UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLIVAR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,

CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA

TEMA:

"SEGUNDAS Y ULTERIORES NUPCIAS, CONSECUENCIAS SOCIO JURÍDICAS EN EL DERECHO AL CUIDADO Y PROTECCIÓN DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD DEL CÓNYUGE DIVORCIADO QUE NO HA VUELTO A CASARSE O QUE DIO CAUSA PARA EL DIVORCIO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DEL CANTÓN SAN MIGUEL DE BOLÍVAR, DURANTE EL AÑO 2012"

Autora: JENNY MARIBEL MANOBANDA ARMIJO**.**

Director de Tesis: Dr. Ulices Barragán V.

GUARANDA - ECUADOR

2012

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

En calidad de Asesor de Tesis, CERTIFICO:

Que el trabajo de investigación titulado: **"SEGUNDAS Y ULTERIORES NUPCIAS, CONSECUENCIAS SOCIO JURÍDICAS EN EL DERECHO AL CUIDADO Y PROTECCIÓN DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD DEL CÓNYUGE DIVORCIADO QUE NO HA VUELTO A CASARSE O QUE DIO CAUSA PARA EL DIVORCIO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DEL CANTÓN SAN MIGUEL DE BOLÍVAR, DURANTE EL AÑO 2012",** elaborado por la señora, JENNY MARIBEL MANOBANDA, egresada de la Escuela Derecho, Facultad de Jurisprudencia, ha desarrollado bajo los lineamientos jurídicos y académicos de la institución, por lo que se aprueba la misma, pudiendo ser sometido a presentación pública y evaluación por parte del jurado calificador que se designe.

Guaranda, Marzo 8-2013

Dr. Ulices Barragán Vinueza

ASESOR DE TESIS

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo, se cimenta en el deseo de superación, de contar con una profesión libre que dignifique al ser humano, de servicio a la colectividad, de cumplir con los parámetros que exige nuestro sistema de educación superior, fundamentalmente dar respuesta a los conflictos sociales que son muy comunes en nuestro medio.

Trabajo que lo ofrezco a mis adorados hijos, a mi esposo, mis padres, hermanos, sobrinos, a mis abuelitos y más familiares.

JENNY MARIBEL MANOBANDA

AGRADECIMIENTO

Mi reconocimiento y agradecimiento a Dios, a mis padres, que han sabido cumplir son su obligación legal y moral, siempre sustentada en los principios y valores de persona de bien; eterno agradecimiento a los docentes de la Universidad de Bolívar, Facultad de Jurisprudencia, Escuela de Derecho, por los conocimientos impartidos y compartidos a mi favor.

De manera especial quiero agradecer al distinguido catedrático y Asesor de Tesis, Dr. Ulices Barragán Vinueza, quien con su incuestionable experiencia y sus sabios conocimientos que lo determinan, ha hecho posible que culmine mi objetivo final; y, a todos los que forman parte de la Universidad Estatal de Bolívar.

GRACIAS: a todos

JENNY MARIBEL MANOBANDA

DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTORÍA OTORGADA POR: JENNY MARIBEL MANOBANDA ARMIJO.

CUANTIA: INDETERMINADA.

En San Miguel de Bolívar, República del Ecuador, hoy día miércoles ocho de mayo del año dos mil trece, ante mi ABOGADO WASHINGTON MORA RUIZ, Notario Segundo encargado de este Cantón, comparece la señorita JENNY MARIBEL MANOBANDA ARMIJO. La compareciente manifiesta ser ecuatoriana, mayor de edad, de estado civil soltera, domiciliada en la parroquia San Pablo de Atenas del Cantón San Miguel, provincia de Bolívar, legalmente capaz, a quien de conocerla doy fe y dice: Que instruida de la naturaleza, objeto y resultados legales de este instrumento, en forma libre y voluntaria manifiesta que tiene a bien otorgar la presente Declaración Jurada. Al efecto, juramentada que fue en legal y debida forma, previa la explicación de la gravedad del juramento, de las penas del perjurio y de la obligación que tiene de decir la verdad, expone: Yo JENNY MARIBEL MANOBANDA ARMIJO, manifiesta que los criterios e ideas emitidos en el presente Trabajo de Investigación titulado **" SEGUNDAS Y ULTERIORES NUPCIAS, CONSECUENCIAS SOCIO JURIDICAS EN EL DERECHO AL CUIDADO Y PROTECCION DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD DEL CONYUGE DIVORCIADO QUE NO HA VUELTO A CASARSE O QUE DIO CAUSA PARA EL DIVORCIO EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA DEL CANTON SAN MIGUEL DE BOLIVAR, DURANTE EL AÑO 2012"**, es de mi exclusiva responsabilidad en calidad de Autora. Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad; y, leída que le fue esta declaración a la compareciente, se afirma y se ratifica en lo expuesto y firma conmigo en unidad de acto: de todo lo cual doy fe.

Jenny Maribel Manobanda Armijo
C.C. No.- 020176969-2

RAZON: Certifico que la copia fotostática que antecede es reproducción exacta del documento original, de todo lo cual DOY FE
San Miguel de Bolívar 08-05-13.

Ab. Washington Mora Ruiz
NOTARIO SEGUNDO
DEL CANTON SAN MIGUEL

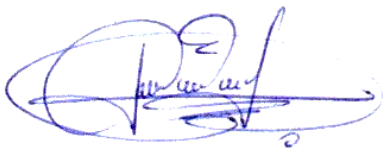
Ab. Washington Mora Ruiz
NOTARIO SEGUNDO (E) DEL CANTÓN SAN MIGUEL

Ab. Washington Mora Ruiz
NOTARIO SEGUNDO DEL CANTON SAN MIGUEL DE BOLIVAR

DECLARACIÓN BAJO JURAMENTO DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TESIS

JENNY MARIBEL MANOBANDA, egresada de la Facultad de Jurisprudencia, Escuela de Derecho, Universidad Estatal de Bolívar, declaro en forma libre y voluntaria que la presente investigación y elaboración de Tesis de Abogada de los Juzgados y Tribunales del Ecuador, que versa sobre: **"Segundas y ulteriores nupcias, consecuencias socio jurídicas en el derecho al cuidado y protección de los hijos menores de edad del cónyuge divorciado que no ha vuelto a casarse o que dio causa para el divorcio en la administración de justicia del cantón San Miguel de Bolívar, durante el año 2012"**, así como las versiones vertidas en la misma, es autoría de la compareciente, quien la he realizado a base de la recopilación bibliográfica de la legislación, el derecho ecuatoriano, derecho comparado y consultas dogmáticas, doctrinarias.

Por lo expresado en esta mi declaración, asumo la responsabilidad de originalidad de la misma y el cuidado respectivo a remitirse a las fuentes bibliográficas anexas para fundamentar el contenido expreso.



JENNY MARIBEL MANOBANDA

AUTORA

RESUMEN EJECUTIVO

Todo Estado Constitucional de Derechos implica transformación en el estado, porque la constitución es vinculante, existe supremacía en el sistema de las fuentes del derecho (Ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina científica, equidad, y los principios generales del derecho, derecho natural, universal....) , de su eficacia y aplicación directa e inmediata de la constitución, la garantía jurisdiccional, su materialidad normativa y la rigidez constitucional, vale decir se somete al constitucionalismo contemporáneo.

Al tratar sobre derechos de las personas, viene a nuestro pensamiento un sinónimo de unificación de valores morales y sociales donde en la administración de justicia se conjuga la existencia de persona - jurista – juez.

Haciendo un análisis de la constitución vigente (2008) en el Ecuador, en lo relacionado al precepto de igualdad o acción afirmativa, el[1] **Art. 11, Inciso último, principio 2,** establece una norma de suma importancia para hacer efectivo este principio, es decir le da al estado esa potestad para adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentran en situación de desigualdad, promoción del poder público, requisito práctico para la real vivencia de los derechos y garantías constitucionales.

