuera del comercio, el Legislador velando por la paz conyugal, declara que prescribe en un año, debiendo el cónyuge alegar la prescripción al momento en que aquel tuvo conocimiento de la causal que invoca.

La acción de divorcio es prescriptible, en un año, obviamente que el cónyuge que alega la prescripción le corresponde acreditar al momento en que aquel tuvo conocimiento de la causal, que invoca esta prescripción puede renovarse si el cónyuge incurre nuevamente en hechos si el cónyuge incurre nuevamente en hechos que constituyan la causal de divorcio y así no es aplicable la disposición del Código. Civil, según la cual la prescripción se suspende siempre entre cónyuges, pues ello equivaldría en el hecho a hacer de esta acción imprescriptible.

El Art. 124 dispone que la acción de prescripción se da en el plazo de un año contado: por las causas puntualizadas en los numerales lo., 5o. y 7o. del Art. 110 desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa que se trate.

La acción de divorcio por excepción es imprescriptible y lo es en los casos del numeral de la causa décima primera.

Cuarta.- La acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges.

Así el Art. 127 señala 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.

Quinta.- La acción de divorcio igualmente se extingue por la reconciliación.

Así lo cita el Art.125. Manifiesta que 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 el Título III que trata sobre el matrimonio.

Sexta.- El divorcio requiere de un juicio y por tal se ejercita por medio de una acción civil, con principio de solemnidad y publicidad del matrimonio.

Así en el Ecuador el divorcio tiene carácter judicial y ello es consecuencia necesaria del principio de solemnidad y publicidad del matrimonio del requisito de su celebración con intervención de autoridad pública y así su disolución está sujeta a los mismos.

Las causales de divorcio, alegadas para iniciar la acción deben ser probadas en juicio y pueden serlo por medio de las pruebas señaladas, en el Código de Procedimiento Civil.

Séptima.- La acción de divorcio es taxativa.

La enumeración del Art. 110 del Código Civil es taxativa, en esto no hay discusión alguna, en líneas posteriores haremos un análisis más detallado sobre este punto.

Octava.- El vínculo matrimonial del cónyuge que se hubiere vuelto demente o sordomudo, que no pueda darse a entender por escrito, no podrá disolverse por divorcio, por ser considerados incapaces absolutos.

Novena.- La acción de divorcio no podrá darse con leyes no ecuatorianas, si el que contrajo matrimonio es ecuatoriano.

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, dice el Art. 129 del Código Civil; mientras que el Art. 92 del cuerpo de leyes citado señala, que el matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo lugar, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes ecuatorianas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en el Ecuador, mientras no se disolviera válidamente el matrimonio en esta República; y el 93 indica que 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 con las leyes ecuatorianas.

El Código Civil ecuatoriano, en su Art. 106 define al divorcio de la siguiente manera:

"El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorio la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio; si el fallo se produjo en rebeldía del demandado.

Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectuó con el último cónyuge."

En definitiva, el divorcio es una institución jurídica que permite, conforme a derecho, la terminación o disolución del vínculo matrimonial, lo que trae consigo efectos en el estado civil de las personas, en la situación de los hijos habidos dentro del matrimonio y en el régimen jurídico sobre los bienes dentro de la relación matrimonial.

Esta disolución, a efectos civiles, del matrimonio civil. La mayor parte de las causas de divorcio se deben al cese efectivo de la convivencia conyugal durante cierto tiempo, cese que ha de ser efectivo e ininterrumpido, y cuyo cómputo se iniciara a partir de la sentencia de separación o sin necesidad de que se dicte sentencia. Cualquiera de los cónyuges puede interponer la demanda de divorcio, o ambos de forma conjunta, siempre que concurra alguna de las causas que exige la ley, además de la falta de convivencia y de las que sean causales de separación. La presentación de la demanda puede ser de mutuo acuerdo o de no existir tal acuerdo entre los cónyuges el procedimiento se convierte en contencioso.

En cuanto a los efectos de la sentencia de divorcio, pueden concretarse en los siguientes:

Queda disuelto el matrimonio; los que eran cónyuges pasan a ser divorciados y pueden contraer nuevo matrimonio civil, incluso pueden volver a contraer nuevo matrimonio entre sí.

Queda disuelto el régimen económico del matrimonio.

La sentencia del divorcio no afectara a terceros de buena fe (que han podido o pueden contratar con los cónyuges), sino a partir de la fecha de su inscripción en el Registro Civil, a partir de cuyo momento puede ser conocida por cualquiera.

Fundamento del divorcio ha sido objeto a lo largo de la historia de enconadas disputas entre partidarios y detractores, que han basado sus argumentos en cuestiones de índole moral, filosófica, religiosa, sociológica o jurídica. De esta última perspectiva, a la cual nos ceñiremos, se ha centrado en la naturaleza de la institución matrimonial y en concreto, en su condición de contrato civil. Un amplio sector doctrinal afirma que el matrimonio, como todo contrato, no tiene carácter permanente por lo cual puede ser disuelto por el mutuo acuerdo.

Algunos autores han equiparado el matrimonio al contrato de sociedad y defienden la posibilidad de su ruptura por la simple voluntad de cualquiera de las partes. Frente a estos argumentos se han alzado en voces que, aun no negando la naturaleza contractual del matrimonio, defienden la necesidad de dar un tratamiento diferenciado del mismo, dada su condición de núcleo de la institución familiar y unidad básica de convivencia en las sociedades modernas. Debe gozar, por tanto, de una estabilidad que se vería seriamente comprometida en caso de ser contemplado por el ordenamiento como un contrato más y está sometido a la provisionalidad inherente a los mismos, lo que traería consigo la posibilidad de ruptura, a voluntad de un cónyuge o ambos, en cualquier momento y sin necesidad de causa alguna.

Esta última postura es acogida por la mayor parte de las legislaciones, que regulan el matrimonio aparte del resto de los contratos y fijan una serie de causas tasadas para la ruptura del vínculo. No obstante, la tendencia a favorecer la permanencia de la institución matrimonial no tiene por qué conllevar un posicionamiento en contra del divorcio, que está admitido en la gran mayoría de los sistemas jurídicos de indudable necesidad en el desenvolvimiento de la vida social de nuestra época.

La discrepancia doctrinal anteriormente expuesta encuentra su reflejo en la opción por el divorcio – remedio o el divorcio – derecho; los dos tipos predominantes en los ordenamientos positivos que admiten la institución.

El primero solo es otorgado por la concurrencia de circunstancias legalmente previstas, expresivas de la imposibilidad de continuar la convivencia conyugal, y es defendido por los partidarios de la naturaleza sui generis de la institución matrimonial, mientras que el segundo implica la total libertad de los cónyuges para romper el vínculo; al igual que sucedió en el momento de su formalización. Es promovido, obviamente, por quienes sostienen la dimensión estrictamente contractual del matrimonio, cuyo evidente correlato es la primacía del principio de autonomía de la voluntad o una decisión unilateral por una causa.

Son múltiples las causas de las cuales hacen depender los distintos ordenamientos la concesión del divorcio; así como las circunstancias y requisitos que deben concurrir para su apreciación.

2.2. ANTECEDENTES.

La institución del divorcio es casi tan antigua como la del matrimonio, si bien muchas culturas no lo admitían por cuestiones religiosas, sociales o económicas.

La mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los hombres. Aunque en algunas de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble.

En muchas sociedades antiguas también era motivo de muerte, como en la antigua Babilonia, donde el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte.

Los celtas practicaban la endogamia (matrimonio de personas de ascendencia común o naturales de una pequeña localidad o comarca), excepto los nobles que solían tener más de una esposa.

Era habitual la práctica de contraer matrimonio por un período establecido de tiempo, tras el cual los contrayentes eran libres, pero también era habitual el divorcio. En América, los Aztecas sólo podían tener una esposa y se la denominaba Cihuatlantli, y sólo podía tener un número determinado de concubinas, sólo la cantidad que pudiera mantener. En este contexto, no desconocían el divorcio, pero debía lograrse por sentencia judicial, que los habilitaba para contraer nuevamente matrimonio.

Entre los hebreos, los varones podían repudiar a sus esposas sin necesidad de argumentar la causa de tal actitud, bastaba con informar al Sanedrín. También existía el divorcio por mutuo disenso, pero las razones de las mujeres eran sometidas a un análisis más riguroso que las del hombre.

En el Islam, los varones pueden repudiar a sus cónyuges al repetir consecutivamente la expresión "te repudio" (Talaq, talaq, talaq) en tres ocasiones.

También en la antigua Grecia existía el divorcio por mutuo disenso y la repudiación, pero el hombre debía restituir la dote a la familia de la mujer en caso de separación.

En la Roma temprana el divorcio era algo poco común, hasta la época de los emperadores, en donde se acuñó la máxima "matrimonia debent esse libera"

(Los matrimonios deben ser libres) en donde el esposo o la esposa podían renunciar a él si así lo querían.

En los inicios del cristianismo, el divorcio era admitido, pero con el tiempo la iglesia lo fue prohibiendo. A partir del siglo X, eran los tribunales eclesiásticos quienes tramitaban los divorcios, no sin grandes disputas de distintos sectores de la iglesia cristiana. A partir del Concilio de Trento, en 1563, se impuso la teoría del carácter indisoluble del vínculo, aunque se admitió la separación de cuerpos.

Sin embargo, la Reforma de Lutero, admitió el divorcio aunque únicamente en casos muy graves. Esta reforma, incluso provocó que Inglaterra abrazara la misma debido a que su rey, Enrique VIII deseaba divorciarse de su esposa, Catalina, y la Iglesia de Roma no se lo permitía.

El divorcio ha causado grandes polémicas en los países mayoritariamente católicos, pues la Iglesia Católica no consideraba posible el divorcio de las personas hasta la década de los años 80 del siglo pasado.

2.3. CAUSALES DEL DIVORCIO.

Las causas de divorcio están contenidas en el Capítulo Segundo, Art. 2 de la Ley 1306- bis, sobre Divorcio (Mod, por la Ley No. 2669), el cual se plantea como motivo de divorcio, de manera expresa, excluyente y limitativa las siguientes causales:

a. El mutuo consentimiento de los esposos

b. La incompatibilidad de caracteres justificada por hechos cuya magnitud como causa de infelicidad de los cónyuges y de perturbación social, suficientes para motivar el divorcio, será apreciada por los jueces.

c. La ausencia decretada por el tribunal de conformidad con las prescripciones contenidas en el Capítulo Segundo del Título Cuarto de Libro Primero del Código Civil.

d. El adulterio de cualquiera de los cónyuges.

e. La condenación de uno de los esposos a una pena criminal.

No podrá pedirse el divorcio por esta causa si la condenación es la sanción de crímenes políticos.

f. Las sevicias o injurias graves cometidas por uno de los esposos respecto del otro.

g. El abandono voluntario que uno de los esposos haga del hogar, siempre que no regrese en el término de dos años. Este plazo tendrá como punto de partida la notificación auténtica hecha al cónyuge que ha abandonado el hogar del otro cónyuge.

h. La embriaguez habitual de uno de los esposos, o el uso habitual o inmoderado de drogas estupefacientes.

LOS FUNDAMENTOS DE LAS CAUSAS

Las causas enumeradas anteriormente de la letra d) en adelante, presupone una falta cometidas por uno de los cónyuges, en estos casos el divorcio aparece como una sanción al esposo culpable que ha cometido alguna violación a las obligaciones que le impone el matrimonio. Las dos primeras no tienen ese fundamento.

La causa debe surgir durante el matrimonio. Uno de los hechos cometidos por los esposos sólo puede ser considerado como causas del divorcio, si estos han surgido durante el matrimonio. Los sucesos ocurridos antes del matrimonio no pueden ser retenidos como causas del divorcio.

La causa debe ser provocada por el cónyuge demandado. La jurisprudencia exige que en toda demanda en divorcio por causa determinada, sea preciso que los hechos en que se basa emanen del cónyuge al cual le son imputados. Ha sido juzgado que el esposo demandante no puede invocar los hechos provocados por él y los cuales son los generadores de las desavenencias, sin violar el principio de que nadie puede prevalecer en justicia de su propia falta.

COMPETENCIAS DEL REGISTRO CIVIL EN EL ECUADOR

"La Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación Institución del Estado, fue creada el 29 de octubre de 1900, en un contexto de transformaciones profundas, por el General Eloy Alfaro, mentalizador y gestor de la Revolución Liberal, quien marcó un hito que influyó notablemente en la vida del Ecuador.

La Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación tuvo como misión registrar los hechos y actos de las personas. Con el transcurrir del tiempo le asignaron nuevas responsabilidades, tales como, identificar y ceder a la ciudadanía, elaborar los padrones electorales; asimismo, se crearon procedimientos para investigaciones de delitos, expedición de pasaportes y el control de inmigración. Hoy en día, es responsable de la generación y custodia de documentos que acreditan la identidad y el principal referente de la historia de la vida de los ecuatorianos"

La Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación en su Art. 1 establece las funciones de la Dirección General: "La Dirección General de Registro Civil,

Identificación y Cedulación funcionará, como dependencia del Ministerio de Gobierno, en la Capital de la República. Corresponde a esta Dirección la celebración de matrimonios, la inscripción de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas residentes en el territorio de la República y de los ecuatorianos residentes en el exterior, y su identificación y cedulación. Tiene por finalidad específica organizar dichas inscripciones, otorgar las cédulas de identidad y de identidad y ciudadanía. "

Al conocer los antecedentes por los que fue creada la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación una entidad más del Estado, su finalidad fue el registrar los hechos y actos de las personas, pero paso de los años, el crecimiento poblacional, la expansión geográfica, las aspiraciones comerciales y los grandes problemas sociales que se van presentando por diversos factores que la sociedad. Todo esto fue causa para que se le asignen nuevas responsabilidades a esta entidad como: identificación y cedulación, elaboración de padrones electorales, investigaciones de delitos, expedición de pasaportes y hasta control de migración.

Hoy en día tenemos un país que tiene alrededor de 13 millones de habitantes, en donde se ha tenido que descongestionar esta entidad, el 7 de diciembre de 2004, el Gobierno Nacional, mediante decreto ejecutivo, dispone que el Consejo Nacional de Modernización del Estado - CONAM - emprenda la reforma y modernización de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Así tenemos el tribunal Supremo Electoral, Fiscalías, Gobernaciones, etc., quienes también están destinadas a registrar los actos y hechos de los ecuatorianos.

El Art. 2 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación en lo referente a la competencia señala "La Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación estará representada administrativamente por el Director General.

El Director General tendrá competencia nacional y le corresponderá organizar, ejecutar, vigilar y, en general, administrar todos los asuntos concernientes a la Dirección de Registro Civil, Identificación y Cedulación, así como las demás atribuciones y deberes señalados en la ley. Será de libre nombramiento y remoción del Ministerio de Gobierno.