Hablar de Derechos Humanos, de las personas es referirnos a aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna, sin distinción alguna de etnia, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

[1] **Art. 11, Inciso último, principio 2**

Tratar sobre la segundas y ulteriores nupcias, es consecuencia de un pasado histórico en el proceso de la vida de los seres humanos, en especial de una pareja unida por vínculos de afectividad, es decir unidos por la institución jurídica del matrimonio, por lo que haré un análisis al proceso mismo como antecedentes del matrimonio en el Ecuador, relación o vínculo incierto que en el mayor de los casos, termina por disolución del mismo, o mejor conocido por divorcio, institución de la que me valdré también para sustentar mi trabajo de tesis previa la obtención del título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, es entonces este hecho, el que me permite investigar justamente a la institución de las segundas y ulteriores nupcias y sus consecuencias socio jurídicas, por cuanto el nuevo matrimonio, es inobservado, no se aplica las reglas sobre la situación personal de los hijos menores de edad, esto es sobre el cuidado, protección de los hijos menores de edad en el derecho que le asiste al cónyuge divorciado que no ha vuelto a casarse, en igualdad de derechos, por ser nuestra Constitución en este proceso de cambio, transformación la que ha generado un estado de igualdad entre las, los ciudadanas, (nos), consecuencias socio jurídicas éstas, refiriéndome a la no aplicabilidad o inobservancia de la ley en derecho de familia, que son gravísimas para la estabilidad emocional de dichos hijos, y también para el progenitor divorciado que no volvió a casarse.

Serán temas de análisis, los casos en que se obtiene la curaduría especial y en qué consiste, ya que a lo largo de la historia siempre se ha tenido en cuenta y se ha llevado a cabo esta resolución adoptada desde la época romana en cuanto y en tanto a los hijos, les otorgaban parte de sus bienes de un primer matrimonio y por ser menores de edad para efectos legales, necesitan de un adulto quien les lleve el inventario de todos los bienes que quedaban o tenían a su favor.

Esta institución de ulteriores nupcias o binupcial, desconocida en el período clásico del Derecho Romano, hizo su aparición a finales del siglo IV como resultado de una tendencia protectora de los hijos del primer matrimonio, aunque estaba latente tiempo antes, como prevención de las segundas nupcias, protegida por la doctrina de la iglesia y dando lugar a que sus representantes cristianos establecieran medidas legales respecto a las mismas, tales como dicha reserva binupcial o clásica y la limitación al cónyuge sobreviviente del causante bínubo, en concurrencia con hijos o descendientes de anterior matrimonio de éste, vale decir, el padrastro o la madrastra, no podían adquirir en la sucesión de dicho causante más de lo que correspondía al hijo menos favorecido del expresado anterior matrimonio, limitación recogida por la Compilación de Cataluña de 1960, la Compilación de Baleares de 1961 y la Compilación de Navarra de 1973. Actualmente ha sido suprimida en las dos primeras, pero se mantiene en Navarra, donde, además, es aplicable respecto de los hijos y descendientes del segundo matrimonio.

Nuestro sistema legal familiar, recogido por el Código Civil, da el concepto de matrimonio, trata sobre la disolución del vínculo matrimonial, al determinar que el divorcio disuelve el mismo, describe en qué momentos la persona puede volver a casarse, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos.

En la materia investigativa es importante dejar constancia que nuestro Código Civil se preocupó única y exclusivamente de establecer una prohibición de contraer matrimonio, en lo relacionado a las segundas y ulteriores nupcias, específicamente en el **Art. 133**, exigencia establecida para la designación de curador especial en caso de haber o no bienes, resaltando la presentación de la certificación auténtica del nombramiento de curador especial, al igual que hace gala de la información sumaria de que el viudo no tenga hijos, bueno, para el caso de viudez, pero en materia de análisis, lo que no interesa es justamente para el caso del nuevo matrimonio por razón del divorcio.[2]

[2] **Art. 133**

El **Art. 108 del Código Civil**, cuando se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, dentro de su contexto, contempla disposiciones legales de suma importancia, y es justamente en el Inciso 3ro, regla 5 que deja expresa constancia que el matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayoría de edad, dándole una disposición facultativa de pedir o no pedir, es decir debe guardar relación expresa con la regla 4, esto al determinar que no se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualesquiera de los motivos contemplados en el **Art. 110**, caso que no es aplicable para el divorcio consensual, dejando en claro que tiene plena vigencia para los casos de divorcios controversiales o por causales, resultado este que tampoco se cumple por parte de los operadores de justicia en el cantón San Miguel de Bolívar, Provincia Bolívar, ya sea cuando la competencia le estaba atribuida a los Juzgados de lo Civil, y posteriormente con la entrada en vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial, a los Juzgados de la Familia, Niñez y Adolescencia, y que como unidad judicial el Juzgado de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, con jurisdicción y competencia en el cantón San Miguel de Bolívar entra en pleno ejercicio de sus funciones el mes de Abril del año 2012. [3]

Como objeto de trabajo de estudio**,** partiendo de un análisis del Código Civil, Libro Primero, sobre las clases de derecho de familia impartidas en mi formación como futura profesional del derecho, lo que me permitió inclinarme por este tema, pues tantos años de vida que ha tenido nuestro Código Civil, los arreglos o parches o simples reformas que se le ha dado, que han sido mínimas, pero el legislador poco o nada se ha preocupado por una reforma íntegra, es entonces que mi preocupación y las consultas realizadas me ha llevado a hacer efectiva esta temática para mi investigación, porque en el derecho de igualdad de condiciones y oportunidades debemos conocer,

[3] **Art. 108 del Código Civil**

entender que el derecho es precisamente una instrucción que gobierna la conducta humana, y crea la convivencia de los seres humanos. [4]

Todo ser humano es generador de la conducta humana por lo que hace efectiva dicha convivencia, pero regulada por el derecho.

Es importante conocer prácticas aplicadas en el proceso histórico sobre la situación de los hijos menores de edad frente a una nueva parentela o familia, aciertos y desaciertos en la práctica procesal para la satisfacción de derechos mutuos, al igual que una adecuada administración de justicia en el Ecuador, en especial en el medio geográfico donde se desarrolla el trabajo de investigación, realidad jurídica que es preocupante por la no aplicabilidad, inobservancia de la ley por parte de los justiciables – juristas – jueces, conocidos como operadores de justicia, donde se desenvuelven las partes procesales o justiciables, profesionales del derecho, jueces, específicamente en la Judicatura del cantón San Miguel de Bolívar; lo que a generado una intranquilidad familiar, en especial de los progenitores que no han dado motivo, causa para el divorcio, al igual que de aquellos que no se han vuelto a casar, y que bien pudiera tener bajo su cuidado y protección a sus hijos menores de edad, reflejándose en el mayor de los casos, falta de responsabilidad alimentaria o simplemente irresponsabilidad en cuidar, proteger, atender a sus hijos.

Este análisis, permite revelar la falta de importancia frente a esta institución jurídica y que como se deja dicho por un acto de irresponsabilidad, o no aplicación jurídica de los derechos existentes, mismo que en la actualidad así como está concebida la ley, tiene el carácter de permisiva, facultativa, donde el padre o madre poco o nada le interesa, lo que se complica aún más con el lento tratamiento que todavía se le da a los procesos civiles que se quedaron en trámite en esta judicatura, a pesar de que nos encontramos en un proceso de cambio profundo al sistema de administrar justicia en el país, pues lo que se pretende es que las personas que se hallen involucradas en este tema de

[4] **Art. 110**

investigación se incluyan en el proceso constitucional de derechos y justicia; se justifica académicamente también este trabajo, por el efecto e importancia de la misma para ejecutar este tipo de trabajo; cierto es, rigiéndome en las conductas legales y reglamentarias para ejecutar esta investigación jurídica, que regula la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, previa la obtención del título de Abogados de los Tribunales y Juzgados de la República.

Motivar este tipo de averiguación jurídica permitirá a que como estudiante de derecho, le dé mayor importancia a nuestra capacidad de análisis jurídico-social sobre el sistema procesal aplicable en materia civil, específicamente cuando se trate de acciones que provengan de un divorcio, de una disolución de la sociedad conyugal, o de una terminación de una unión de hecho legitimada, constituida por haber cumplido con los presupuestos procesales que requiere la ley.

Creo que el reto sería precisar la no concurrencia a juicio de disenso para contraer segundas nupcias por parte del cónyuge que no pretende volver a casarse para hacer valer sus derechos frente a la petición, o deducción de demanda para obtener dicho disenso o autorización judicial para contraer segundas y ulteriores nupcias, y que sin tener que promover demanda incidental en el juicio de divorcio, sea el juzgador al momento de autorizar en nuevo matrimonio, quien genere derechos sobre el cuidado y protección de los hijos menores de edad en favor del cónyuge que no se ha vuelto a casar, o que dio causa para el divorcio, atendiendo los principios de Simplificación, Dispositivo, Inmediación y Concentración, justamente con la reforma que se pretende aplicar al Código Civil, reforma que contenga una disposición legal con un carácter de imperativa, obligatoria, no facultativa, permisiva, es decir que ese derecho tenga el valor de obligatorio en la misma resolución que dicte la autorización o disenso judicial; a su vez se mande a dejar constancia expresa en el juicio primitivo que sería el de divorcio, proceso en el cual confirió el cuidado y protección de los hijos menores de edad, y como se deja

dicho, se debe insistir en que el disenso o autorización para contraer segundas nupcias es posterior al divorcio que declara disuelto el vínculo matrimonial y concede el cuidado y protección de los hijos menores de edad, sin observar lo dispuesto en el Art. conforme a lo determinado en el Art. 108, Inciso 3, regla 4 y 5 y que cuya reforma se quiere aplicar al Art. 133 del Código Civil .[5]

Por lo anotado, mi compromiso está enfocado en un verdadero análisis jurídico social actual, cuyo propósito es comprender las diferentes posiciones o enfoques legales, descubriendo la raíz del problema, que produce la irresponsabilidad, la no aplicación u observancia de la norma jurídica, constituyendo en el caso no consentido una falta de respeto de los derechos que confiere nuestra Constitución, al igual que de los determinados en el Código Civil, a suerte de ennoblecer nuestro intelecto y brindar aportes legales sustentables, justos a la sociedad, como a los justiciables, Profesionales del Derecho, Estudiantes de Derecho.

Es sostenible jurídicamente mi trabajo investigativo, porque me basaré en las disposiciones legales contempladas en el **Título IV, Art. 131, en especial a los Arts. 108, Inciso 3, reglas 4 y 5, Art. 133, del Código Civil Codificado, Libro I**, vale decir cuando se trate de segundas y ulteriores nupcias que provengan de un divorcio o terminación de unión de hecho legalmente reconocida, en lo relacionado a confiar el cuidado y protección de los hijos menores de edad, al cónyuge, mejor dicho ex cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio, así como también otorgarle ese derecho al cónyuge que no hubiere vuelto a casarse, criterio legal que es no aplicado, tampoco observado, siendo una vulneración de derechos tanto de ex cónyuges, como de los hijos menores de edad, pues en las segundas y ulteriores nupcias, tiene una suerte incierta, o una acertada permanencia de vida frente al nuevo compromiso, acontecimiento que es de carácter nacional específicamente en especial en nuestro medio materia de investigación porque sus resultados son reflejados en el Juzgado

[5] Art. 108, Inciso 3, regla 4 y 5 Art. 133 del Código Civil

Civil de San Miguel de Bolívar y como el objeto mismo es el de sustentar este trabajo investigativo citaré a lo que es Ley, normas de derechos humanos, normas por su supremacía prescritas en la Constitución de la República del Ecuador, considerando ciertos principios constitucionales respecto a los igualdad de derechos, normas del Código Civil con relación a derecho de familia, a instituciones jurídicas propias del trabajo de tesis, detallaré el límite hasta donde permite la reforma legal como propuesta para que sea aplicada en procesos de segundas y ulteriores nupcias que provengan del divorcio o terminación de las uniones de hecho. Así determinada esta figura, poder materializar una intención de tributo rica en conocimientos, que permita establecer una problemática real y establecer hipótesis razonables, susceptibles de solución. [6]

Este trabajo materia de investigación, tiene importancia única para mi persona por las consecuencia sociales que produce este problema en la práctica, ya que ese conformismo o falta de interés en hacer efectivos ciertos derechos, ha conllevando a generar otras dificultades sociales ya no de pareja, sino más de ex pareja y la relación para con sus hijos menores de edad, sin considerar los elementos esenciales de la familia a pesar de estar divorciados, disueltos y nuevamente unidos por efectos de segundas y ulteriores nupcias.

Mi razonamiento me lleva a dar una respuesta positiva a la sociedad, introduciéndome en ese desafío encaminado a elaborar un proyecto de reforma legal; y, mi interés al desarrollar este tipo de trabajo investigativo, está también basada en el comportamiento social en estos casos, de falta de respeto a la moral, a la obligación misma de padres y a las consecuencias psicológicas, afectivas de los hijos menores de edad.

Como posibles causas que originan el problema he considerado:

[6] Título IV, Art. 131, en especial a los Arts. 108, Inciso 3, reglas 4 y 5, Art. 133, del Código Civil Codificado, Libro I,

1.- En la práctica diaria de problemas de familia o sociales, existe falta de interés de ser confiado en el cuidado, protección de los hijos menores de edad, provenientes de una causa de divorcio, terminación de unión de hecho frente a las segundas y ulteriores nupcias.

2.- Las disposiciones legales constantes en los Art. 108, Incisos 3, reglas 4, 5 del Código Civil, al determinar una facultad de no confiar el cuidado de los hijos al cónyuge, mejor dicho al cónyuge que dio causa para el divorcio y al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir se le encargue el cuidado de los hijos menores; y, las del Art. 133 ibídem, al contener una prohibición de contraer matrimonio, no es concreto en el derecho, para que se confíe el cuidado de los hijos menores de edad.[7]

3.- Las futuras demandas de segundas y ulteriores nupcias que provengan de divorcios o terminaciones de unión de hecho, deben constar expresamente con una norma imperativa que obligue a no confiar el cuidado y protección de los hijos menores de edad al cónyuge que dio causa para el divorcio, mientras que otorgue este derecho de cuidado y protección en forma obligatoria al cónyuge o conviviente que no se hubiere vuelto a casar o unirse monogámicamente en derecho.

En la formulación del problema, se hace notar que la no aplicación y la falta de norma legal imperativa en la sustanciación de las demandas de segundas y ulteriores nupcias, atenta al derecho equilibrado de las personas justiciables, a su vez, provoca inaplicabilidad a las reglas jurídicas, surgiendo secuelas socio-jurídicas en la jurisdicción sanmigueleña, por lo que se hace necesario proponer un proyecto de ley reformatoria al Código Civil, que suprima en el Art. 108 Inciso 3, las Reglas 4, 5; que agregando un inciso al Art. 133, sus efectos cuenten con una norma imperativa para que no se confié el cuidado y protección de los hijos menores de edad al cónyuge que dio causa para el

[7] Art. 108, Incisos 3, reglas 4, 5 del Código Civil, Art. 133 ibídem

divorcio, o para la terminación de unión de hecho, otorgándose el derecho de cuidado y protección en forma obligatoria al cónyuge o conviviente que no se hubiere vuelto a casar o unido monogámicamente en derecho, reforma que converge con un criterio definido de aplicación efectiva a los derechos de los menores de edad e incapaces en general, puesto que este efecto legal meramente facultativo hace que los operadores de justicia en general, esto es profesionales del derecho, como sujetos de asistencia y patrocinio legal a los justiciables, o partes de un proceso legal, al igual que los administradores de justicia, admitan y tramiten demandas de este tipo sin importar en lo absoluto la situación personal de los hijos menores de edad e incapaces, vulnerándose permanentemente derechos universales y constitucionales de grupos vulnerables, menores de edad, e incapaces en general.