En la actualidad el Registro Civil Identificación y Cedulación es responsable de proveer el documento pertinente a cada individuo, de acuerdo a la situación en la que se halle al momento; así también tiene la responsabilidad de custodiar todos los documentos que generen la historia y la identidad de la vida de los ecuatorianos.

2.4. EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

Reconociendo a la familia como el principal núcleo de toda sociedad y como una institución que debe ser defendida agotando todos los esfuerzos posibles, no podemos desconocer la realidad que afrontan muchas parejas y es que lamentablemente la convivencia resulta imposible o simplemente descubrieron con el pasar del tiempo que no quieren seguir juntos, pero lamentablemente encuentran muchas dificultades burocráticas o legales que los obligan a permanecer juntos contra su voluntad y con los problemas posteriores que deterioran aún más la relación.

El divorcio es una de las cuatro causas legales por las que se disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones que trae la misma ley.

Una figura legal poco utilizada, pero bastante válida por su inmediatez y bajos costos es el divorcio por mutuo consentimiento, una opción para las parejas

que deciden dar por terminado el vínculo matrimonial sin tener que acudir a un litigio largo y costoso.

Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse manifestando su voluntad por escrito ante un juez del domicilio de cualquiera de los cónyuges. En caso de no tener hijos menores de edad o bienes dentro de la sociedad conyugal, el proceso es aún más fácil porque se puede celebrar ante un Notario.

Presentada la solicitud se procede a convocar a una breve diligencia para el reconocimiento de las firmas. Una vez completado este paso, se convoca a una audiencia de conciliación que se deberá llevar a cabo en un plazo de dos meses. En ese tiempo la situación de la pareja podría cambiar y la voluntad modificarse, de tal forma que el espíritu de la norma es buscar la reconciliación en ese lapso.

En la audiencia de conciliación, de no manifestar propósito contrario, los dos cónyuges expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial. En caso de tener hijos menores de edad y hacer el trámite ante un juez, este paso es similar, solo que en la misma audiencia acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad.

No es necesario que ambos cónyuges estén presentes: Hace poco tuve un caso en el que mi cliente, que se halla viviendo fuera del país, acordó divorciarse de su cónyuge; entonces solo bastó un poder que debió ser suscrito en el país donde actualmente reside, por lo demás el proceso es el mismo en tiempos y costos.

Luego de la audiencia, el Notario declarará disuelto el vínculo matrimonial y solicitará su inscripción en el correspondiente Registro Civil para marginar el

acta de matrimonio, proceso que no debería tardar más de cuatro días, dando por terminado todo el trámite.

En conclusión, esta es una alternativa que ofrece la ley para aquellas parejas que desean dar por terminado su vínculo conyugal de manera más económica porque incluso con la contratación de un solo abogado es suficiente y los costos notariales están regulados; y, en el menor tiempo posible porque el proceso sin incidentes no tarda más de diez semanas en completarse.

El mutuo consentimiento consiste en que ambos cónyuges coinciden en poner fin al vínculo matrimonial, y es generalmente reconocido como causa de divorcio, aunque en algunos sistemas se exige, además de su concurrencia, el cese efectivo de la convivencia durante un cierto período de tiempo.

El divorcio consensual, también se lo ha dado en llamar el de mutuo consentimiento de ambos cónyuges, y el mismo que es declarado por un juez civil mediante la resolución de sentencia judicial.

El Art. 106 del Código Civil manifiesta: "Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresara del siguiente modo: los cónyuges manifestaran por escrito, por sí o por intermedio de procuradores especiales, ante un Juez de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges."

Según García Falconí define al divorcio por mutuo consentimiento y manifiesta: "es el divorcio en el cual el hombre y la mujer, expresan su mutuo consentimiento en poner fin a sus obligaciones recíprocas nacidas del matrimonio."

De este modo el divorcio consensual, es el que decide por mutuo consentimiento de ambos cónyuges y que es declarado por sentencia judicial.

Se dice que "esta clase de divorcio, evita escándalos entre los cónyuges y la circunstancia de no establecer al culpable, pero no surte efecto sin aprobación judicial dictada en sentencia por el Juez de lo Civil competente, pues de lo contrario sería nulo"

De acuerdo a la definición que da el Dr. José García Falconí, al divorcio por mutuo consentimiento lo define como la voluntad libre y espontánea de los cónyuges de dar por terminado el vínculo matrimonial, es una terminación de forma amistosa sin conflictos, evitando todo tipo de escándalos que repercuten en la estabilidad muchas veces de los hijos.

En este tipo de divorcio, no requiere que se expresen los motivos que llevaron a tal decisión, ni que se expongan causas que generen un término de prueba, pues simplemente la confesión de las partes de dar por terminado el vínculo conyugal que los unía hasta el momento.

En la mayoría de casos cuando se ha llegado al divorcio por mutuo consentimiento, se da por varios acuerdos previos entre las parejas, sin tener que llegar a ningún otro tipo de litigios por los hijos, ni por los bienes que fueron obtenidos dentro del matrimonio.

En síntesis el divorcio consensual en la legislación ecuatoriana puede caracterizarse como una institución en la que no se requiere expresión ni calificación de causas, que solamente procede en virtud de sentencia judicial.

La propia Ley, establece que una vez aceptada la solicitud o demanda por el Juez de lo Civil, se suspende la acción por el plazo de dos meses, transcurrido este plazo se convocara a audiencia de conciliación para escuchar el deseo de dar por terminada esta unión conyugal, en esta diligencia judicial se conocerá y resolverá lo relacionado a la descendencia familiar (hijos), de no existir el acuerdo referente a este aspecto (pensión, visita, estado de hijos), se abrirá a

prueba de seis días, fenecido este término se deberá pronunciar sentencia por parte del Juez, sujetándose a las reglas establecidas en el Art. 107 del Código Civil.

2.5. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

La Violencia Intrafamiliar ha sido uno de los principales problemas que afecta a la sociedad ecuatoriana sin respetar edad, sexo, color o posición social; pues los conflictos familiares que terminan en violencia se dan tanto en las más humildes familias como en las de alto rango social, de manera diferente tal vez pero provocando las mismas consecuencias ya sean físicas o psicológicas en los miembros de la familia.

En nuestro país existe un departamento que garantiza el respeto de los derechos de la Familia, brinda atención especializada a los casos de Violencia Intrafamiliar y protege la integridad de los miembros de la familia, pero en la gran mayoría los casos de violencia no son denunciados por lo que las autoridades no pueden intervenir en ellos y proteger a la sociedad.

Se considera Violencia Intrafamiliar a toda acción u omisión que consista en maltrato físico, psicológico o sexual, ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar.

La Violencia Intrafamiliar constituye una violación de derechos humanos, es un problema de salud pública y por tanto es uno de los principales obstáculos al desarrollo de las ciudades y los países, que afecta a 7 de cada 10 mujeres.

La mayor parte de los actos violentos tienen como consecuencia lesiones, trastornos mentales y reproductivos, enfermedades de transmisión sexual y

otros problemas. Los efectos sobre la salud pueden durar años, y a veces consisten en discapacidades físicas o mentales permanentes, y aún la muerte.

Se ha comprobado que, por regla general, a lo largo de sus vidas las víctimas de violencia doméstica o sexual padecen más problemas de salud, generan costos de atención sanitaria significativamente más elevados y acuden con mayor frecuencia a los servicios hospitalarios de urgencia que las personas que no sufren violencia, lo cual impide su aporte pleno al desarrollo.

En su mayoría estos costos no son asumidos por el estado, sino por las mismas víctimas, consecuentemente las personas más pobres, son las más gravemente afectadas. De ahí que el sector de la salud debe estar incorporado en la prevención y tener un papel clave que desempeñar al respecto.

Por otra parte para las víctimas de violencia de género, una de las principales inquietudes es el acceso a la administración de justicia. A pesar de los avances que se han dado, aún subsisten obstáculos para el acceso, prejuicios sexistas desde quien administra justicia.

Frente a esta situación el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito ha implementado un Sistema de Prevención y Atención de Violencia Intrafamiliar y de Género, en el marco de una política institucional.

Procesos similares han seguido otros municipios del Ecuador y América Latina.

Luego de algunos años de aplicación de estos planes, programas y políticas, se ve necesario el promover un espacio de reflexión y discusión que permita evidenciar los avances y los retos pendientes sobre el tema.

TIPOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

VIOLENCIA FÍSICA

Todo acto de fuerza que cause daño, dolor o sufrimiento físico en las personas agredidas cualquiera que sea el medio empleado y sus consecuencias, sin considerarse el tiempo que se requiera para su recuperación.

Son acciones que afectan directamente el cuerpo y la salud de las víctimas: bofetadas, empujones, patadas, agresiones con objetos, otros.

Producen enfermedades, heridas mutilaciones e inclusive la muerte.

Las consecuencias que se producen pueden ser: lesiones en el cuerpo, abortos, incapacidades e incluso la muerte.

VIOLENCIA PSICOLÓGICA.

Constituye toda acción u omisión que cause daño, dolor, perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima de la mujer o el familiar agredido. Es también la intimidación o amenaza mediante la utilización del apremio moral sobre otro miembro de la familia infundiendo miedo o temor a sufrir un mal grave o inminente en su persona o en la de sus descendientes o afines hasta el segundo grado.

Es la que afecta a la salud mental o emocional de la víctima.

Se manifiesta por: palabras soeces, amenazas, burlas, encierros, celos, otros.

Las consecuencias que se producen pueden ser: ansiedad, depresión, temor, agresividad, irritabilidad, resentimiento, inseguridad, inestabilidad,

dependencia, enfermedades psicosomáticas, pérdidas de autoestima, abuso de alcohol y drogas, intentos de suicidio, accidentes en el trabajo o labor que desempeñe.

VIOLENCIA SEXUAL.

Se considera violencia sexual todo maltrato que constituya imposición en el ejercicio de la sexualidad de una persona, y que la obligue a tener relaciones u otras prácticas sexuales con el agresor o con terceros, mediante el uso de la fuerza física, amenazas o cualquier otro medio coercitivo.

Es obligar a la víctima a tener relaciones sexuales utilizando la fuerza o el chantaje y desprecio de la capacidad sexual.

Las víctimas agredidas viven una sexualidad para los demás, en donde su placer no existe o está muy mezclado con sentimientos de culpabilidad, lo que les conduce a rechazar su cuerpo y su sentir.

2.6. EFECTOS

El juzgamiento por las infracciones previstas en la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia les corresponde a Las Unidades Judiciales de violencia intrafamiliar y donde no exista esta autoridad a los/las Intendentes de Policía, Subintendentes, Comisarias/os de Policía y Tenientes/as Políticas, los cuales existen a nivel nacional y la competencia estará determinada por el lugar de comisión de la infracción o el domicilio de la víctima.

Estos espacios de administración de justicia tienen la obligación de:

Receptar una denuncia o demanda por violencia intrafamiliar

Otorgar en forma inmediata las medidas de amparo que el caso amerite y que se refieren a:

1.- Conceder las boletas de auxilio que fueren necesarias a la mujer o demás miembros del núcleo familiar;

2.- Ordenar la salida del agresor de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física, psíquica o la libertad sexual de la familia;

3.- Imponer al agresor la prohibición de acercarse a la agredida en su lugar de trabajo, o estudio;

4.- Prohibir o restringir al agresor el acceso a la persona violentada;

5.-Evitar que el agresor, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima o algún miembro de su familia;

6.- Reintegrar al domicilio a la persona agredida disponiendo la salida simultánea del agresor, cuando se tratara de una vivienda común, impidiéndole que retire los enseres de uso de la familia;

7.- Otorgar la custodia de la víctima menor de edad o incapaz a persona idónea siguiendo lo dispuesto en el Art. No. 107, regla 6ª. Del Código Civil y las disposiciones del Código de Menores; y,

8.- Ordenar el tratamiento al que deben someterse las partes y los hijos menores de edad si fuere el caso.

En las Unidades Judiciales de violencia intrafamiliar, cuando se presenta un caso de violencia, éste se lo trámite de acuerdo al tipo de contravención, sea éste en materia Penal o Ley Especial (Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia).

El Código Penal, Libro III clasifica las contravenciones y para los casos de violencia intrafamiliar los enmarca dentro de las contravenciones de tercera y cuarta clase, y las sanciones de acuerdo a la gravedad, así:

- De prisión de 2 a 4 días y multa de \$ 7,00 a \$ 14,00 (Contravención de 3era clase)
- De prisión de 5 a 30 días y multa de \$ 14,00 a \$ 28,00 (Contravención de 4ta. clase)

En Ley Especial (Ley 103) se establece la sanción al agresor con el pago de la indemnización de daños y perjuicios de 1 a 15 salarios mínimos vitales dependiendo de la gravedad del caso.

En caso de incumplimiento al pago de la indemnización de daños y perjuicios se aplican las medidas de apremio contempladas en el Código de Procedimiento Civil (apremio real o personal), de cumplirse con esta resolución se tienen las condiciones para que la obligación sea ejecutiva (Juicio Ejecutivo).

La conveniencia de regular jurídicamente la violencia familiar se fundamenta en la necesidad de encontrar mecanismos para proteger los derechos fundamentales de los integrantes del grupo familiar frente a los cotidianos maltratos, insultos, humillaciones y agresiones sexuales que se producen en el ámbito de las relaciones familiares. Si bien es cierto que las manifestaciones de violencia familiar no se producen exclusivamente contra las mujeres, son éstas

a los largo de su ciclo vital- las afectadas con mayor frecuencia. De este modo, la casa constituye un espacio de alto riesgo para la integridad de mujeres y niños, derivándose de ahí precisamente la denominación de violencia doméstica o familiar.

Resulta evidente, sin embargo, que el agente de la violencia no se limita siempre a dichos espacios; encontramos casos de agresiones en las calles, los centros de estudio y/o trabajo y en general los espacios frecuentados por las víctimas.

De otro lado, para interferirnos a mecanismos legales de protección frente a la violencia intrafamiliar es importante precisar primero dos conceptos: (i) ¿cuáles son los componentes de todo aquello que calificamos como mecanismo legal o, de manera más amplia, el sistema jurídico?, y (ii) ¿a qué acudimos cuando hablamos de violencia intrafamiliar?

CAPITULO III

3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA.

La Constitución de Montecristi declara en su artículo primero “El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos”. La pregunta salta de inmediato, ¿por qué se incluye tal definición en el artículo sobre la naturaleza del Estado, dejando de lado la definición de 1998 del “Estado de derecho”? Parecería que se intenta superar la noción del Estado de Derecho, que tiene la connotación de que la sociedad se rige por el derecho vigente. La nueva definición coloca directamente lo “constitucional” como centro del acuerdo jurídico político de la sociedad y única inmediatamente “de derechos”, en plural que supone que el Estado es garante de ellos. En suma, se trata de dar más fuerza a la relación entre sociedad y Estado y a la vez profundizar la vigencia y garantía de derechos.