La Hipótesis direcciona una aplicación de la norma en forma apropiada para su trámite legal de las demandas y causas de este tipo, partiendo desde la variable independiente y otra dependiente.

ÍNDICE DE CUADROS Y GRÁFICOS INDICE DE CUADROS Y GRÁFICOS DE LAS ENCUESTAS APLICADAS A PERSONAS VINCULADAS CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, POLICÍAS, ABOGADOS Y CIUDADANOS COMUNES.

CUADRO Y GRÁFICO NO. 1……..…… 128
CUADRO Y GRÁFICO NO. 2…….. 129
CUADRO Y GRÁFICO NO. 3…….. 130
CUADRO Y GRÁFICO NO. 4…….. 131
CUADRO Y GRÁFICO NO.5…….. 132
ANEXO. N° 1……... a

INDICE DE CONTENIDOS Y MATERIAS

CONSTANCIA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR……..… 2
DEDICATORIA…….…….…… 3
AGRADECIMIENTO…….…… 4
ACTA NOTARIADA DE VERIFICACIÓN DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍA…….…..…… 5
RESUMEN EJECUTIVO…….……..… 7

CAPÍTULO I
EL PROBLEMA

1.1 PLANTAMIENTO DEL PROBLEMA…… 25
1.1.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA…….. 26
1.1.2 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA……... 27
1.2 OBJETIVOS……. 27
JUSTIFICACIÓN……. 28

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS…….. 30
2.2 FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICA…..…….. 30
2.3 PRINCIPIOS LEGALES……... 34
2.3.1 PRINCIPOIS CONSTITUCIONALES……..…….. 35
2.3.4 SITUACION DE DESIGUALDAD DE LAS PERSONAS…… 40
2.3.5 EJERCICIO DE LOS DERECHOS……. 43
2.3.6 TITULARES DE DERECHOS…..……..……..…… 51
2.3.7 ACCION AFIRMATIVA……..……..…… 55
2.4 DISENSO JUDICIAL…..……..……..…….. 57
2.4.1 DEFINICION…….…. 55
2.4.2 ANTECEDENTES LEGALES……. 56
2.4.3 EL DISEÑO JUDICIAL EN LA ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA…. 58
2.4.4 JURISDICCION Y COMPETENCIA..…… 59

2.5 MATRIMONIO…….…….. 61
2.5.2 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ECUADOR…….…… 62
2.5.3 REQUISITOS…….…… 66
2.5.4 PROCEDIMIENTO……... 70
2.5.5. LA UNIÓN DE HECHO COMO MATRIMONIO…. 71
2.5.6. CRISIS MATRIMONIAL…….…….. 72
2.6. DIVORCIO…….……... 76
2.6.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL ECUADOR…… 78
2.6.3. REQUISITOS…….…… 80
2.6.4. PROCEDIMIENTO…….. 81
2.6.5. 83
SENTENCIA...…..…….
2.6.6. SITUACIÓN DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD PROVENIENTES
DEL DIVORCIO ……..…….. 84
2.7. SEGUNDAS Y ULTERIORES NUPCIAS…..…….. 86
2.7.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL ECUADOR…….…… 86
2.7.3. NUEVO MATRIMONIO……..……...……... 88
2.7.4. PRESUPUESTOS PROCESALES…..……. 91
2.7.5. PROCEDIMIENTO…..……...…… 93
2.7.6. CURADURÍAS ESPECIALES…..…….. 97
2.7.7 INCAPACES ABSOLUTOS…..…… 99
2.7.7. SENTENCIA……..…….. 107
2.7.8. EJECUCION……... 111
2.7.9. LA NUEVA PARENTELA O FAMILIA: SITUACIÓN DE LOS HIJOS 112
2.7.10. SITUACIÓN DEL EX CÓNYUGE QUE NO DIO CAUSA DE DIVORCIO, O QUE NO HA VUELTO A CASARSE COMO TITULAR DE DERECHOS…….…. 114
2.7.11. LAS SEGUNDAS Y ULTERIORES NUPCIAS COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA: ANÁLISIS SOCIO-JURÍDICO FRENTE AL CONFLICTO SOCIAL DE LOS DESCENDIENTES MENORES DE EDAD…….…… 117
2.8. FUNDAMENTACION FILOSÓFICA...……. 120

CAPÍTULO III
MARCO METODOLÓGICO

3.1 MODALIDAD DE INVESTIGACIÓN…….. 122
3.2 TIPO DE INVESTIGACIÓN……..... 122
3.3POBLACIÓN Y MUESTRA……..…… 122
3.4 MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS……..…… 123
3.4.2 TÉCNICAS……...…… 124
3.4.2.1 TECNICAS APLICADAS……...…… 126
3.4.3 INSTRUMENTOS…….…..……. 126
3.6 SUSTENTACIÓN DE LA HIPOTESIS……..…… 132

CAPÍTULO IV
PROPUESTA

4.1 TÍTULO……...……. 135
OBJETIVO…….…… 135
JUSTIFICACIÓN…….……. 135
4.2 DESARROLLO DE LA PROPUESTA…….…….. 137
DESARROLLO DE LA PROPUESTA JURÍDICA, MODELO Y PLAN DE APLICACIÓN …….. 138
PRESENTACION DEL PROYECTO DE LEY...…….…… 139
PROYECTO DE REFORMA LEGAL……..……. 142
REFORMATORIA A LA CODIFICACION AL CODIGO CIVIL..…… 146
4.3 VALIDACION DE LA PROPUESTA…….…..…….. 147
CONCLUSIONES……...…… 148

RECOMENDACIONES……...…….. 149
BIBLIOGRAFIA……. 150

.

INTRODUCCIÓN

La pretensión de este trabajo investigativo, es instituir una reforma legal al Código Civil puesto que la no aplicación y la falta de norma legal imperativa en la sustanciación de las demandas de segundas y ulteriores nupcias, está atentando al derecho equilibrado de las personas justiciables y a su vez provocando la inaplicabilidad de las reglas jurídicas, surgiendo secuelas socio-jurídicas en la jurisdicción sanmigueleña, específicamente al contenido del Art. 108 Inciso 3, esto es a las Reglas 4, 5; finalidad, se agregue un inciso al Art. 133, cuyo efecto sea contar con una norma imperativa que determine específicamente, que no se confiará el cuidado y protección de los hijos menores de edad al cónyuge que dio causa para el divorcio, o la terminación de unión de hecho, otorgándose el derecho de cuidado y protección en forma obligatoria al cónyuge o conviviente que no se hubiere vuelto a casar o unido monogámicamente en derecho, reforma que converja con un criterio definido de aplicación efectiva a los derechos de los menores de edad e incapaces en general, puesto que este efecto legal meramente facultativo hace que los operadores de justicia en general, esto es profesionales del derecho, como sujetos de asistencia y patrocinio legal a los justiciables, o partes de un proceso legal, al igual que los administradores de justicia, admitan y tramiten demandas de este tipo sin importar en lo absoluto la situación personal de los hijos menores de edad e incapaces, vulnerándose permanentemente derechos universales y constitucionales de grupos vulnerables, menores de edad, e incapaces en general, reforma que sea esa fortaleza al sistema de justicia y aplicable al régimen procesal.

El capítulo primero de este trabajo recoge todo lo relacionado al problema, planteamiento, formulación, delimitación del problema, al igual que los objetivos que se pretende alcanzar en esta investigación; y, la justificación.

El capítulo segundo, hace referencia al marco teórico, donde se recoge los antecedentes investigativos, la fundamentación científica, destacándose un

estudio y análisis jurídico de los Principios Legales, disenso judicial, matrimonio, divorcio, segundas y ulteriores nupcias; fundamentación filosófica, la hipótesis, variables.