Un análisis objetivo del proyecto de Constitución debe partir del contraste entre el pasado, que para estos efectos constituye la Constitución de 1998, y la posibilidad de futuro que abre el proyecto de Constitución elaborada por la Asamblea Constituyente desarrollada entre diciembre del 2007 y julio del 2008 en Montecristi, Provincia de Manabí. La nueva Constitución de Montecristi: ¿mantiene, mejora y amplía los derechos de la Constitución del 1998? ¿Crea o no mecanismos de garantía y exigibilidad de nuestros derechos?

Una de las críticas más certeras que ha recibido la Constitución de 1998, fue la de que era prolífica en la parte dogmática, la de derechos, e indolente en la parte orgánica, que no establecía los mecanismos institucionales para el cumplimiento de esos derechos. Efectivamente, la Constitución del 98 enuncia y describe un importante conjunto de derechos clasificados en derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; y colectivos, sin embargo no se

establecen mecanismos para garantizar su efectivo cumplimiento ni prescripciones redistributivas, por el contrario deja abierta la puerta a la privatización de la seguridad social, la salud, la educación. En definitiva, los derechos son enunciados sin garantías de mecanismos claros, explícitos, operativos para su aplicación.

El mandato del Estatuto de Convocatoria a la Asamblea Constituyente aprobado en el referéndum del 15 de abril establecía que en su trabajo de elaboración de la nueva Constitución la Asamblea debía profundizar en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas contenidos en la Constitución vigente.

En la Constitución de Montecristi, 73 de los 444 artículos están dedicados a exponer lo que ya ha sido calificado como el catálogo más importante de derechos del mundo¹; y 152 artículos dirigidos a garantizarlos. Más de la mitad de la Constitución elaborada en el cerro Centinela, es un pacto de la sociedad para garantizar derechos, fuente de la nueva naturaleza del “Estado constitucional de derechos”.

Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos y la naturaleza son titulares y gozarán de los derechos garantizados y reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales². En la Constitución del 98, los titulares de derechos son las personas, los pueblos y las autodenominadas nacionalidades indígenas. En los principios³ de aplicación de los derechos se consagran el de ejercicio y exigibilidad, de igualdad en la diversidad y no discriminación, de aplicabilidad directa, de no restricción de derechos, pro ser humano, de integralidad, de cláusula abierta, de progresividad, de responsabilidad del Estado.

Una de las innovaciones que presenta el proyecto de nueva Constitución es la clasificación de los derechos, que se aparta de la clasificación clásica que

conocemos de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) que se reemplaza por los derechos del “Buen Vivir”; los derechos civiles son ahora los “derechos de libertad”, los derechos colectivos por los “derechos de los pueblos”, los derechos políticos por los “derechos de participación”, los derechos del debido proceso por los “derechos de protección”; y los derechos de los grupos vulnerables por los derechos de las personas y los grupos de atención prioritaria. Esta nueva forma de clasificación que no solo es innovadora sino audaz, aporta a una comprensión más cotidiana y directa que permitirá a las personas identificar claramente el sentido esencial de cada derecho.

En los Derechos del Buen Vivir, identificados y descritos en estricto orden alfabético, encontramos en primer lugar a los nuevos derechos al agua y a la alimentación; y luego el derecho al ambiente sano (que también lo podemos encontrar también entre los derechos de libertad, reforzando su sobre dimensión de derecho individual y colectivo); el derecho a la comunicación e información; el derecho a la cultura y la ciencia; el derecho a la educación; al hábitat y vivienda; el derecho a la Salud; y finalmente el derecho al trabajo y seguridad social.

Entre los Derechos de las Personas y Grupos de Atención Prioritaria⁴, tenemos a los derechos de las personas adultas y adultos mayores, los jóvenes, derechos de movilidad humana, mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de libertad, personas usuarias y consumidoras. Si bien la Constitución del 98 señala como grupos de atención prioritaria a los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, para personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas, las de la tercera edad y las víctimas de violencia doméstica o desastres naturales; ya en los artículos encontramos desarrollados solo los derechos de los niños y adolescentes⁵, los que las personas con discapacidad y tercera edad en un

artículo cada uno, y nada sobre mujeres embarazadas, víctimas de violencia o enfermedades catastróficas.

El capítulo de los Derechos de las Comunidades, Pueblo y Nacionalidades, mantiene y amplía los derechos colectivos⁶ de los pueblos indígenas que ya constaban en la Constitución del 98; desarrolla un concepto más amplio de derechos colectivos para el pueblo afro ecuatoriano e incorpora como sujeto de derechos, en los que sea aplicable, al pueblo montubio. El artículo 56 incluye como titulares de los derechos de los pueblos a las comunidades, al pueblo montubio a las comunas.

Los Derechos de Participación, que reemplazan a los conocidos como derechos políticos, consagran los derechos a: elegir y ser elegidos, participar en los asuntos públicos, presentar proyectos de iniciativa popular normativa, ser consultados, fiscalizar los actores del poder público, recovar el mandato de todos los cargos de elección popular, desempeñar cargos públicos, conformar partidos y movimientos políticos; las reglas para el ejercicio del derecho al voto; la representación paritaria de mujeres y hombres de forma alternada y secuencial. Las novedades son el derecho al voto para los extranjeros, el voto facultativo para las personas entre 16 y 18 años, para las personas ecuatorianas que viven en el exterior y para los integrantes de las fuerzas armadas y policía nacional.

Los Derechos de Libertad, antes conocidos como derechos civiles, reconocen y garantizan la inviolabilidad de la vida, el derecho a una vida digna, la integridad personal, la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de opinión y expresión del pensamiento, el derecho a la rectificación de afirmaciones inexactas en los medios de comunicación, la libertad de conciencia y de religión, el derecho a tomar decisiones libres sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida

reproductiva, la reserva sobre sus convicciones, la objeción de conciencia, el derecho a asociarse en forma libre y voluntaria, a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, la libertad de iniciativa económica, libertad de trabajo, el derecho al honor y al buen nombre, a la protección de datos de carácter personal, a la intimidad personal y familiar; a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia, a la inviolabilidad de domicilio, el derecho a dirigir quejas y peticiones, a participar en la vida cultural de la comunidad, a disponer de bienes y servicios de calidad, a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental, a vivir en un ambiente sano y el derecho a la identidad. Entre los Derechos de Libertad también se incluyen los artículos referentes a los distintos tipos de familias, la definición de matrimonio, de unión de hecho y las normas de protección de los derechos de los integrantes de la familia.

Los Derechos de la Naturaleza⁷, que son toda una novedad en el constitucionalismo mundial, desarrollan los derechos que tendrá la naturaleza en el territorio ecuatoriano, a partir de la aprobación de la Constitución de Montecristi. Estos son: respecto integral a su existencia, al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura y procesos evolutivos; derechos a su restauración y a la aplicación de medidas de precaución y restricción de actividades que puedan conducir a la destrucción de ecosistemas o alterar permanentemente sus ciclos naturales.

En los Derechos de Protección⁸ se incluyen las normas del debido proceso, divididas en dos artículos, el 76 que contiene las normas garantías generales de todo proceso y las relativas al proceso penal en el artículo 77. El principal cambio respecto del 98 está en el artículo 76, que da inicio al capítulo al capítulo octavo de los derechos de protección: “toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia”. Otras innovaciones que encontramos en este apartado son, el derecho de las víctimas de delitos a contar con protección

especial y que se garantice su no revictimización; y la prohibición de extradición de ecuatorianos.

Finalmente, un nuevo derecho que encontramos en los textos sobre participación, que de seguro será objetivo de análisis, es el Derecho a la Resistencia⁹. La nueva Constitución contiene un título completo sobre distintos tipos de garantía constituciones, a diferencia de la del 98 que solo desarrollaba las garantías jurisdiccionales. De tal forma que la constitución consagra garantías normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales¹⁰.

Para complementar el esquema garantista que presenta la propuesta de Constitución, en la parte orgánica se establece un sistema de inclusión y equidad social, como el mecanismo institucional para efectivizar los derechos; y entre las garantías de los principales derechos del buen vivir se incluyen al acceso universal y gratuito a la salud y la educación; la universalización de la seguridad social, la garantía de la soberanía alimentaria como el mecanismo para efectivizar el derechos a la alimentación, entre otras muchas garantías especificar que obligarán constitucionalmente a la sociedad al cumplimiento de los derechos, a la vigencia de un Estado Constitucional de derechos y justicia, que tiene como primer deber¹¹ la garantía del goce efectivo de los derechos de todos los habitantes del Ecuador.

3.2. DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS PERSONAS.

Cuando hablamos de la titularidad de los derechos el pensamiento jurídico tradicional nos enseña que cada persona es titular de derechos individuales y por tanto frente a una vulneración de derechos las acciones a tomar únicamente puede ejercerlas quien haya sido directamente afectado, también frente al reconocimiento de derechos colectivos, si bien pueden ser reclamados tienen el límite en que requieren de la justificación de la legitimación activa para

ser reclamados; no obstante en el ordenamiento jurídico ecuatoriano apreciamos que frente a vulneraciones de derechos en materia penal cualquier persona debe denunciar tales hechos, teniendo no únicamente una facultad sino la obligación de hacerlo; cuando las personas afectadas reclaman el ejercicio, reconocimiento o reparación de sus derechos lo hacen empleando mecanismos de protección de derechos como lo son las acciones de orden legal (demandas: prescripción adquisitiva de dominio, alimentos, indemnizaciones laborales, etc.) y constitucional (acción de protección, habeas corpus, hábeas data, etc.) tales mecanismos constituyen garantías para el ejercicio de los derechos. En el tema que nos ocupa estudiaremos las garantías constitucionales, los derechos que se protegen a través de aquellas y quienes son titulares de los derechos protegidos por esas garantías para que puedan efectivizarlas.

Al ser la Constitución Ecuatoriana del 2008 una constitución estrictamente garantista de los derechos, su aplicación se rige por una serie de principios que presten toda posibilidad para su ejercicio, es así que el artículo 10 de la Carta Magna establece como principio de aplicación de los derechos que “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades, y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la constitución”. Por efectos de esta disposición encontramos que la titularidad de los derechos es amplia, y su ejercicio será en la medida del reconocimiento constitucional, sin embargo –a modo de adelanto- veremos que los derechos al ser exigibles por todos, la titularidad para ejercerlos se posibilita a través de la actio popularis, que se manifiesta en la posibilidad de que cualquier persona puede reclamar por la plena vigencia de los derechos.

La constitución vigente del Ecuador regula en su Título III las Garantías Constitucionales, comprendidas entre los artículos 84 y 94 tales garantías son: Garantías Normativas previstas en el capítulo primero; Políticas Públicas,

servicios públicos y participación ciudadana, en el capítulo segundo; y, Garantías Jurisdiccionales en el capítulo tercero, regulada en siete secciones con disposiciones generales y preceptos respecto de las acciones de protección, de hábeas corpus, de acceso a la información pública, de hábeas data, por incumplimiento, y acción extraordinaria de protección.

Es menester destacar la clasificación de las garantías constitucionales ya que suelen ser confundidas con las garantías jurisdiccionales que son parte integrante de aquellas y no su categoría única.

Corresponde entonces examinar la titularidad de los derechos en cada categoría de garantía constitucional, su relación con la doctrina y los objetivos que se proyectan con las mismas.

La Constitución del 2008 del Ecuador en el artículo 84 reconoce las garantías normativas y dispone “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.” La existencia de esta garantía manda a todos los órganos con competencia para emitir normas de índole legal, estatutarias, reglamentarias, a nivel de ordenanzas, etc., a que dichas normas no sean restrictivas de los derechos fundamentales, de tal suerte que el ordenamiento jurídico ecuatoriano goce de validez. Es tan trascendente el contenido de esta garantía que ni el poder más alto y temporal del Estado como el constituyente puede disminuir los derechos constitucionales, la regresión de los derechos queda proscrita con esta disposición, comprende por tanto una cláusula de intangibilidad y un

elemento de rigidez constitucional. El destinatario en este caso es el Estado, y ante la falla de esta garantía la titularidad del derecho radica en cualquier habitante de la república, por tanto, frente a una norma cuyo contenido sea inválido o contrario a la Constitución la Acción de Inconstitucionalidad radica en cualquier persona, para sacar del ordenamiento jurídico tal disposición.

Por otra parte tenemos la Garantía Constitucional de Políticas Públicas, servicios públicos y participación ciudadana previstos por el artículo 85 de la Constitución vigente, regulado de la siguiente forma: “La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.
2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.
3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.” Nuevamente encontramos al Estado como el destinatario de esta garantía, pues el Estado en todo el proceso de

creación y ejecución de la política pública debe garantizar que la misma sea un mecanismo para el ejercicio de los derechos constitucionales; la validez aquí se encuentra condicionada también la forma de producción, de tal manera que en el proceso de adopción de la política pública debe asegurarse la participación de la ciudadanía para que la política goce de validez y de legitimidad. La acción a seguir en contra de las políticas públicas será variable en función de los alcances de la misma, mientras que la titularidad del derecho de accionar es *actio popularis*, es así que frente a políticas públicas que se expresan en actos administrativos cuyos efectos sean generales cualquier persona puede plantear una acción de inconstitucionalidad, cuya forma y efectos están previstos en el artículo 436 numeral 4 de la constitución; entre tanto que aquellas políticas públicas inválidas que surtan efectos respecto los administrados (ciudadanos) son susceptibles de ser accionadas por mecanismos jurisdiccionales como la acción de protección.

Hecho el análisis normativo, procedo a encasillar la ubicación que tienen en común las garantías normativas y las de Políticas Públicas, servicios públicos y participación ciudadana en la doctrina, para diferenciarlas al mismo tiempo de las garantías jurisdiccionales

Doctrinariamente las garantías se clasifican en primarias y secundarias[1], las primarias apuntan al respeto de los derechos constitucionales por parte del Estado y de los particulares, según la clasificación de garantías constitucionales de nuestra constitución podemos afirmar que se tratan de garantías primarias las Garantías normativas y las Políticas Públicas, servicios públicos y participación ciudadana; por otra parte las garantías secundarias apuntan a resarcir los daños causados por la vulneración de los derechos, es así que cuando fallan las garantías primarias, confluyen en su auxilio las garantías secundarias para la plena vigencia de los derechos.

Según Claudia Storini, las garantías en relación a su naturaleza pueden catalogarse en dos grandes grupos “En el primero se inscriben todos aquellos que atienden, en abstracto, a evitar que la actuación de los poderes públicos puedan causar un desconocimiento o vulneración de los derechos fundamentales, o en un menoscabo del contenido mínimo que la norma constitucional atribuye a dichos derechos. En razón de este carácter general y abstracto, estos mecanismos se han denominado garantías genéricas, abstractas o normativas. Su finalidad fundamental es evitar que las normas de rango inferior a la constitución que desarrollan los derechos fundamentales despojen a éstos del contenido y de la eficacia que la Constitución le ha otorgado. Se trata de normas cuyo destinatario no es el individuo, sino los poderes públicos, aunque el individuo puede utilizarlas o invocarlas si conviene a sus derechos.

En el segundo grupo se inscriben mecanismos que tienen un carácter distinto y que podría definirse como reactivo, esto es, mecanismos que se ofrecen al ciudadano para que, en cada caso singular en el que este último considere que se haya producido una vulneración de un derecho pueda acudir a ellos y obtener su restablecimiento o preservación. Su objeto, no es, por tanto, prevenir una eventual actuación de los poderes públicos que, con carácter general, intente menoscabar la eficacia o alcance de los derechos fundamentales, sino ofrecer a cada ciudadano la posibilidad de reaccionar frente a las vulneraciones de sus propios derechos. En el Estado de derecho esta reacción normalmente tiene lugar instando la actuación de los órganos judiciales, y por ello los instrumentos que la posibilitan se agrupan bajo la denominación de garantías jurisdiccionales o procesales específicas”

La cita si bien es larga, es necesaria en virtud de que nos permite apreciar con toda claridad las diferencias entre las garantías primarias según Ferrajoli, o Genéricas y Abstractas según Storini de las garantías secundarias (Ferrajoli) o Jurisdiccionales (Storini). Por su parte Carl Schmit considera una tercera

categoría de garantías que serían las Garantías Institucionales, caracterizadas por la especificidad del órgano estatal llamado a garantizar los derechos, sin embargo no haremos mayor énfasis en las mismas, pues al considerar que los órganos forman parte del Estado, entonces se ajustan a la primera categorización, es decir a las garantías primarias.

Como una suerte de garantía mixta cabe destacar a las Medidas Cautelares, aquellas están reconocidas en la Constitución del 2008 en el artículo 87, caracterizadas por su inmediatez sirven para evitar la vulneración de un derecho cuando es amenazado, circunstancia que le hace tener la propiedad de ser garantía primaria; y, por otra parte puede hacer cesar directamente la vulneración del derecho invocado, situación que lo caracteriza como garantía secundaria, de ahí la afirmación que se trata de una garantía mixta. De la misma forma, la titularidad para ejercerlas es amplia (*actio popularis*).

Respecto de las garantías jurisdiccionales, éstas se encuentran reguladas entre los artículos 88 y 94 y son: Acción de Protección, Acción de Hábeas Corpus, Acción de Acceso a la Información Pública, Acción de Hábeas Data, Acción por Incumplimiento, y Acción Extraordinaria de Protección. La titularidad de los derechos para su ejercicio es amplia y a diferencia de la Constitución del Ecuador del año 1998, cualquier persona, grupo de personas, comunidad pueblo o nacionalidad puede ejercerlas, se destaca la existencia de la *Actio Popularis* de manera específica para estas garantías jurisdiccionales en el art. 86 numeral 1 de la Constitución.

Finalmente es preciso destacar la titularidad sobre los derechos de la naturaleza, misma que en relación a las garantías constitucionales estudiadas a lo largo de este ensayo debe ser protegida por la ciudadanía ecuatoriana en los términos del artículo 10 de la ley suprema, es decir por todos.

3.3. EL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA.

Desde la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se ha reconocido, acertadamente, el carácter de derecho humano del debido proceso. A ello se suma que la mayoría de los instrumentos internacionales y cartas políticas de los Estados lo consideran así, en la actualidad.

Pero ¿qué tipo de derecho subjetivo es el debido proceso?

El profesor Reynaldo Bustamante Alarcón nos dice que es un derecho de carácter instrumental, y da la noción de que las garantías del debido proceso son también son derechos subjetivos que cumplen la función de impedir que “los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso”

EL DEBIDO PROCESO ES UN DERECHO:

1.- Público: pues implica una prerrogativa con respecto al Estado;

Extramatrimonial: pues no tiene una utilidad económica inmediata, no siendo valorable en dinero.

2.- Relativo: pues está limitado a una persona en particular un sujeto pasivo determinado, únicamente el Estado y sus órganos y agentes que manifiestan su voluntad;

3.- Originario: pues, sin perjuicio de caer en razonamientos filosóficos, aparte de ser uno de las causas principales de los hombres el unirse en sociedad, para la protección de sus derechos, por lo cual es evidente que ésta sea su

prerrogativa, pertenece a toda persona independientemente de su actividad dirigida a adquirirlo;

4.- Intransmisible e intransferible: pues al pertenecer a cada persona no se ve la necesidad de que se traspase a otra persona, además de que por el hecho de ser un derecho humano y personalísimo por tanto se encuentra en esta categoría;

5.- Puro y simple: pues su goce no está sujeto a modalidad alguna, sino que constituye un derecho de los individuos y una obligación del Estado y los particulares.

El debido proceso es un derecho fundamental que a su vez engloba una serie de garantías, que deben respetarse en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de las personas.

El proyecto tiene como finalidad realizar un breve análisis de cada una de las garantías del debido proceso establecidas en el actual Código Político. En la ejecución de la investigación, al examinar las diferencias entre las garantías del debido proceso en la Constitución vigente con la de 1998, se establecen las incidencias de dichos cambios, a través de las consideraciones de profesionales del Derecho de la localidad.

La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No se trata solamente de poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento porque lo protegible va más allá, es el proceso ecuánime, para ello se deben respetar los principios de publicidad, imparcialidad, entre otros y lo que es más importante: el derecho mismo. Como resultado de la investigación se consigue tener una idea más precisa sobre el debido proceso y asimismo un contenido acertado de cada una de sus garantías establecidas en la actual Constitución.

3.4. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO DE PROTECCIÓN.

El debido proceso es una “Institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones justificadas oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos” Constituye un principio jurídico procesal que tiene por objeto garantizar los derechos humanos fundamentales tanto del individuo como de la sociedad, frenando de esta manera la arbitrariedad y el abuso del poder estatal y de la administración de justicia. Establece una serie de reglas a observarse para el desarrollo de un proceso justo que conduzca a proteger al inocente mediante la búsqueda de la verdad.

Entonces, el Debido Proceso Legal es la institución del Derecho Constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad en el trascurso del proceso penal y su resultado. “El concepto de Debido Proceso presupone el derecho de toda persona a recurrir al juez, mediante un proceso en el que se respeten todas las garantías, con el fin de obtener una resolución motivada, que sea conforme a derecho” Bajo estas circunstancias, el debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso penal, y a la vez le permite tener oportunidad de ser oído, a no ser incomunicado y hacer valer sus pretensiones frente al juez unipersonal o

pluripersonal. Es decir es un derecho fundamental que, el Estado está obligado a propugnar y asegurar que todas las personas gocen de este derecho.

La esencia de un Debido Proceso radica en que se respeten los preceptos legales que asisten a un individuo sometido a un proceso, por tal razón dichas normas deben ir encaminadas a garantizar a ese ciudadano su dignidad humana. Nuestros legisladores han establecido los derechos de los procesados tratando de evitar con ellos que se cometan arbitrariedades o abusos de parte de las autoridades.

El debido proceso como derecho exigible en el marco de los procesos previstos para la protección de los derechos fundamentales, resalta de modo particular que las víctimas también tienen derecho a obtener protección judicial de conformidad con el debido proceso legal, lo cual presupone indudablemente el establecimiento de un principio de bilateralidad en el goce del derecho al debido proceso. En tal virtud, del debido proceso emerge una dicótoma protección, por un lado es una garantía básica que va dirigida a garantizar al justiciable sus derechos en el transcurso del procedimiento penal, y por otro lado se afina un importante amparo sobre los derechos de las víctimas que de acuerdo con las tendencias modernas del derecho procesal penal, también interviene en el mismo.

Como se puede apreciar, el debido proceso y sus garantías nos explican e ilustra diciéndonos que, para cada caso hay un camino que se debe seguir o que para cada trámite hay un procedimiento que se debe cumplir, es decir que, para cada acción y para cada juicio hay un proceso que obligatoriamente debe cumplirse. Para ello es preciso contar con normas claras, factibles, equilibradas, justas y que el ciudadano común pueda entender, sin la necesidad de asesoramiento alguno.

Los principios generales que en nuestro texto constitucional se recogen, establecen que le corresponde al Estado el deber de respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza la Constitución. Se estipula la igualdad de toda persona ante la ley, la aplicación directa de los derechos y garantías, la interpretación más favorable a la vigencia de los derechos, la disposición de que los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, la reparación a la violación de los derechos, la responsabilidad del Estado ante la detención arbitraria, el error judicial, el retardo injustificado en la administración de justicia, la prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, y toda violación de principios y reglas procesales.

El debido proceso en nuestra Constitución de la República del Ecuador, se encuentra consagrado en los Art. 76 y 77 respectivamente, en los cuales se establecen las pautas normativas a seguirse en todo proceso y que a manera de resumen se los puede esbozar de la siguiente forma.

3.5. LA CELERIDAD PROCESAL.

El artículo 1 de la Constitución del 2008, dice 'límpicamente': "El Ecuador es un estado constitucional de derechos y de justicia" ¡qué bonito! El artículo 169 del mismo cuerpo legal dice: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará a la justicia por la sola omisión de formalidades". El artículo 172 de la Carta Magna, refiere que: "Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y a los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en

los procesos de administración de justicia. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”. Pese al esfuerzo que hacen los integrantes del Consejo de la Judicatura Transitorio en el País, es lamentable que en la práctica pre procesal y procesal diaria, todo lo indicado, sea letra muerta por la negligencia de unos pocos... Olvidándose que: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico”... Existen en el Ecuador miles de causas abandonadas por falta de celeridad procesal.

CAPITULO IV

4.1. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL ECUADOR.

Ni siquiera las reformas al Sistema Judicial contempladas en la nueva Constitución, menos aún la rebaja del monto de las contravenciones, ni el endurecimiento de penas modificarán falencias en la administración de justicia en el Ecuador. Si no se impone un cambio esencial en la administración de justicia, las reformas servirán apenas para aumentar el precio de la impunidad de los delincuentes. Ni los cambios que contempla el proyecto de reformas al Sistema Penal del Ministerio de Justicia, cuyo cuerpo legal unifica reformas al Código de Procedimiento Penal, Código Penal y Código de Ejecución de Penas, modificarán falencias en el sistema de administración de justicia mientras en el Poder Judicial se mantengan jueces venales, el Ministerio cuente con fiscales poco preparados y una Policía Nacional muy criticada por la ciudadanía. Simplemente, los que violan la ley requerirán mayor esfuerzo y presión de las personas que desde el poder o desde las mafias los apadrinan.

Por ello, los expertos aconsejan hacer cambios no en la Ley sino en las personas, para que no se repita la oscura noche del febreorderato, cuando abogados opositores al régimen soportaron el rigor de los jueces y magistrados del PSC, que en vez de dar ejemplo vulneraban normativas avalando la desidia judicial, fiscal y policial, con jueces que no despachan, abogados que entorpecen los procesos y delincuentes que beben cloro para no acudir a las audiencias o simplemente ser beneficiarios de una insólita cooperativa que les facilita dinero. El asambleísta Andrés Páez presenta una estadística escalofriante que involucra a la Defensoría Pública Penal que ha liberado a 66 personas acusadas de asesinato, 5 por enriquecimiento ilícito, 92 por estafa, 72 por homicidio, 9 por peculado, 313 por robo sentenciado, 1.601 por robo calificado, 364 por tenencia de armas, 82 por tentativa de asesinato, 303 por

secuestro, 120 por violación. En delito flagrante, a 2 por peculado, a 5 por plagio, 99 por tenencia de armas, 27 por violación. En tanto decenas de presos se pudren en las cárceles por robo de una funda de manzanas. El problema se vuelve estructural si la lucha no es contra simples ladronzuelos sino contra el crimen organizado transnacional mejor armado y equipado que las fuerzas del orden, y que al momento es empujado por el Plan Colombia o por operaciones contra los cárteles mejicanos cuyos miembros no se repliegan hacia la frontera Norte sino hacia el Sur... lo que le vuelve no un problema de penas sino un problema estructural de tráfico de armas, drogas y personas.

La Asamblea Nacional que hoy día debate el tema, deberá presionar al Consejo de Judicatura y tramitar reformas para impedir que los jueces y fiscales valiéndose de pretextos aleguen que el problema es la Ley, cuando en realidad el principal problema son ellos mismos, es decir se necesita depurar la Función Judicial, al igual que el Sistema Penitenciario para que cumpla su función rehabilitadora. De su parte, la ciudadanía deberá organizarse conociendo a los vecinos, teniendo calles limpias e iluminadas, dejando de comprar cosas robadas.

Los principios en materia de justicia para lograr una pluralidad justa y que satisfaga a sus conciudadanos o litigantes en un determinado asunto que corresponde solucionar por medio de los administradores de la justicia deben estar en estrecha relación y apegados a los principios de las normas de derechos humanos, constituidos en nuestra carta política del Ecuador, así como de tratados con países amigos y del derecho internacional. En conformidad con nuestra constitución interna que es la que debe regular y proteger de forma general a cada uno de sus cuídanos y allegados o de tránsito en el Ecuador, sin contemplar sus condiciones sean política de religión raza y etnia social.

4.2. ANTECEDENTES.

El poder que tienen los jueces en un Estado es enorme. Un juez es capaz de anular cualquier acto de la Administración Pública. La Corte Constitucional puede invalidar una ley de la Asamblea, vetar consultas populares o tratados internacionales. Los jueces penales pueden disponer de la libertad de cualquier ser humano y los de familia pueden llegar a quitarle los hijos a sus padres. Por eso, la justicia siempre ha sido apetecida por cualquier grupo de poder, sea político, empresarial, sindical o cualquier otro. ¿Por qué los jueces tienen tanto poder? Porque, se supone, su función es proteger los derechos de los ciudadanos, cuya defensa es “el más alto deber” del Estado, según el artículo 11 de la Constitución. Por eso un juez, para salvaguardar los derechos de una persona, se erige por encima de cualquier otro funcionario, aunque sea de elección popular, incluyendo al mismísimo Presidente de la República.

Ahora bien, para que la justicia sirva como barrera entre el poder estatal y los derechos de las personas, hay un requisito indispensable: que sea imparcial e independiente. ¿Qué ocurre hoy en Ecuador? La justicia ha sido secuestrada por el Ejecutivo para desnaturalizar su función más básica. En vez de ser la justicia un escudo de defensa para el ciudadano, hoy se ha convertido en un arma más del poder político. El resultado, desde que se anunció la consulta popular, se veía venir: la justicia ha pasado a ser un instrumento de persecución política, donde no se decide con ley en mano, sino con el movimiento del pulgar de quien controla a los jueces, como en los buenos tiempos de las viejas monarquías absolutas.