El capítulo tercero, determina el marco metodológico, donde se destaca la modalidad, el tipo de investigación, la población y muestra, los métodos, técnicas e instrumentos, al igual que la interpretación de datos (gráficos y cuadros) y la sustentación de la Hipótesis.

El capítulo cuarto, recoge el marco propositivo, título, objetivo, justificación, desarrollo, validación de la propuesta, conclusiones, recomendaciones, bibliografía, y los anexos.

En conclusión, este trabajo de investigación, recoge una temática de suma importancia que ha dado mucho que discutir y por ser también de actualidad por lo que se convierte en un tema interesante, pues aborda temas en derecho que aporta a la solución de problemas sociales de familia.

Finalmente nuestra propuesta es un aporte a la normativa legal de la Codificación al Código Civil, atendiendo la inobservancia o no aplicabilidad efectiva en lo referente al cuidado y protección de los hijos menores de edad e incapaces en general por efectos del nuevo matrimonio o unión de hecho; y que para su plena vigencia, se debe establecer una reforma que garantice su aplicabilidad, para hacer de la justicia una tutela efectiva.

TEMA:

“SEGUNDAS Y ULTERIORES NUPCIAS, CONSECUENCIAS SOCIO JURÍDICAS EN EL DERECHO AL CUIDADO Y PROTECCIÓN DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD DEL CÓNYUGE DIVORCIADO QUE NO HA VUELTO A CASARSE O QUE DIO CAUSA PARA EL DIVORCIO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DEL CANTÓN SAN MIGUEL DE BOLÍVAR, DURANTE EL AÑO 2012”.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA.

1.1. Planteamiento del problema.

¿Cómo las segundas y ulteriores nupcias y sus consecuencias socio jurídicas en el derecho al cuidado y protección de los hijos menores de edad del cónyuge divorciado que no ha vuelto a casarse o que dio causa para el divorcio, repercuten en la administración de justicia del cantón San Miguel de Bolívar, durante el año 2012?

Nuestra historia del derecho en el Ecuador, en lo relacionado a la segundas y ulteriores nupcias, debemos decir que esta institución jurídica lo encontramos en nuestro[8] Código Civil, específicamente en el Libro I, Título IV, Art. 131al 135.

La intencionalidad del legislador quizás fue la de tutelar derechos fundamentales de menores de edad, e incapaces en general, por el hecho de un nuevo matrimonio, por eso es que he centrado mi trabajo de tesis en el Art. 133 del Código Civil, atendido la disposición legal del Art. 108, inciso tercero, reglas 4, 5 ibídem, por ser el efecto jurídico frente al no acuerdo de los cónyuges intervinientes en un divorcio, consecuencia legal que por lo general no se cumple y que ha traído consecuencias socio legales para las familias primitivas y para las sobrevinientes como efecto del nuevo matrimonio, y que también es aplicable a la terminación de la unión de hecho, como efectos ulteriores. [9]

En la práctica y de la investigación realizada se tiene que determinados operadores de justicia o administradores de justicia al conocer acciones provenientes de demandas de divorcio, no se aplica en derecho lo determinado en el Art. 108, inciso tercero, reglas 4, 5 del Código Civil, esto cuando no se ha

[8] Código Civil, específicamente en el Libro I, Título IV, Art. 131al 135
[9] Art. 133 del Código Civil. Art. 108, inciso tercero, reglas 4, 5 ibídem.

logrado o alcanzado un acuerdo con los cónyuges intervinientes o sus procuradores especiales sobre la situación económica en que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento, la regla 4 hace referencia a que tampoco se confiará el cuidado de los hijos del cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualquiera de los motivos señalados en el Art. 110; mientras que la regla 5, siendo aplicable a las segundas nupcias, refiere a que el matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayoría de edad. Por otra parte, el Art. 133 ibídem, determina una norma prohibitiva para contraer matrimonio, por lo que aplicando a este trabajo de investigación tomaremos lo referente al progenitor divorciado que tuviere hijos bajo patria potestad, que trata de volverse a casar, prohibición que es aplicable específicamente para los casos en que no se presente certificado auténtico del nombramiento de curador especial para los objetos antedichos, por lo que resulta importante dar respuesta jurídica para atender estos casos específicos para tutelar derechos de menores de edad o incapaces, cuando se trate de autorizar ulteriores nupcias o uniones de hecho, puesto que el mismo efecto tendría esta institución jurídica última.[10]

1.1.1. Formulación del problema.

La falta de instituir una reforma legal al Código Civil para la sustanciación de las demandas de segundas y ulteriores nupcias, atenta al derecho equilibrado de las personas justiciables, provoca inaplicabilidad de las reglas jurídicas, genera secuelas socio-jurídicas en el derecho al cuidado y protección de los hijos menores de edad del cónyuge divorciado que no ha vuelto a casarse o

[10] Art. 108, inciso tercero, reglas 4, 5 del Código Civil, Art. 133 ibídem

que dio causa para el divorcio, repercutiendo en la administración de justicia del cantón San Miguel de Bolívar.

1.1.2. Delimitación del problema.

Este trabajo, materia de investigación de falta de instituir una reforma legal al Código Civil para la sustanciación de las demandas de segundas y ulteriores nupcias atendiendo el derecho al cuidado y protección de los hijos menores de edad del cónyuge divorciado que no ha vuelto a casarse o que dio causa para el divorcio, se desarrollará en el Juzgado Sexto de lo Civil de Bolívar.

1.2. OBJETIVOS:

1.2.1. Objetivo general.

Determinar en base al análisis jurídico y de práctica diaria, las consecuencias socio jurídicas en el cuidado y protección de los hijos menores de edad del cónyuge divorciado que no ha vuelto a casarse o que dio causa para el divorcio en los procesos de segundas y ulteriores nupcias y sus repercusiones en la administración de justicia en el cantón San Miguel de Bolívar, durante el año 2012.

1.2.2. Objetivos específicos.

- Analizar la institución jurídica de segundas y ulteriores nupcias y las consecuencias socio jurídica en el derecho de cuidado y protección de los hijos menores de edad del cónyuge divorciado que no ha vuelto a casarse o que dio causa para el divorcio.

- Analizar las causas para el divorcio en los procesos de segundas y ulteriores nupcias.
- Analizar las repercusiones en la administración de justicia en el cantón San Miguel de Bolívar, durante el año 2012 en las causas de segundas y ulteriores nupcias en razón del trabajo de investigación y objetivos ya expresados.
- Analizar las consecuencias sociales que acarea esta práctica procedimental civil inobservada en derecho tanto de los ex cónyuges o ex convivientes en la administración de justicia como en el trabajo autónomo de los profesionales del derecho.
- Diseñar un proyecto de reforma al Código Civil que permita dar respuesta a esta institución jurídica investigada.

1.3. JUSTIFICACION.

En forma positiva una vez examinando, averiguando ciertos problemas sociales y de familia de nuestro entorno social, de nuestro país, como fórmula para dar una salida a los mismos atendiendo nuestra legislación ecuatoriana, germina un interés a desplegar este trabajo de investigación en lo relacionado a la institución jurídica llamada, Segundas y Ulteriores Nupcias, sus consecuencias socio jurídicas en el derecho al cuidado y protección de los hijos menores de edad del cónyuge divorciado que no ha vuelto a casarse o que dio causa para el divorcio en la administración de justicia del cantón San Miguel de Bolívar, durante el año 2012, en el accionar diario del profesional del derecho, asesora, patrocina demandas cuyo procedimiento y trámite está contemplado por el Código Civil y Procesal Civil, dicho en otras palabras, debe observar y se ha de advertir los efectos jurídicos que generan alcanzar el objetivo final que es la sentencia, la resolución generadora de derechos, observación que debe también cumplir el operador para efectos d la admisibilidad de la demanda,

norme constante en el Art. 69 de la Codificación al Código de Procedimiento Civil, vale decir, una vez presentada la demanda, el juez examinará si reúne los requisitos legales, si lo reúne admitirá a trámite, caso contrario ordenará que el actor lo complete o aclare, en el término de tres días, y con las consecuencias allí constantes.[11]

Este trabajo de investigación permitirá que el operador de justicia, profesional del derecho, Abogado, parte procesal o justiciable, administrador de justicia, cuenten con un instrumento de reforma legal que le valide a poner en práctica los conocimientos en esta materia, tener un instrumento para la tutela efectiva de menores de edad y de justiciables cuyo derecho se le ha confiado en esta reforma que se propone para la solución de conflictos.