El problema es mucho más grave que cualquier proceso anterior de politización del sistema judicial. Me refiero al caso socialcristiano. Todos sabemos que el partido de León Febres Cordero controlaba los tribunales. Su influencia en la corte de Guayaquil era temible y su botín más apetecido era la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, desde la cual León pudo perseguir y condenar al

exilio a sus enemigos políticos. Pero hay grandes diferencias entre la justicia socialcristiana y la justicia en los tiempos de la Revolución Ciudadana. Febres Cordero dominó las cortes cuando ya no era presidente. Su influencia era tras bastidores, no institucionalizada, y además no era absoluta.

En cambio, PAIS maneja hoy las cortes mientras controla, al mismo tiempo, todas las demás funciones del Estado, y su gobierno judicial está formalmente institucionalizado, a través de una designación (legal) de los vocales del Consejo de la Judicatura, quienes ejercen una potestad (legal) para nombrar, disciplinar y destituir a todos los jueces del Ecuador. Repito: a todos. Si sumamos a ello que PAIS también tiene mayoría en la actual Corte Constitucional y en la comisión que va a designar a la nueva, es fácil concluir que hoy, salvo casos personales aislados, no existe ni un atisbo de independencia en la administración de justicia del Ecuador.

La situación es terrible y nos lleva a admitir que Ecuador hoy no es una república, pues no existe división de poderes. Su sistema estatal es más cercano al de las dictaduras o, mejor dicho, al de los gobiernos totalitarios, donde la totalidad del poder político está concentrada en una sola persona o grupo. Estamos en las antípodas de una república democrática. María Paula Romo —una de las primeras impulsoras de la Revolución Ciudadana, que ilusamente pensó que se podía crear instituciones aniquilando toda la institucionalidad previa— hace poco admitió que era mejor un Tribunal Electoral antes repartido entre los distintos partidos que un Consejo Nacional Electoral hoy controlado por uno solo. Su lectura se puede extender a todos los demás ámbitos del Estado y particularmente a la función judicial: era mejor una justicia parcialmente politizada a una justicia hoy absolutamente sometida a Alianza País.

Sin embargo, alguno dirá: ¿de qué sirve ser o no república, si al fin y al cabo hoy nos gusta más este gobierno, que es popular, hace obras y ha aumentado

sustancialmente la inversión social? ¿Eso de ser “república” o “democracia” no es algo etéreo que han inventado los intelectuales? Para responder, pongamos los pies en la tierra y citemos ejemplos concretos sobre los efectos devastadores de manipular la justicia como arma del poder.

En la publicación *Leviatán Judicial*, el profesor Jorge Zavala Egas ha recopilado una serie de resoluciones judiciales que demuestran el actual servilismo de los jueces al gobierno. Entre ellas, hay una especialmente grave: el Consejo de la Judicatura de Transición, nombrado por PAIS, ha prohibido mediante un instructivo (!) que los jueces admitan acciones de protección contra el Ejecutivo. ¿Qué son las acciones de protección? Son garantías que la Constitución prevé para que una persona pida la reparación de un derecho humano que ha sido violado.

Decir que no se pueden admitir contra el Estado implica derogar la existencia misma de las acciones de protección y sentar que, si el Estado hoy viola un derecho fundamental de un ciudadano, en Ecuador no existe ningún mecanismo jurídico para defenderlo ante un tribunal, lo cual viola los principios más elementales de acceso a la justicia en el derecho internacional.

4.3. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA JUSTICIA.

La tradición jurídica y política del Estado ecuatoriano, ha demostrado desde el inicio de su vida republicana, una indeclinable decisión por definirse y constituirse como un Estado de Derecho, fundamentado en la doctrina liberal.

En esta constante búsqueda de la consolidación de un verdadero “Estado de Derecho”, se promulgaron desde 1830 hasta 1998, diecisiete “nuevas constituciones”, las cuales definieron invariablemente al Ecuador como un Estado republicano, independiente, unitario, libre, democrático, con régimen de

gobierno presidencialista, alternativo y responsable. La ideología liberal ha estado presente en todas aquellas constituciones, la cual ha distribuido el poder del Estado de acuerdo a la clásica división. No obstante la reiterada recurrencia a los fundamentos liberales, el Ecuador no había podido concretar hasta 1998, la institucionalidad ni la institucionalización que garantizara efectivamente los derechos de los ciudadanos, y que les asegurara a éstos la certidumbre e imparcialidad institucional, la independencia de poderes, especialmente la del poder judicial respecto de los poderes ejecutivo y legislativo. Por el contrario, las diecisiete constituciones fueron igual número de intentos de la sociedad ecuatoriana para establecer y consolidar el Estado de Derecho.

Por enésima vez, en agosto de 1998, se promulga oficialmente una “nueva constitución”, la cual no será la última. En esta nueva Constitución se define al Ecuador como un “estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico”. Lo novedoso de esta Constitución es que por primera vez el Estado ecuatoriano sufre una transformación radical en el plano ideológico; pasa de Estado nacional a Estado pluricultural y multiétnico –vale decir Estado plurinacional-.

Es en esta Constitución en la que por primera vez también, a través del reconocimiento de uno de los derechos colectivos para los pueblos indígenas y afroecuatorianos, el Estado ecuatoriano reconoce la existencia del “pluralismo jurídico” y la necesidad de institucionalizar la “justicia intercultural” como un mecanismo de relación, en igualdad de condiciones, entre los diversos sistemas de justicia ancestral y el de la justicia ordinaria. La definición constitucional de Estado pluricultural y multiétnico fue el resultado de la lucha organizada, en el ámbito político, de los pueblos indígenas del Ecuador.

No obstante su reconocimiento, las prácticas de los distintos sistemas de justicia ancestral, especialmente indígena, no fueron aceptadas ni toleradas por

los operadores del sistema de justicia ordinaria ni por la sociedad en general; por el contrario, se puso en evidencia un real conflicto de poder entre las autoridades de justicia indígena y las de la función judicial, cuyas consecuencias fueron el enjuiciamiento y sanción de las primeras, acusadas de delitos tales como secuestro y tortura, quedando entonces, una vez más, en evidencia, que ni la declaratoria de Estado Social de Derecho, con carácter pluricultural y multiétnico, ni las normas constitucionales que lo sustentaban, eran políticamente suficientes ni eficientes para institucionalizar y consolidar el pluralismo jurídico y la justicia intercultural.

Diez años más tarde y mediante referéndum, los ecuatorianos aprobamos otra nueva Constitución, cuya normativa se fundamenta en la doctrina jurídica llamada “neo constitucionalismo”, la cual tiene como eje principal al ser humano como sujeto de protección individual e integral y al Estado como garante máximo de la protección de los derechos humanos, individuales y colectivos, e inclusive de los derechos de la naturaleza.

PLURALISMO JURIDICO:

Con este preámbulo, podemos adentrarnos en el análisis del “pluralismo jurídico” y de la “justicia intercultural”, como práctica jurídica garantizada por la actual Constitución y a cuyo cargo están los jueces de la república y las autoridades indígenas.

Comenzaremos entonces por definir el “pluralismo jurídico”, como la vinculación entre la definición del Ecuador como Estado Plurinacional y el reconocimiento de varios grupos humanos culturalmente diferentes coexistentes en el territorio nacional, sujetos a distintos ordenamientos (sistemas) jurídicos, todos subordinados a la misma organización política denominada Estado y sujetos a la misma normativa constitucional. (Julio César

Trujillo, Constitución y Pluralismo Jurídico, Serie 4, Proyecto Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Quito, marzo de 2004)

Por lo tanto, el pluralismo jurídico es la coexistencia de varios sistemas jurídicos, cada uno de ellos con sus propias instituciones, normas, principios y valores de carácter ancestral y consuetudinario, que rigen la conducta o el comportamiento de los miembros de la comunidad entre sí, de todos y cada uno de ellos con la comunidad y que sirven para resolver los conflictos que amenazan su supervivencia o su seguridad.

Todos estos sistemas son independientes y autónomos entre si y respecto del sistema de justicia ordinaria o estatal; sus normas, procedimientos, instituciones, autoridades y decisiones jurisdiccionales, gozan de los mismos principios de legalidad, autonomía e independencia, y son sujetos de control constitucional.

Estos sistemas ancestrales, creados, conservados, recreados y aplicados por cada uno de los pueblos y nacionalidades indígenas y por las comunidades de los pueblos afro ecuatorianos y montubios, gozan de carácter constitucional, pues están reconocidos y protegidos a través de una serie de normas contenidas entre otros, en los artículos 1, 56, 57 y 171 de la Constitución vigente y por normas de carácter supranacional de obligatorio cumplimiento como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU.

De acuerdo a estas normas, los pueblos indígenas, afro ecuatorianos y montubios tienen derecho a conservar y desarrollar sus propias formas de organización social y sus propias formas de generación de la autoridad y de solución de sus conflictos internos. La legitimación de sus autoridades y de las normas jurídicas se fundamentarán en la tradición (costumbre), en la

En este punto es importante resaltar que las normas constitucionales y supranacionales no limitan, de ninguna manera, la dinámica propia de estos sistemas ancestrales, tampoco ordenan la homologación entre ellos, ni la adecuación o sujeción de estos al sistema de justicia ordinaria. Por el contrario, la Constitución garantiza no solo la conservación, sino también la creación, recreación, el desarrollo, la aplicación y la práctica de las normas y procedimientos de justicia tradicionales; por lo tanto, los pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianos y montubios, en la dinámica permanente de conservación y aplicación de normas y procedimientos de justicia, han recibido, aceptado y adoptado normas del Derecho estatal (tal como sucede con los estatutos comunas, centros comunitarios, adquisición y legalización de la personalidad jurídica); que les ha permitido generar un proceso de compatibilidad entre lo ancestral y lo externo, con la creación de normas e instituciones adecuadas a la comunidad que responden a sus reales necesidades de justicia, manteniendo y se desarrollando aquellos bienes materiales, morales y espirituales considerados fundamentales para su subsistencia como pueblos con identidad específica y diferenciada.

La “identidad” y “cultura” son elementos fundamentales para entender lo que subyace bajo los conceptos de “pluralismo jurídico” y “justicia intercultural”; sin estos elementos no sería posible hablar de pueblos originarios (indígenas) ni de pueblos ancestrales (afro ecuatorianos, montubios, campesinos, mestizos), y menos aún de Estado Plurinacional e Intercultural.

La identidad entendida como un conjunto de cualidades que dan a una persona o a un grupo una particularidad que los caracteriza; nos permite vernos parecidos a unos y diferentes a otros, identificarnos con unos y diferenciarnos de otros, a través de un proceso de construcción individual y colectiva, siempre en un contexto de prácticas culturales, que nos hace ser parte de unos y ajenos de otros. Solo la integración a un colectivo y las manifestaciones culturales de este colectivo, nos permite ser reconocidos por

los otros como parte de un grupo, comunidad, pueblo, nacionalidad u organización, como es el caso de la construcción colectiva de la identidad y de la cultura de los pueblos indígenas, afro ecuatorianos y montubios, y el reconocimiento de ésta por parte del Estado y del resto de la sociedad ecuatoriana.

El reconocimiento de las identidades colectivas distintas a las de la identidad colectiva mestiza mayoritaria, es lo que sirve de fundamento al pluralismo jurídico, uno de los elementos del Estado Plurinacional e Intercultural, en el cual es posible la coexistencia de distintos grupos culturales dentro de una comunidad política. Sin embargo, esta coexistencia plantea un problema de la concepción de la ciudadanía dentro del Estado constitucional, de derechos y justicia social. Por un lado está el enfoque liberal que trata a las personas como individuos con iguales derechos ante la ley; mientras que para el neo constitucionalismo, el reconocimiento de las minorías lleva a que los derechos de sus miembros dependan, al menos en parte, de su pertenencia a un grupo, a una identidad colectiva. Y es precisamente las ópticas distintas lo que al parecer, para algunos operadores jurídicos, hace irreconciliable ambas posturas.

4.4. LA JUSTICIA COMO ENTE REGULADOR EN LA CONVIVENCIA SOCIAL.

El derecho como norma de convivencia es un ente que tiene como origen la vida social del hombre, cuyo origen es transformando a medida que surgen contradicciones sociales y las necesidades humana por vivir mejor, en armonía con la justicia y el medio material. El conocimiento sobre el bien y el mal, la propiedad como instrumento de ceder pertenencias a los hijos creando la herencia y con ella las divisiones de clases, como elementos que más tarde formaron sociedades antagónicas, producto de los modos de existencia y las

necesidades que luego de favorecer a todos por igual establecieron dominio, desigualdades; ya desde un principio de desigualdad humana es un conflicto social, pero la calidad de Razonamiento como esencia humana busca transformar lo malo creyendo en una justicia más allá de la divida. Es por lo tanto que la naturaleza humana nos lleva en virtud de formaciones culturales y establecer buenos hábitos, costumbres, y valores que forjan al hombre en el contexto universal.

El hombre es un ser social por naturaleza y la vida en sociedad implica relacionarse, comunicarse, convivir, bien común, desarrollo humano e intelectual como cultural y educativo. Cuestión que por medio del Derecho en el pasado y devenir histórico la humanidad ha reedificado como búsqueda de un mejor vivir. La vida social respira en el derecho, cuya raíz etimológica proviene de "regere" "dirigere" o sea lo recto y que lleva la idea de dirección.

El derecho es norma de las acciones humanas en la vida social. Surge como producto de la misma y gobierna los actos dirigiéndolos hacia el fin de la justicia. Su fundamento es la naturaleza humana y social, ya que los fines que el individuo no podría realizar por si solo los obtiene de la convivencia social y por cooperación de sus semejantes.

La convivencia exige orden y el derecho reposa en los conceptos de orden, coexistencia y libertad, del Estado y de la justicia social.

EL DERECHO COMO NORMA DE CONVIVENCIA

Considerando al Derecho como principios morales y éticos establecidos por la cultura y su forma de relación con la vida del hombre dentro de una comunidad determinada, por la cual se suscitan hechos que van transformando su historia de acuerdo a esos mismo cambios sociales que se presenta, se crean leyes y

normas que tienen como función dirigir la conducta de quienes habitan esa sociedad. Así mismo tienen como objetivo fomentar la Paz, Armonía, Orden y Justicia donde los individuos Convivan entre si. Esta convivencia como lo indica la palabra es colectiva no es individual, es en bienestar común en, el bien y la felicidad de la sociedad mostrando su recto camino a seguir.

La Convivencia es considerada como entendimiento de la vida en compañía de otras personas, comportamiento humano cultural educativo, compartiendo el hábitat, como también la alimentación en la mesa, la vida en pareja, en familia, con los hijos, en las escuelas, en las comunidades, en el trabajo, en la calle, en el metro, en la parada de autobús, en supermercado, en la vida cotidiana, en nuestro entorno: familiar, comunal, laboral, social, como también hoy en día supera las redes de la comunicación.

Por lo tanto no se concibe al hombre aislado ya que por lógica humana estamos acostumbrados a convivir con otro.

De tal manera podemos afirmar que desde el comienzo de la humanidad por naturaleza ya el hombre gozaba del Derecho Natural que le daba su propia existencia de estar vivo. En aquel inicio por instinto se dieron las primeras formas de organización primitivas donde el hombre comenzó a relacionarse en búsqueda de un mejor modo de vivir en función de un bien común dando origen a la vida social; cuestión que fue cambiando en el transcurso de la historia, convirtiéndose los intereses del colectivo en individuales cuales formaron diferentes tipos de sociedades producto de cambios sociales que por necesidades de las mismas y contradicciones entre ellas daban origen a otra.

Las necesidades que fomentaron los cambios sociales dieron origen a la creación de leyes: Unas provenientes de las costumbres que a ser habito se convertía en norma a seguir, pasando estas de generación en generación, y otras creadas para resolver problemas que permitiera la búsqueda del bien, se

comenzaba a distinguir entre el bien y el mal fuera del mandato divino que era la única forma que tenían de solucionar los dificultades lejos de la violencia.

Posteriormente relativo a los mismos fenómenos producto de los cambios sociales y el desarrollo de las sociedades antiguas y en la búsqueda de resolución de conflictos, surge Derecho Escrito como una necesidad social sobre el derecho de cada quien referido a la sociedad, pacífica o jurídica coexistencia de los habitantes de una comunidad. No obstante esos cambios sociales que nos llevan desde la convivencia natural del hombre a las normas establecidas por el Derecho no fueron al azar. Estos pasaron a través del desarrollo el conocimiento del hombre a lo largo de toda la humanidad, formando pautas de la cultura: científico, filosófico, artístico, religioso, etc., como expresión concreta de pensamiento y de transformación, luego entonces: la época y las condiciones social económico casi como las circunstancias, determinaron la conducta.

El conocimiento del hombre se ha desarrollado a través de toda la historia de la humanidad; y por tanto forma parte de la cultura; luego entonces la actividad transformadora es a partir del objeto del trabajo donde se refleja como una forma de saber en la conciencia, surge así la Concepción Metodológica del Mundo, como primer saber y única explicación posible de los objetos, fenómenos y procesos naturales en la primera sociedad conocida: La Comunidad Primitiva, donde surge la vida social. Posteriormente la aparición de un excedente de producción para el intercambio que generó desigualdad entre grupos sociales, la aparición de los Jefes o Líderes que dirigían la producción, no trabajaban y se apropiaban de una parte de este resultado, la división social del trabajo y con él la división entre el trabajo manual e intelectual.

Estos tres factores en interacción e integración, dieron cierre al primer período más largo y angustioso de la prehistoria de la sociedad; dado que surge la

propiedad privada sobre los medios de producción exigiendo la primera sociedad dividida en clases; Esclavista.

Sobre la base histórica, el Derecho se abre la posibilidad de ir buscando camino fuera de la realidad de favorecer solo a la minoría explotadora y sus ideologías que gozaban del privilegio de dedicarse principalmente a la actividad intelectual y pudieron elaborar una concepción del mundo en la que se unían definitivamente la necesidad de conocer los objetos, fenómenos y procesos naturales y el desarrollo de una sociedad en la que ellos ostentaban la hegemonía, se cierra así o no se limita, la libre manifestación de las ideas, permitiéndose la diversidad y aparece una concepción del mundo como punto del amor a la sabiduría.

Esta concepción aparece en las sociedades Esclavistas clásicas o de mayor desarrollo como: Grecia. Este pensamiento griego nace en estrecha relación con los conocimientos del oriente, como India, China y el continente africano en Egipto. Los griegos fueron un modelo clásico de pensamiento, dado que en ello como amor a la sabiduría, germinaron y se manifestaron todas las tendencias y corrientes filosóficas que habrían de desarrollarse posteriormente con el de cursar del pensamiento filosófico universal.

Sin embargo pese a los conocimientos filosóficos y a las influencias de estos sobre los Romanos fueron estos últimos que implementaron su cultura y su dominio más allá de su imperio, porque crearon el imperio de la ley, con las Doce Tablas como aporte para resolver los conflictos bajo su conveniencia mediante la escritura. La concepción de dale a cada quien lo que le corresponde y los principios del Derecho de Ulpiano; la honestidad y no dañar establecieron ideales de justicia cambiado aquel mundo de Bárbaros para establecer la conducción del comportamiento civil, siendo el Derecho Romano la fuente de las fuentes del Derecho.

Ya en la época medieval la capacidad intelectual tuvo como objeto fundamental el de entender y justificar las creencias de la fé. Algunos pensadores religiosos fueron considerados "dialécticos" pues tomaron el camino de la razón y de la ciencia que más se identificaba con ella para la investigación, propiamente escolástica, de las vías y los métodos que mejor conducían a la comprensión por el hombre de las verdades reveladas por Dios.

La Edad Media, considerada como la etapa más oscura de la humanidad donde predominó el Feudalismo y el Monarquismo, pero no constituyó una interrupción absoluta del desarrollo social incluido el pensamiento. En esta etapa, se produjo una gran expansión de la cultura en Europa y en los siglos XIV y XV, se obtuvieron enormes progresos en el campo de la técnica y de los estudios lógicos.

Para posterior el desarrollo del Derecho producto de la Revolución Francesa que fue un conflicto social y político, con diversos periodos de violencia, que convulsionó Francia y, por extensión de sus implicaciones, a otras naciones de Europa que enfrentaban a partidarios y opositores del sistema conocido como el Antiguo Régimen. Se inició con la autoproclamación del Tercer Estado como Asamblea Nacional en 1789 y finalizó con el golpe de estado de Napoleón - revolución Francesa de Bonaparte en 1799.

CAPITULO V

5.1. LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Los tratados Internacionales se han diseminado de una forma cada vez más urgida, debido a la estrechez de que gozan los países respecto a los convenios y Tratados de carácter internacional; instrumentos jurídicos que desarrollaremos a lo largo del presente trabajo de investigación; como consecuencia natural de la proliferación de los Tratados Internacionales éstos se han desarrollado considerablemente en los últimos años; han pasado de ser mero derecho consuetudinario a ser derecho codificado a partir de la celebración de las Convenciones de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados y la de 1986 sobre Tratados Celebrados entre Organismos Internacionales o entre Organismos Internacionales y Estados.

En lo sucesivo haremos referencia a diversas concepciones de tratado, clasificación de los mismos, abarcando además el proceso de elaboración de los mismos incluiremos igualmente la forma de finalización de los tratados, modificación y suspensión de los mismos de acuerdo al Derechos Internacional Publico, siendo esta la rama de estudio que nos ocupa.

Por considerarlo más propicio y sistemático aludiremos en un primer lugar al concepto de Tratado Internacional abarcando diversas concepciones que han surgido a partir del mismo, seguiremos con la clasificación de los mismos y además desarrollaremos igualmente el proceso de la elaboración de los Tratados Internacionales abarcando desde el momento de la elaboración del mismo hasta la forma de finalización de dichos instrumentos jurídicos.

Cabe aclarar además que daremos especial importancia a los temas que a lo largo del desarrollo de este trabajo investigativo así lo ameriten.

CONCEPTO

Fruto de la dificultad que requiere exponer una definición que logre reunir todos los elementos atinentes a lo que se pretende definir, se hace preciso destacar que son variadas las definiciones que han surgido sobre los tratados internacionales, entre las cuales serán señaladas las que se consideran de mayor trascendencia en el ámbito jurídico internacional.

Es por ello que a continuación expondremos los conceptos de mayor relevancia, entre los cuales están:

- Un tratado internacional es un acuerdo celebrado por escrito entre Sujetos del Derecho Internacional regido por el Derecho Internacional y llamado a regular sus relaciones mediante la creación de derechos y deberes mutuos.
- Es un instrumento donde se consignan disposiciones libremente pactadas entre dos o más sujetos de Derecho Internacional con el fin de crear, modificar o extinguir obligaciones y derechos.
- Es un acuerdo celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, consiste en un instrumento único o en dos instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Habiendo abordado algunos de los conceptos más aceptados particularizamos para nuestro estudio, a los Tratados Internacionales: Como un acuerdo formulado por escrito entre sujetos del DIP regido por el derecho internacional y llamado a crear derechos y deberes entre las partes. De esa definición se desprenden los rasgos siguientes:

1.- La naturaleza jurídica de todo tratado internacional es el consentimiento de las partes. En otras palabras, la voluntad expresada de los estados.

2.- Únicamente los estados o las entidades estatales son partes en los tratados.

3.- Los tratados se rigen por el orden internacional. No por el régimen jurídico particular de los estados.

4.- El objeto de todo tratado es crear, modificar, o extinguir relaciones entre las partes.

CLASIFICACIÓN DE LOS TRATADOS

No existe un criterio unívoco de la clasificación del Derecho Internacional, debido a la diversidad de criterios que han surgido a lo largo de la historia del Derecho Internacional Público, es por ello que en lo sucesivo expondremos la clasificación del mismo partiendo del punto de vista material y asimismo desde el punto de vista formal.

De tales clasificaciones citamos a continuación las siguientes:

1. Conforme al número de participantes, los tratados se clasifican en bilaterales o multilaterales, dependientemente de si participan dos o varios Estados respectivamente en su celebración.

2. Desde el punto de vista estrictamente formal, los tratados pueden ser abiertos o cerrados; los tratados cerrados restringen el acceso a otros posibles particulares, o sea, se celebran exclusivamente entre los contratantes

originarios y no admiten la adhesión de otros Estados, o bien dicha adhesión depende del acuerdo de todas las partes en el tratado.

a. Tratados abiertos a los que se puede llegar a ser parte en los mismos aunque no se haya tomado parte en el proceso de formación.

b. Cerrados aquellos que quedan restringidos a los participantes originarios en los mismos y en los que la participación de un nuevo Estado supone la creación de un nuevo acuerdo entre los participantes originarios y el nuevo Estado

c. Semicerrados aquellos en que otros Estados pueden llegar a ser Partes, distintos a los Estados originarios, pues figuran en una lista anexa al tratado o bien se prevé en el propio Tratado un procedimiento particular de adhesión y por una invitación de los Estados originarios para que se adhieran

3. Por la materia objeto de Tratado: pueden ser de carácter político, económico, cultural, humanitario, consulares, etc.

4. Por su función de creación de obligaciones: Tratados-contrato son los que prevén un intercambio de prestaciones entre los contratantes; y Tratados-ley son los que intentan crear una norma de carácter general aplicable a toda la CI, o a una parte de ella.

5. Por la naturaleza de los sujetos que participan: Tratados entre Estados, entre Estados y otros sujeto de DI y Tratados entre otros sujetos de DI (acuerdos de las organizaciones entre sí).

6. Por su duración: Tratados con un plazo de duración determinado, pasado el cual se extinguen; de duración indeterminada, salvo denuncia; prorrogables, bien expresa o tácitamente.

Desde el punto de vista del DIP, independientemente de cómo se Clasifiquen los tratados, son iguales desde el punto de vista de su validez. Todos tienen igual validez; claro, que hay tratados que son más importantes que otros.

5.2. LOS DERECHOS HUMANOS.

Los derechos humanos son garantías jurídicas universales que protegen a las personas y los grupos contra acciones y omisiones que interfieren con las libertades, los derechos fundamentales y la dignidad humana. Definen las relaciones entre los individuos y las estructuras de poder, especialmente el Estado. La legislación en materia de derechos humanos obliga principalmente a los estados a cumplir determinados deberes (a hacer ciertas cosas) y les establece ciertas prohibiciones (les impide hacer otras). Desde el punto de vista jurídico, pueden definirse como todos los derechos individuales y colectivos reconocidos por los Estados en sus constituciones y en el derecho internacional.

Los derechos humanos son universales: Los derechos humanos se aplican de forma igual y sin discriminación a todas las personas. Los mismos pertenecen a todas las personas en todos los lugares. En este sentido, los Estados tienen el deber de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales.

Los derechos humanos son inalienables: Ninguna persona puede ser despojada de sus derechos humanos. No se puede renunciar a los derechos humanos ni deben suprimirse, salvo en situaciones excepcionales y según las debidas garantías procesales. Por ejemplo, el derecho de una persona a la libertad puede verse restringido si un tribunal la declara culpable de un delito con dicha pena.

Los derechos humanos son interdependientes, interrelacionados e indivisibles: Cada derecho humano está relacionado y depende de otros derechos humanos. Por ello la violación de un derecho afecta al ejercicio de otros. Con fines pedagógicos generalmente se distinguen tres grupos de derechos humanos. Los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos y difusos. Todos los derechos son indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El avance de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás. Por ejemplo, el disfrute del derecho a la vida presupone la vigencia del derecho a una alimentación y a un nivel de vida adecuados.

Los derechos humanos son no discriminatorios: El derecho a la igualdad y la no discriminación, explícitamente consagrados en los tratados internacionales, son principios esenciales y transversales del derecho internacional de derechos humanos. En cumplimiento de estos principios el Estado debe velar por la vigencia de los derechos humanos sin discriminación por motivo alguno, sea por la nacionalidad, el lugar de residencia, el sexo, el origen nacional o étnico, la pertenencia a una minoría nacional, la posición económica, el nacimiento, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, el color, la raza, la religión, el idioma, la opinión política o cualquier otra condición. La prohibición de la discriminación requiere que las diferencias ante la ley estén basadas en diferencias entre los hechos, sean justificadas de forma razonable, objetiva y observando el principio de proporcionalidad.

LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Aunque en principio cualquier persona o grupo puede cometer abusos a los derechos humanos, en virtud del derecho internacional son los Estados los que

asumen obligaciones jurídicas directas en relación al respeto, protección y garantía de los derechos humanos. Los derechos humanos delimitan el poder del Estado y, al mismo tiempo, exigen que el Estado adopte medidas positivas para la vigencia y disfrute de los derechos humanos.

En este sentido, los Estados asumen las obligaciones y los deberes de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir o limitar el disfrute de los derechos humanos. La obligación de protegerlos exige que los Estados adopten medidas de prevención, investigación y sanción ante abusos de agentes no estatales. La obligación de hacer efectivos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas (política pública, financieras, legales, institucionales, etc.) para facilitar el disfrute de los derechos humanos. A estas obligaciones positivas se aplica el principio de “realización progresiva”. Por ejemplo, el derecho de toda persona a la salud no supone el garantizar que todas las personas estén sanas, pero si obliga al Estado a que de conformidad con sus respectivas capacidades económicas, tradiciones sociales y culturales y observación de estándares internacionales mínimos, establezca un sistema de salud pública que pueda garantizar el acceso de todos a servicios básicos de salud.