Se justifica porque en la actualidad donde prevalece el interés superior de niños, niñas y adolescentes y más grupos vulnerables, sin duda el proyecto de reforma legal, daría confianza, equilibrio social, se haría justicia plena con los justiciables divorciados o de las uniones de hecho disueltas, pues estarían contando con una fuente legal a la que puedan acudir para hacer efectivo el cuidado y protección de sus hijos menores de edad, vale decir que este derecho, sea obligatorio para aquellos progenitores que no han dado causa para el divorcio, o terminación de unión de hecho; o, a aquel que se haya vuelto a casar.

[11] Art. 69 de la Codificación al Código de Procedimiento Civil.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO.

2.1. Antecedentes investigativos.

Determinado el tema de trabajo de tesis, no se han realizado otras investigaciones sobre esta temática específica, es entonces nuevo, original; y, aprobado que fue el mismo se procedió a realizar el trámite administrativo y académico para su ejecución tanto en el Juzgado donde se desenvuelve el espacio materia de investigación, como también en las judicaturas en materia Civil, cuya competencia esta atribuida en la Ley.

2.2. Fundamentación científica.

La institución jurídica que trata sobre las segundas y ulteriores nupcias, esta reglada en nuestro Código Civil, específicamente en el Libro I, Título IV, Art. 131al 135., norma legal que determina, nos enseña la ritualidad a seguirse para el caso de los juicios de esta materia, y que para el efecto debo trascribir la normativa en referencia:

Art. 131.- **Inventario solemne de los bienes del hijo**.- El progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo su patria potestad, o bajo su curaduría, y que quisiere casarse o volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan a tales hijos como a herederos de su cónyuge difunto o por cualquier otro título.[12]

Para la formación de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial.

Art. 132.- **Casos de que los hijos no tengan bienes**.- Habrá lugar al nombramiento de curador, aunque los hijos no tengan bienes propios de

[12] Art. 131.- **Inventario solemne de los bienes del hijo**

ninguna clase en poder del padre o de la madre. Cuando así fuere, deberá el curador especial testificarlo.[13]

Art. 133.- **Prohibición de contraer matrimonio**.- La autoridad correspondiente, no permitirá el matrimonio del progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo patria potestad, que trata de volver a casarse, sin que se le presente certificado auténtico del nombramiento de curador especial para los objetos antedichos, o sin que preceda información sumaria de que el viudo no tiene hijos de precedente matrimonio, que estén bajo su patria potestad, o bajo su curaduría.[14]

Art. 134.- **Sanción por no hacer el inventario**.- El progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo patria potestad, por cuya negligencia hubiere dejado de hacerse en tiempo oportuno el inventario prevenido en el Art. 131, perderá el derecho de suceder como legitimario, o como heredero abintestato, al hijo cuyos bienes ha administrado.[15]

Art. 135.- **Prohibición de contraer matrimonio a la mujer**.- La viuda no podrá contraer un nuevo matrimonio, si no han transcurrido por lo menos trescientos días desde la fecha en que murió el marido, salvo que probare científicamente ante la autoridad que va a intervenir en la celebración del matrimonio, no encontrarse embarazada.[16]

Igual impedimento y excepción se establecen para la mujer cuyo matrimonio se ha disuelto por nulidad o divorcio, y en estos casos, el plazo se contará desde la fecha en que se inscribió la sentencia en el Registro Civil.

Estas prohibiciones no se extienden a los siguientes casos:

1. Si el nuevo matrimonio se efectúa con el último cónyuge;

[13] Art. 132.- Casos de que los hijos no tengan bienes
[14] Art. 133.- Prohibición de contraer matrimonio
[15] Art. 134.- Sanción por no hacer el inventario
[16] Art. 135.- Prohibición de contraer matrimonio a la mujer

2. Si no obstante encontrarse embarazada, el futuro cónyuge expresa ante la autoridad que celebra el matrimonio, reconocer como suyo el hijo que está por nacer; y,

3. Si el divorcio se produjo por las causales 6 y, 11 del artículo 110 de este Código.

Para sustentar este trabajo de tesis, a su vez resulta importante recoger el texto del Art. 108, inciso tercero, reglas 4 y 5 del Código Civil.

Art. 108.- **Procedimiento del divorcio por mutuo consentimiento**.- Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.[17]

En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos.

Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad - litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos.

Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:

4. Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cuales quiera de los motivos señalados en el Art. 110;

[17] Art. 108.- **Procedimiento del divorcio por mutuo consentimiento**.-

5. El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad….

El Marco Teórico es sin lugar a dudas es la contribución fundamental de la investigación, en materia civil, es la forma de aplicabilidad de la ley de la materia, permite fundar un problema procesal atendiendo el accionar de los operadores de justicia en su conjunto, es así que se constituye en la parte sustantiva misma, por lo que acogiendo ciertos comentarios legales sobre la materia en las relaciones adoptadas y tomadas de otras investigaciones de problemas sociales y de familia, que engranadas con las acciones, experticias y experiencias vividas se llega a determinar este error o desatino procesal y legal; el marco teórico, es el problema planteado en forma teórica, la explicación a las relaciones entre los hechos, los elementos que intervienen en el proceso, los valores o factores variables; dicho de otro modo, el marco teórico parte de los elementos teóricos básicos que lo conforman, para poder penetrar en la realidad o hecho a investigarse, permite, facilita explicar el problema u objeto de estudio, nos da la oportunidad de quien investiga, lea, seleccione la información teórica específica que yendo de la mano con el objeto de investigación o estudio, se constituye en la base para el desarrollo de la investigación. [18]

[18] Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:

4. Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cuales quiera de los motivos señalados en el Art. 110;

5. El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad….

En el caso que materia de estudio, los aportes teóricos de familia, han permitido situar al problema y aprovechando conceptualizaciones, experiencias presentar una propuesta de solución, me ha permitido, comprender, explicar científicamente, puesto que como persona introducida en la investigación, como observadora directa de esta error de tipo legal no puedo ser conjeturada o fundadora de entes ajenos al problema mismo, por el contrario debo ofrecer seguridad judicial, criterio indispensable de mi director de tesis, seguridad judicial que no se encuentre viciada, ni genere nulidad procesal y que es la que se aprovechan permanentemente los litigiosos del derecho, se quiere entonces ofrecer seguridad en la orientación a la acción investigadora, debe ser orientadora, para poder formular una hipótesis con objetivos determinados.

Para aseverar lo expuesto, debo realizar esta incógnita: ¿De dónde se obtendrá esa teoría sustantiva que va a establecer la investigación? Y como respuesta se tendría: de la Constitución de la República, de textos, de obras editadas, de legislaciones vecinas o derecho comparado, de la Ley de la materia, de la Doctrina, Jurisprudencia al respecto, de procesos o causas sustanciadas, resueltas como aspiración a graduarme como Abogada de los Tribunales y Juzgados, por lo que propongo ésta reforma empleando un idioma de fácil comprensión, pues será fuente de ayuda, apoyo para operadores de justicia, estudiantes , en fin para toda aquella persona que considere un aporte al derecho ecuatoriano.