LA DECLARACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas, la comunidad internacional se comprometió a no permitir nunca más atrocidades como las sucedidas en ese conflicto. Los líderes del mundo decidieron complementar la Carta de las Naciones Unidas con una hoja de ruta para garantizar los derechos de todas las personas en cualquier lugar y en todo momento. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) fue adoptada el 10 de diciembre de 1948 y es considerada el primer

reconocimiento universal de que los derechos básicos y las libertades fundamentales son inherentes a todos los seres humanos, inalienables y aplicables en igual medida a todas las personas, y que todos y cada uno de nosotros hemos nacido libres y con igualdad de dignidad y de derechos. Aprobada hace casi 60 años, la DUDH ha sido la sólida base del desarrollo de un conjunto de tratados internacionales de derechos humanos legalmente vinculantes, su promoción y protección en todo el mundo a lo largo de las últimas seis décadas.

5.3. EL IRRESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS.

Las atrocidades cometidas durante la segunda guerra mundial llevaron a la Organización de Naciones Unidas a aprobar la Declaración de los derechos de los hombres en 1948. Se incluyen en esta declaración los derechos a la seguridad de las personas contra el trato arbitrario de los estados; derecho a la libertad de conciencia; derecho a un juicio justo; derecho a la intimidad y a la familia; derechos políticos, económicos y los derechos de igualdad ante la ley.

Creemos que los derechos humanos no son debidamente respetados y que se violan en muchos aspectos, y vamos a tratar de demostrarlo, a lo largo de esta monografía, destacando como violaciones a los derechos del hombre el terrorismo, la represión, la censura, la miseria y las violaciones a los derechos del niño.

Nos pareció un tema interesante ya que es un asunto del que se habla mucho pero no se hace tanto y que en muchos casos se trata de esconder.

No nos resultó difícil hallar el material de trabajo, dado que hay varios organismos, la mayoría dependientes de la ONU, que se ocupan de investigar sobre el tema. Para realizar este trabajo nos basamos en libros, en algunos

artículos periodísticos, en enciclopedias y diccionarios y en publicaciones de Naciones Unidas.

A pesar de existir un amplio dispositivo nacional, regional, e internacional para la defensa de los derechos de los hombres no hay un respeto absoluto por estos. En muchos países se manifiestan violaciones a los derechos humanos.

Se debe afirmar que las transgresiones a los derechos se producen de manera encubierta y solapada, pero cuando tales transgresiones resultan habituales y permanentes en un lugar determinado siempre existe alguna manera de enterarse de ellas. La gente no suele ser engañada durante demasiado tiempo.

Un caso típico de violación encubierta de los derechos humanos puede surgir de las mismas desigualdades que se manifiesten en la sociedad. Cuando una parte de la población no tiene acceso a un mínimo bienestar quedan coartados los derechos humanos. La libertad posibilita el goce de los derechos cuando convive con la igualdad. Esta apunta a que todos los habitantes de un país puedan alimentarse, tener una vivienda, trabajo, educación, salud, etcétera.

El terrorismo, la represión, la censura, la discriminación, la miseria y las transgresiones de los derechos del niño son las principales violaciones que sufren los derechos humanos y es conveniente destacar que ninguna de las acciones mencionadas es más importante que otra.

Es justamente en la Declaración Universal donde dice que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que no pueden ser objeto de discriminación por su Opinión política, riqueza o posición económica.

Las personas deben saber cuáles son sus derechos y poder hacer una denuncia cuando estos no se cumplen.

5.4. DERECHO DE RESTITUCIÓN

Etimológicamente significa re-establecer, es decir, volver a colocar una cosa en su orden primitivo. En Teología moral la r. suele definirse como el acto de la justicia (v.) conmutativa por el que se devuelve a su dueño algo que le pertenece, o bien se compensa un daño inferido injustamente. El segundo aspecto se denomina también reparación, en contraposición a la r. estricta, que supone entrega de algo injustamente poseído. En este concepto de r. hay dos elementos que, a nuestro juicio, y como veremos más adelante, limitan a priori e indebidamente su campo de aplicación: a) se trata de un acto propio de la justicia conmutativa; b) consiste en devolver algo a su dueño, en lo cual, de forma implícita, se restringe la r. a la lesión de la justicia conmutativa, ya que dueño y suyo son términos que se usan para señalar el derecho más estricto, es decir, el derecho tutelado por ese tipo de justicia.

Si se aceptase el sentido literal de esta definición, puede llegarse a afirmar que sólo hay obligación estricta de restituir cuando se ha pecado contra la justicia conmutativa, y que la lesión de otros tipos de justicia, llámense legal y distributiva o social, no lleva aparejada de por sí la obligación de restituir, aunque con frecuencia la lleve per accidens, es decir, por la lesión de la justicia conmutativa que llevaría consigo una trasgresión de la justicia legal o distributiva. Para no prejuzgar esta cuestión nosotros preferimos definir la r. de otra forma: como la obligación que dimana de un derecho conculcado de reponer al perjudicado en su derecho. Dejamos para más adelante la cuestión de si sólo la vulneración de la justicia conmutativa obliga a restituir.

Obligación. Para quien ha pecado contra la justicia -por lo menos conmutativa- la r., o en su caso la reparación, es necesaria para el perdón de su falta moral, con una necesidad que pudiéramos llamar esencial, es decir, basada en la misma naturaleza de las cosas y no sólo en un precepto positivo. A quien ha cometido injusticia contra el prójimo, no basta -para reconciliarse con Dios- el

arrepentimiento en la Confesión; para poder ser absuelto de su pecado debe restituir el bien tomado o reparar el daño inferido, o al menos debe tener el propósito sincero de hacerlo cuanto antes; sin la r., o el propósito sincero de ella, no se perdona el pecado, como reza el antiguo aforismo: «non remittetur peccatum, nisi restituatur ablatum» (S. Agustín, Epist. 153: PL 33, 662). La razón es clara: mientras no se restituye el bien tomado al prójimo o se repare el daño causado permanece la situación de injusticia. Esta argumentación tiene su fundamento en la S. E. (cfr. Ex 22,1-5; Ez 33,15; Lc 19,8; Rom 13,7, etc.).

En realidad la obligación de restituir constituye un mismo precepto con el que prohíbe apropiarse de lo ajeno, ya que la no r. no es más que la retención injusta y continuada del bien ajeno. «Siendo necesario para salvarse el conservar la justicia, síguese que restituir lo que injustamente se ha quitado a alguien es necesario para la salvación» (S. Tomás, Sum. Th., 2-2 q62 a2). Se trata, pues, de una obligación grave, que, sin embargo, admite parvedad de materia, de la misma forma que la injusticia que origina el deber de restituir.

Raíces de la restitución. Así se llama a las causas o fuentes de las que nace la obligación de restituir, que serán tantas cuantas sean las formas de las que puede derivarse un perjuicio injusto al prójimo. Suelen citarse: 1) la posesión injusta o retención injusta de lo ajeno; 2) la injusta damnificación; 3) la cooperación injusta; y 4) el contrato o cuasicontrato entre dos personas cuando se deja incumplido.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES

- El Divorcio, por mutuo consentimiento, al tener un trámite especial, inexorablemente obliga a la administración de justicia a una agilidad procesal, sin embargo, el mismo tiene que estar acorde a la época, por lo tanto el nuestro código civil necesita de reformas urgentes que permitan viabilizar ciertos trámites engorrosos.
- Es importante mencionar que la Constitución de la Republica y el Código Orgánico de la Función Judicial, consagran ciertas disposiciones legales donde exige al administrador de justicia una celeridad procesal en la tramitación de todas las causas, lo que ha hecho que el Código Civil amerite reformas urgentes donde se introduzcan ciertas disposiciones legales que por su jerarquía están sobre esta ley ordinaria.

6.2. RECOMENDACIONES

- Los jueces tienen que actuar en estricto apego a la ley, respetando el ordenamiento jurídico establecido en la Constitución de la Republica, lo que implica adquirir un compromiso legal, ético y moral con los intereses de quienes buscan una solución a su conflicto de convivencia.

- El cumplimiento del principio de celeridad procesal, como lo ordenan ciertos cuerpos tanto constitucional como legal, obligan necesariamente a que se proceda hacer una reforma legal al Código Civil, en cuanto a la tramitación o procedimiento que debe darse al divorcio por mutuo consentimiento establecido en el artículo 108 del Código Civil.
- El procedimiento legal del cual el juez establezca el plazo máximo de 15 días para llamar a los actores de esta clase de juicios a una audiencia de conciliación a fin de dar por terminado el conflicto de estos en la búsqueda de un divorcio que en estas circunstancias convendrá a los litigantes.
- Toda respuesta de la administración de justicia en la que niegue derechos prescritos debe ser objeto de una revisión, por lo que la legislación respectiva establece los mecanismos adecuados y las instancias competentes para tal efecto.

1. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENCUESTA.

En este ítem me corresponde dar a conocer los resultados obtenidos mediante la aplicación de la encuesta, instrumento que fue aplicado a treinta abogados en libre ejercicio profesional y que fue diseñado en base al problema, los objetivos y la hipótesis constantes en el proyecto de investigación.

Primera pregunta

Dada su experiencia, ¿considera usted, que la administración de justicia es rápida en cuanto a la tramitación de los procesos legales?

SI ()

NO ()

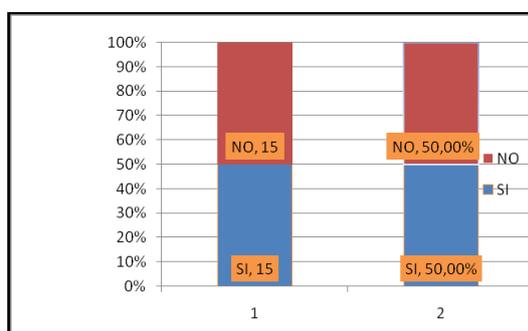
CUADRO 1

Variable	F	%
SI	15	50,00%
NO	15	50,00%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada (2014-02-20)

Autor: Sr. Wilfrido Vinicio Velastegui Bayas.

GRAFICO 1



Análisis e interpretación:

El cincuenta por ciento de los encuestados, que corresponde a quince abogados, contestan que la administración de justicia enfrenta dificultades para resolver con celeridad los trámites procesales.

Estoy de acuerdo con quienes contestaron que existen dificultades jurídicas en lo relacionado al despacho de los procesos, ya sea por causa de los jueces o por reformas urgentes que necesitan ciertos cuerpos legales.

Segunda pregunta

¿Cree usted, que el Código Civil mantiene disposiciones ambiguas que impiden y obstaculizan la correcta administración de justicia en cuanto se refiere a la tramitación del divorcio por mutuo consentimiento?

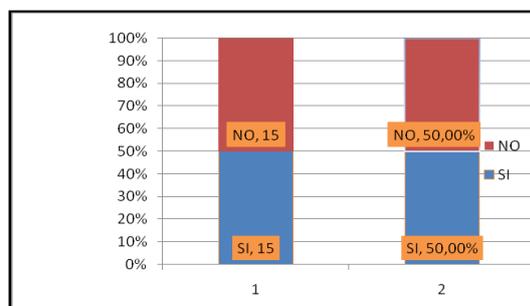
SI ()

NO ()

CUADRO 2

Variable	f	%
SI	15	50,00%
NO	15	50,00%
TOTAL	30	100,00%

GRAFICO 2



Fuente: Encuesta aplicada (2014-02-20)

Autor: Sr. Wilfrido Vinicio Velastegui Bayas.

Análisis e interpretación:

El cincuenta por ciento de los encuestados, que corresponde a quince abogados, contestan que el Código Civil, mantiene disposiciones ambiguas que impiden y obstaculizan la correcta administración de justicia en cuanto se refiere al juicio de divorcio por mutuo consentimiento, mientras que el otro cincuenta por ciento contesta que no.

Estoy de acuerdo con los profesionales del derecho, que afirman que la normativa prevista en el Art. 108 del Código Civil, sobre el divorcio por mutuo consentimiento, es caduca por cuanto violentan preceptos constitucionales y legales.

Tercera pregunta

¿Está usted de acuerdo, que se introduzca en el Código Civil, normas esenciales que permitan que el procedimiento en los juicios de divorcio por mutuo consentimiento sean más rápidos?

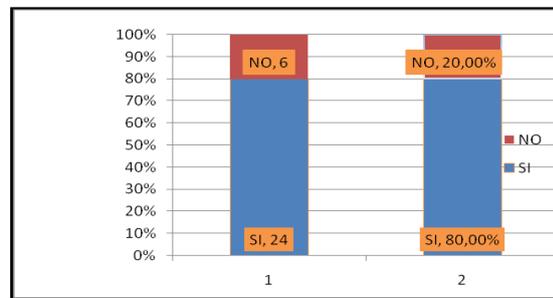
SI ()

NO ()

CUADRO 3

Variable	F	%
SI	24	80,00%
NO	6	20,00%
TOTAL	30	100,00%

GRAFICO 3



Fuente: Encuesta aplicada (2014-02-20)

Autor: Sr. Wilfrido Vinicio Velastegui Bayas.

Análisis e interpretación:

El ochenta por ciento de los encuestados, que corresponde a veintiséis abogados, contestan que están de acuerdo, que se introduzca en el Código Civil, una norma legal y obligatoria que disponga que el trámite en esta clase de juicios sea más rápido, mientras que el otro veinte por ciento contesta que no.

Comparto con el criterio emitido por la mayoría de los encuestados, por cuanto, en el juicio de divorcio por mutuo consentimiento a la época se halla ya caduco y de esta manera se respete sus derechos establecidos en la Constitución de la Republica y el Código Orgánico de la Función Judicial

Cuarta pregunta

¿Está usted de acuerdo que se siga aplicando el procedimiento establecido en el Art. 108, en cuanto tiene que ver en el divorcio por mutuo consentimiento?

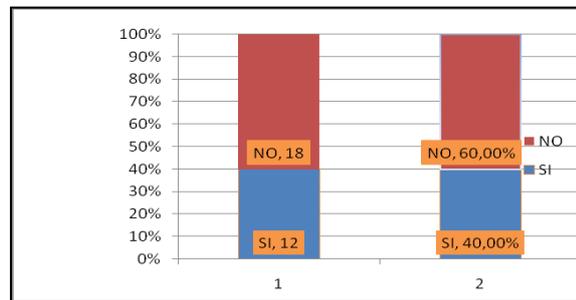
SI ()

NO ()

CUADRO 4

Variable	F	%
SI	12	40,00%
NO	18	60,00%
TOTAL	30	100,00%

GRAFICO 4



Fuente: Encuesta aplicada (2014-02-20)

Autor: Sr. Wilfrido Vinicio Velastegui Bayas.

Análisis e interpretación:

El sesenta por ciento de los encuestados, que corresponde a dieciocho abogados, contestan que no están de acuerdo con el procedimiento engorroso establecido en el Art. 108 del Código Civil, mientras que el otro cuarenta por ciento contestan que sí.

Comparto con el criterio emitido por la mayoría de los profesionales del derecho, en razón, que el procedimiento para los juicios de divorcio por mutuo consentimiento tiene que ser más rápidos y eficaces.

Quinta pregunta

¿Está usted de acuerdo, que el juez que decide sobre el divorcio por mutuo consentimiento no aplique estricta y obligatoriamente la norma Constitucional y legal orgánica antes que la ley ordinaria?

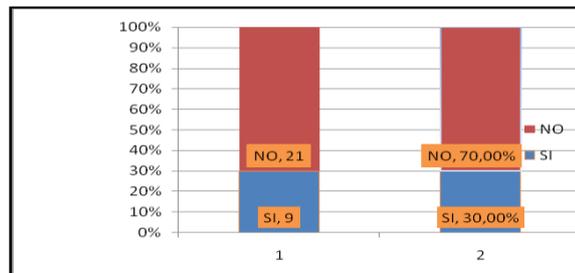
SI ()

NO ()

CUADRO 5

Variable	F	%
SI	9	30,00%
NO	21	70,00%
TOTAL	30	100,00%

GRAFICO 5



Fuente: Encuesta aplicada (2014-02-20)

Autor: Sr. Wilfrido Vinicio Velastegui Bayas.

Análisis e interpretación:

El setenta por ciento de los encuestados, que corresponde a veintiún abogados contestan que no están de acuerdo que el juez que decide sobre el divorcio por mutuo consentimiento, no aplique estricta y obligatoriamente la norma Constitucional y legal orgánica antes que la ley ordinaria, mientras que el otro treinta por ciento contestan que sí.

Estoy de acuerdo, que el juez que decide sobre el divorcio por mutuo consentimiento, no aplique estricta y obligatoriamente la norma Constitucional y legal orgánica antes que la ley ordinaria, por cuanto éste vulnera el debido proceso consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y la Declaración Universal de derechos Humanos.

Sexta pregunta

¿Considera usted que el legalismo basado únicamente en el Código Civil por parte del juez en los trámites de divorcio por mutuo consentimiento vulnera el Art. 1 de la Constitución de la República, mismo que establece que el Ecuador es un estado de derechos y justicia ...?

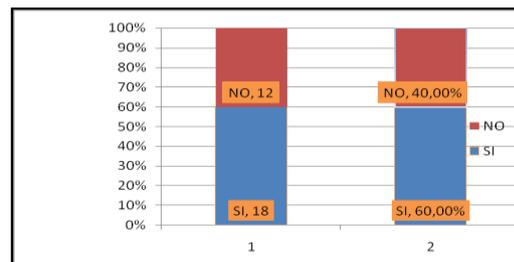
SI ()

NO ()

CUADRO 6

GRAFICO 6

Variable	f	%
SI	18	60,00%
NO	12	40,00%
TOTAL	30	100,00%



Fuente: Encuesta aplicada (2014-02-20)

Autor: Sr. Wilfrido Vinicio Velastegui Bayas.

Análisis e interpretación:

El sesenta por ciento de los encuestados, que corresponde a dieciocho abogados, contestan que el legalismo basado únicamente en el Código Civil por parte del juez en los trámites de divorcio por mutuo consentimiento vulnera la disposición Constitucional en mención, mientras que el otro cuarenta por ciento contestan que no.

Comparto con el criterio de la mayoría de los encuestados, por cuanto en materia de derechos y garantías constitucionales, debe aplicarse las normas constitucionales mismas que son de inmediata aplicación.

Séptima pregunta

¿Cree usted, que las disposiciones previstas en las Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial deben ser aplicadas en torno a la agilidad procesal dentro del juicio de divorcio por mutuo consentimiento?

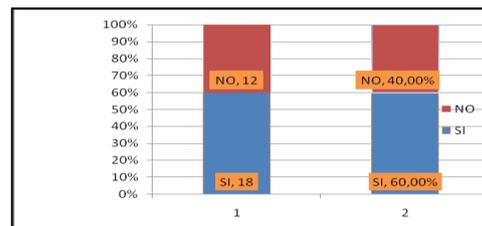
SI ()

NO ()

CUADRO 7

Variable	f	%
SI	18	60,00%
NO	12	40,00%
TOTAL	30	100,00%

GRAFICO 7



Fuente: Encuesta aplicada (2014-02-20)

Autor: Sr. Wilfrido Vinicio Velastegui Bayas.

Análisis e interpretación:

El sesenta por ciento de los encuestados, que corresponde a dieciocho abogados, contestan que las disposiciones previstas en la Constitución de la Republica y el Código Orgánico de la Función Judicial deben ser aplicadas por ser una ley de mayor jerarquía que el Código Civil.

Estoy de acuerdo con la contestación dada por la mayoría de los encuestados, porque los jueces deben aplicar todo nuestro ordenamiento jurídico legal, según el caso y tomar en consideración el orden jerárquico de la ley.

Octava pregunta

¿Considera usted que debe ser reformado el Art. 108 del Código Civil, mermando el plazo de 60 a 15 días, para que tenga lugar la audiencia de conciliación en el juicio de divorcio por mutuo consentimiento?

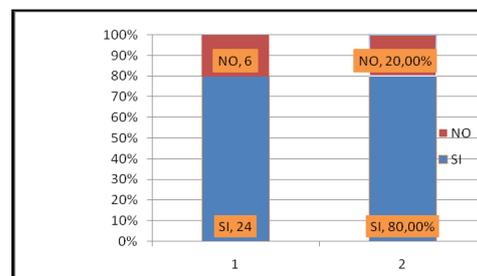
SI ()

NO ()

CUADRO 8

Variable	F	%
SI	24	80,00%
NO	6	20,00%
TOTAL	30	100,00%

GRAFICO 8



Fuente: Encuesta aplicada (2014-02-20)

Autor: Sr. Wilfrido Vinicio Velastegui Bayas.

Análisis e interpretación:

El ochenta por ciento de los encuestados, que corresponde a veinticuatro abogados, contestan que si es urgente y necesaria dicha reforma al Código Civil.

Estoy de acuerdo con lo manifestado por la mayoría de los encuestados, en virtud, que de esta manera no se violentarían derechos constitucionales y se establecería una forma legal para un trámite sumarísimo para esta clase de juicios

VERIFICACION DE LA IDEA A DEFENDER

Con la Reforma al Art. 108 del Código Civil, al tratar sobre el juicio de divorcio por mutuo consentimiento, en cuya parte pertinente dispone: Que presentada y calificada la demanda, el juez en el plazo de 60 días, convocara a las partes a una audiencia de conciliación, a fin de que estos de consuno y viva voz manifiesten su voluntad de divorciarse.

Una vez realizada esta investigación se puede observar que en la actualidad existe una gran preocupación por las caducas disposiciones legales contempladas en el Código Civil.

La presente investigación tiene por objeto asegurar que el trámite de divorcio por mutuo consentimiento contemplado en el Art. 108 del Código Civil es demasiado exagerado al disponer que en el plazo de 2 meses el juez llamara a una audiencia de conciliación, para ser consultados de consuno y viva voz sobre su propósito; este plazo debe ser disminuido a 15 días, en vista de que las relaciones maritales y conyugales de los actores de esta demanda se hallan ya resquebrajadas, salvaguardando de esta manera la integridad física, psíquica y emocional de los cónyuges.

La inobservancia de disposiciones legales y constitucionales por parte de los administradores de justicia en cuanto al principio de celeridad procesal se irrespeta nuestro ordenamiento jurídico.

CAPITULO VII

MARCO PROPOSITIVO

7.1 TITULO

“CON LA REFORMA AL ART. 108 DEL CÓDIGO CIVIL, EN LA QUE DISPONE: QUE PRESENTADA Y CALIFICADA LA DEMANDA, EL JUEZ EN EL PLAZO DE 60 DÍAS, CONVOCARA A LAS PARTES A UNA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, A FIN DE QUE ESTOS DE CONSUNO Y VIVA VOZ MANIFIESTEN SU VOLUNTAD DE DIVORCIARSE, SE EVITARA LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, ESTABLECIÉNDOSE ÚNICAMENTE EL PLAZO DE 15 DÍAS DESDE QUE FUE CALIFICADA LA DEMANDA, PARA QUE EL JUEZ CONVOQUE A LAS PARTES A LA RESPECTIVA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y ESTOS MANIFIESTEN DE CONSUNO Y VIVA VOZ SU PROPÓSITO DE DIVORCIARSE ”

7.2 DESARROLLO DE LA PROPUESTA

PROPUESTA DE LA REFORMA

LA HONORABLE ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

Que, es necesario regular de mejor manera la normatividad jurídica de nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia, garantizando la correcta aplicación de la ley con relación a la violación de las normas establecidas en la Constitución de la Republica y en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Que, nuestro país actualmente se encuentra inmerso en un proceso de cambio y desarrollo, que requiere de la expedición de normas legales que permitan el ejercicio pleno de los derechos consagrados en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Que, se presenta como imperante la necesidad de incorporar al Código Civil, reglas actualizadas y precisas para evitar el manoseo del efecto jurídico y la vulneración de derechos;

En uso de las atribuciones que le confiere el numeral 6 del Art. 120 de la Constitución de la República de Ecuador, expide la siguiente:

Que la comisión de lo Civil, ha emitido informe favorable respecto a la reforma del Art. 108 del Código Civil en lo relacionado a que el plazo de 60 días sea cambiado por 15 días.

En uso de la facultad establecida en el numeral 6to del Art. 120 de la Constitución del Ecuador.

EXPIDE:

LA SIGUIENTE LEY REFORMATORIA AL CODIGO CIVIL, TITULO III PARAGRAFO 2do. LIBRO I, ART. 108, Sustitúyase la palabra de: Sesenta por Quince.

Art. Final. La presente Ley, entrara en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado y firmado en San Francisco de Quito, hoy día.....

F) Dra. GABRIELA RIVADENEIRA

PRESIDENTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL

7.3 VALIDACION DE LA PROPUESTA

El presente trabajo puede ser valorado por los tratantes y profesionales del derecho en materia civil, ya que se ha realizado estrictamente apegado a la Constitución y demás leyes, decretos y reglamentos referentes a esta materia, no está por demás resaltar que hasta la presente fecha se halla caduca la disposición del At. 108 del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo “Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L. Decima quinta Edición.- Argentina 2001
- COELLO GARCIA, Enrique.- Derecho Civil - Derecho de Familia.- Tomo 68.- Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana.- Cuenca-Ecuador 1990
- COELLO GARCIA, Enrique.- Derecho Civil - Filiación fuera del Matrimonio.- Tomo 75.- Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana.- Cuenca-Ecuador 1991.
- COELLO GARCIA, Enrique.- Derecho Civil - Impedimentos Impedientes.- Tomo 70.- Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana.- Cuenca-Ecuador 1990.
- COELLO GARCIA, Enrique.- Derecho Civil - Sujeto del Derecho.- Tomo 4.- Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana.- Cuenca-Ecuador 1988.
- CORNEJO MANRIQUEZ, Aníbal.- Derecho Civil en Preguntas y respuestas.- Tomo I.- Doceava edición.-Editorial Jurídica Congreso.- Chile 2007.
- LARREA HOLGUÍN, Juan.- Manual del Derecho Civil.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito 1.983 Pág. 415-
- VELASCO CELLERI, Emilio.- Sistema de Práctica Procesal Civil.- Tomo 1.- Editorial PUDELECO.- Primera Edición.- Ecuador 1991.

- VELASCO CELLERI, Emilio.- Sistema de Práctica Procesal Civil.- Tomo 2.- Editorial PUDELECO.- Primera Edición.- Ecuador 1991.
- SÁNCHEZ ZURATY, Manuel.- Todos los Juicios.- Tomo I.- 1ra. Edición.- Editorial Jurídica del Ecuador.- Quito 2004.
- BARROS ERRAZURI, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Pág. 311
- 12 BORDA A. Guillermo, Tratado de Derecho Civil Argentino, Pág. 343.

LEGISGRAFIA

- ✓ Constitución de la Republica del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones año 2012.
- ✓ Código Orgánico de la Función Judicial 2010.
- ✓ Código Civil, Publicaciones año 2005.

ANEXOS

ANEXO 1

ENCUESTA APLICADA A LOS PROFESIONALES DEL DERECHO, RESIDENTES DENTRO DEL CANTON GUARANDA, PROVINCIA BOLIVAR.

ÁREA: Derecho Constitucional y Civil.

OBJETIVO: La presente investigación tiene por objeto asegurar una tramitación ágil y oportuna en tratándose de los juicios de divorcio por mutuo consentimiento contemplado en el Art. 108 del Código Civil, disminuyendo el plazo de 60 por 15 días para que tenga lugar la audiencia de conciliación, donde los cónyuges, de consuno y viva voz serán consultados sobre su propósito expuesto en la demanda.

De esta manera que se cumpla con todas y cada una de las disposiciones establecidas tanto en la Reforma propuesta al Código Civil y las establecidas en la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial.

INSTRUCCIONES: Sírvase contestar las siguientes preguntas, emita su criterio y marque con una (X), la respuesta que considere correcta, recuerde que es anónimo, por lo que tiene libertad para dar su opinión.

Primera pregunta

Dada su experiencia, ¿considera usted, que la administración de justicia es rápida en cuanto a la tramitación de los procesos legales?

SI ()

NO ()

Segunda pregunta

¿Cree usted, que el Código Civil mantiene disposiciones ambiguas que impiden y obstaculizan la correcta administración de justicia en cuanto se refiere a la tramitación del divorcio por mutuo consentimiento?

SI ()

NO ()

Tercera pregunta

¿Está usted de acuerdo, que se introduzca en el Código Civil, normas esenciales que permitan que el procedimiento en los juicios de divorcio por mutuo consentimiento sean más rápidos?

SI ()

NO ()

Cuarta pregunta

¿Está usted de acuerdo que se siga aplicando el procedimiento establecido en el Art. 108, en cuanto tiene que ver en el divorcio por mutuo consentimiento?

SI ()

NO ()

Quinta pregunta

¿Está usted de acuerdo, que el juez que decide sobre el divorcio por mutuo consentimiento no aplique estricta y obligatoriamente la norma Constitucional y legal orgánica antes que la ley ordinaria?

SI ()

NO ()

Sexta pregunta

¿Considera usted que el legalismo basado únicamente en el Código Civil por parte del juez en los trámites de divorcio por mutuo consentimiento vulnera el Art. 1 de la Constitución de la Republica, mismo que establece que el Ecuador es un estado de derechos y justicia ...?

SI ()

NO ()

Séptima pregunta

¿Cree usted, que las disposiciones previstas en las Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial deben ser aplicadas en torno a la agilidad procesal dentro del juicio de divorcio por mutuo consentimiento?

SI ()

NO ()

Octava pregunta

¿Considera usted que debe ser reformado el Art. 108 del Código Civil, mermando el plazo de 60 a 15 días, para que tenga lugar la audiencia de conciliación en el juicio de divorcio por mutuo consentimiento?

SI ()

NO ()