2.3. PRINCIPIOS LEGALES:

2.3.1. Concepto.-

El concepto de principio se utiliza cuando se quiera marcar el origen o el comienzo en el tiempo de alguna situación o proceso. Así como sucede con otros términos, la palabra principio no reduce su aplicación a un solo contexto sino que son varios los usos que recibe.

Los principios en el derecho y en la ética adquieren un sentido de suma importancia porque son a través de ellos que se enumeran, se regulan y se pueden demostrar determinadas cuestiones que hacen a la vida de los seres humanos**.**

En el derecho, los principios personifican a un conjunto de valores que se representarán en las leyes escritas, son sobre los cuales la autoridad competente intentará organizar y comprometer a un buen comportamiento a los seres humanos que la integran.

2.3.2. Principios Constitucionales.

El Art. 11 de nuestra constitución, consagra los principios constitucionales para hacer efectivo el **ejercicio de los derechos.** [19]

Principios de la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, debe observar y aplicar lo establecido en el Art. 168 de la Constitución de la República.[20]

Siendo el sistema procesal un medio para la realización de la justicia, el Art. 169 de la Constitución de la República nos advierte que 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 la justicia por la sola omisión de formalidades; mientras que el principio aplicable para todo operador de justicia es de la debida diligencia en los procesos de la administración de justicia, conforme lo determina el Art. 172 de dicho cuerpo legal.[21]

2.3.3. Principios rectores de los administradores de justicia, según el Código Orgánico de la Función Judicial. (Concordancias con otras normas legales)

[19] Constitución de la República del Ecuador, Art. 11.
[20] Ibídem, Art. 168.
[21] Ibídem, Art. 172.

PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL, se halla determinado en el Art. 4, y es concordante con la CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Arts. 11, 424.-

PRINCIPIO DE APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL, se halla determinado en el Art. 5, y es concordante:
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Arts. 11, 424
- CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 18**.**

INTERPRETACION INTEGRAL DE LA NORMA CONSTITUCIONAL, se halla determinado en el Art. 6, y es concordante con:
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Arts. 11, 427.

PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, JURISDICCION Y COMPETENCIA, se halla determinado en el Art. 7, y es concordante:
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Arts. 172, 189, 191, 194
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, CODIFICACION, Arts. 1, 3, 16
- LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION, CODIFICACION, Arts. 16
- CODIGO TRIBUTARIO, CODIFICACION, Arts. 217

PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA, se halla determinado en el Art. 8, y es concordante:
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Arts. 168
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, CODIFICACION, Arts. 2)

PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD, se halla determinado en el Art. 9, y es concordante:
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Arts. 168, 172.

PRINCIPIOS DE UNIDAD JURISDICCIONAL Y GRADUALIDAD, se halla determinado en el Art. 10, y es concordante:
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Arts. 168.

- CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, CODIFICACION, Arts. 1.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD, se halla determinado en el Art. 11, y es concordante:

- CODIGO TRIBUTARIO, CODIFICACION, Arts. 217.

PRINCIPIO DE GRATUIDAD, se halla determinado en el Art. 12, y es concordante:

- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Arts. 168
- CODIGO PENAL, Arts. 494.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD, se halla determinado en el Art. 13, y es concordante:

- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Arts. 168.

PRINCIPIO DE AUTONOMIA ECONOMICA, FINANCIERA Y ADMINISTRATIVA, se halla determinado en el Art. 14, y es concordante:

- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Arts. 168.

PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD, se halla determinado en el Art. 15, y es concordante:

- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Arts. 11
- CODIGO PENAL, Arts. 277
- LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION, CODIFICACION, Arts. 1, 43.

PRINCIPIO DE DEDICACION EXCLUSIVA, se halla determinado en el Art. 16, y es concordante:

- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Art. 174.

PRINCIPIO DE SERVICIO A LA COMUNIDAD, se halla determinado en el Art. 17, y es concordante:

- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Arts. 171, 172, 190)

SISTEMA-MEDIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA, se halla determinado en el Art. 18, y es concordante:
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Art. 169.

PRINCIPIOS DISPOSITIVO, DE INMEDIACION Y CONCENTRACION, se halla determinado en el Art. 19, y es concordante:
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Art. 169.

PRINCIPIO DE CELERIDAD, se halla determinado en el Art. 20, y es concordante:
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Arts. 169, 172
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL 2000, Art. 20.

PRINCIPIO DE PROBIDAD se halla determinado en el Art. 21, y es concordante:
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Art. 172.

PRINCIPIO DE ACCESO A LA JUSTICIA, se halla determinado en el Art. 22, y es concordante:
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Art. 181.

PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS, se halla determinado en el Art. 23, y es concordante:
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Art. 11
- CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Art. 18.

PRINCIPIO DE INTERCULTURALIDAD, se halla determinado en el Art. 24.

PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA, se halla determinado en el Art. 25, y es concordante:

- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Art. 172.

PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL, se halla determinado en el Art. 26, y es concordante:

- CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Arts. 335
- CODIGO PENAL, Arts. 296.

PRINCIPIO DE LA VERDAD PROCESAL, se halla determinado en el Art. 27, y es concordante:

- CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, CODIFICACION, Arts. 273, 274
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL 2000, Arts. 306, 315.

PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA, se halla determinado en el Art. 28, y es concordante:

- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Arts. 11
- CODIGO CIVIL (TITULO PRELIMINAR), Arts. 18, 19
- CODIGO PENAL, Art. 28.

INTERPRETACION DE NORMAS PROCESALES, se halla determinado en el Art. 29, y es concordante:

- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Art. 169.

PRINCIPIO DE COLABORACION CON LA FUNCION JUDICIAL, se halla determinado en el Art. 30, y es concordante:

- CODIGO PENAL, Arts. 234.

PRINCIPIO DE IMPUGNABILIDAD EN SEDE JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, se halla determinado en el Art. 31.

2.3.4. Situación de desigualdad de las personas frente a los derechos humanos.

Para comprenderle de mejor manera la desigualdad de las personas en tratándose de derechos humanos, hay que iniciar analizando los principios tanto de IGUALDAD como de DISCRIMINACION.

Encontramos entonces, que la primera etapa del aprendizaje sobre los derechos fundamentales, es el principio de igualdad, puesto que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dicho de otro modo, cuando a un ser humano se le niega el derecho a la igualdad, germina la problemática de la discriminación, de la exclusión y por su importancia es abordado por las distintas áreas de las ciencias sociales.

Claro está que este análisis he de referirme a este tema cuando influyan en el derecho, ya que la discriminación no es un fenómeno aislado en el ordenamiento jurídico, nuestra legislación de un modo u otro siempre discrimina a los destinatarios de sus normas.

Los profesores: Kelsen, Tocqueville o Bobbio, señalan que un trato igualitario a personas que estén en situaciones desiguales solo perpetúa las desigualdades, impidiendo la erradicación de la injusticia.

La doctrina hace su aporte con el novedoso concepto de derecho anti-discriminatorio, el cual ha sido empleado para designar distintas realidades, esto es, al derecho comparado, Europeo y Norteamericano, otras veces se emplea referido al derecho internacional de los Derechos Humanos, también a los mecanismos técnico-jurídicos que posibilitan teóricamente superar este fenómeno y otros aspectos parciales del problema. [22]

[22] : Kelsen, Tocqueville o Bobbio, señalan que un trato igualitario a personas que estén en situaciones desiguales solo perpetúa las desigualdades, impidiendo la erradicación de la injusticia.

En definitiva el concepto de derecho antidiscriminatorio, posee una entidad propia porque es parte del ordenamiento jurídico habitual y que ha merecido ser estudiado.

El tema de la igualdad y la discriminación permanecen en un permanente debate jurídico histórico, se le ha tratado a mi entender, desde un punto de vista vago, abstracto o formal, demasiado casuístico - particular, muy débil o desmejorado por lo que en la mayoría de las veces, nuestro legislador ha relegado, ignorado este tema, se ha limitado a declarar estar en contra de la discriminación, quedando solo en declaraciones de buenas intenciones, ejemplo de ello es nuestra Constitución del 2008, que dice ser incluyente, pero que en la práctica el ejercicio de desigualdad de las personas es evidente, por consiguiente esta discriminación es atentatoria a los derechos humanos.

Por otra parte he de analizar también las causas de la desigualdad social, empezando a hacer un recuento histórico a partir de 1950 donde se utilizó por primera vez los términos Subdesarrollo y Tercer Mundo para señalar a los países que sufren carencias alimentarias, la esperanza de vida es corta, la escolarización es muy baja y existen problemas de salud muy graves. Estos países tienen gobiernos inestables y en ellas la desigualdad social es enorme: una minoría de la población es rica y una mayoría vive en condiciones de pobreza extrema.

La desigualdad social, es la situación en que se encuentran las personas con acceso desigual a los recursos, servicios y posiciones que la sociedad valora.

Las causas de la desigualdad social, son principalmente económicas, culturales y sociales.

Económicas: En algunas sociedades el paro y los bajos salarios son la principal causa de desigualdad, dando lugar a grupos sociales pobres y ricos. El aumento de los impuestos merma la capacidad de ahorro, la inversión

productiva y el crecimiento económico. Una reducción de la pobreza ayuda al crecimiento económico de un país. El desarrollo beneficiaría y aumentaría la recaudación de impuestos, con los que los gobiernos podrían financiar más programas sociales.

Culturales: existe desigualdad entre los individuos que han obtenido un buen nivel de educación y los que no han podido alcanzarlo. Cada año nacen 80 millones de niños en todo el mundo. Las altas tasas de fecundidad de las mujeres y la superpoblación que sufren muchas ciudades, conducen al aumento de la pobreza ya que la sociedad disminuye su capacidad de consumo y bienestar. El elevado grado de corrupción que existe en estos gobiernos favorece el incumplimiento de contratos firmados con empresas y otros gobiernos, y fomenta que los más desfavorecidos vean violados los derechos que tanto ha costado alcanzar.

Sociales: consiste en el ostracismo que sufren algunos grupos por parte de otros más amplios o poderosos. Esto ocurre con determinadas minorías étnicas, grupos de trabajadores inmigrantes, y otros muchos grupos sociales. Esta situación fomenta la tensión social y la inestabilidad política, que a su vez frena las inversiones extranjeras.

Los desastres naturales y los conflictos armados generan ruptura social en las comunidades pobres ya que muchos se ven obligados a huir de sus hogares y convertirse en refugiados.

Seguimos siendo testigos y partícipes del enriquecimiento de unos pocos y el aumento de las desigualdades sociales, habrá que contar con una sociedad más equilibrada como forma de parar los procesos de pobreza, no es posible que nuestros gobiernos, bajo la tónica de defender a los más pobres o creyéndose revolucionarios extremistas, sin serlo, se aprovechen de la voluntad popular, de las bondades del pueblo ecuatoriano para atentar contra los derechos de las personas, generando una desigualdad social marcada, y

como ejemplo he de citar la presencia de los nuevos millonarios, aprovechadores del sistema.

2.3.5. Ejercicio de los derechos: personas con igualdad de derechos, deberes y oportunidades.

Dentro del ejercicio de los derechos, nos conduce a determinar el concepto de Igualdad, por que compromete profundamente la visión política del Estado, a pesar que la confusión nace cada momento,; hay que entender que la igualdad en ningún momento está desligada de los conceptos de libertad y derecho, conceptos polémicos que incitan una confusión.

Según Dworkin, esto se debe a que un concepto de igualdad no es equivalente con las concepciones de la igualdad ya que, un concepto debe referirse a un conjunto de ideas indiscutiblemente utilizadas en toda interpretación de una realidad determinada, bajo fórmulas en apariencia vagas pero, cargadas de intencionalidad y significado que aluden a un estándar valorativo, especifico y abstracto, cuyos destinatarios son los llamados a aplicar.[23]

Por otra parte, el concepto de igualdad de nuestra cultura cristiano-occidental está basado en las concepciones aristotélicas, según las cuales, justicia es la igualdad en la aplicación de criterios de decisión y que las desigualdades son justas y lo son frente a los desiguales.

Esta concepción en cada época los hombres han creído hallar su propia definición de lo que significa la igualdad, pero no han podido desvirtuar la

[23] Dworkin, esto se debe a que un concepto de igualdad no es equivalente con las concepciones de la igualdad ya que, un concepto debe referirse a un conjunto de ideas indiscutiblemente utilizadas en toda interpretación de una realidad determinada, bajo fórmulas en apariencia vagas pero, cargadas de intencionalidad y significado que aluden a un estándar valorativo, especifico y abstracto, cuyos destinatarios son los llamados a aplicar.

noción aristotélica porque la igualdad es un fenómeno de la naturaleza, donde la desigualdad es la regla general[24].

El **ejercicio de un derecho**, comúnmente se ubica en el cumplimiento de un deber. El ejercicio de un derecho se da cuando se causa algún daño al obrar en forma legítima, siempre y cuando exista la necesidad racional del medio empleado, para mejor entender aplicaré un ejemplo, un daño realizado en el ejercicio de un derecho, se causa en virtud de ejercer una profesión, un deporte, una relación familiar; ejemplificando de mejor manera se tendía el caso de un médico que amputa un brazo a fin de evitar que no avance la gangrena, causa una mutilación (lesión), pero su conducta (plenamente tipificable), no es antijurídica ni contra derecho, puesto que actúa en el ejercicio de un derecho. Otro ejemplo aplicable sería el del abogado que toma un bien inmueble ajeno en virtud de una orden de embargo, no cometiendo en estos casos ningún delito o ilícito.

Ejercicio de los derechos fundamentales.

Llámase ejercicio de un derecho fundamental a la actuación de su contenido. El ejercicio, en sentido amplio, tiene como fases o estados: el goce, la conservación, la seguridad o garantía y la defensa, pero el ejercicio propiamente dicho es el constituido por el primero de aquéllos, o sea el goce pacífico y normal de los derechos, en este sentido, puede el ejercicio revestir diversas modalidades como límites:

a) Hay derechos de ejercicio FACULTATIVO y otros de ejercicio OBLIGATORIO. Por lo general, el ejercicio de un derecho, es una facultad cuyo uso depende DEL LIBRE ARBITRIO de quien lo ostenta, por excepción, es obligatorio el ejercicio de ciertos derechos, por Ejemplo: La Patria Potestad).

b) Extensión y límites del ejercicio de los derechos.

El titular de un derecho puede hacer todo lo que sea necesario para ejercitarlo: Ejemplo, quien tiene a su favor una servidumbre puede utilizar todos los medios necesarios para su uso, conforme lo determinado en el Art. 867 Código Civil; y puede realizar las obras necesarias para el uso y conservación de aquélla en atención a lo que prevé el Art. 868 ibídem. Pero, en compensación, todo aquél que ejercita un derecho ha de soportar las cargas inherentes al mismo, principios que sancionaron ya las leyes romanas y del que hay numerosas aplicaciones en nuestro Código Civil. [25]

Es importante recordar que la extensión y límites del ejercicio del derecho son los marcados por el contenido del derecho mismo o por especiales disposiciones de ley que restrinjan su contenido normal, al objeto de salvaguardar los derechos de los demás que distintos gobiernos, para bien o mal, van otorgando. Un ejemplo claro de derecho a no ser discriminado, es el Art. 11 de la Constitución nuestra, que para el ejercicio de los derechos, se aplicará los principios contenidos en esta disposición expresada, específicamente la contenida en el principio 2, al determinar que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Esto significa que, ciñéndose el contenido y aplicación de dicho derecho, difícilmente pueda encajar una subvención pública por decir menos a una institución educativa particular, u cualquier otro que discrimine por motivos de etnia, ideología, raza, sexo, etc., que sienta determinado individuo. [26]

El ejercicio de los derechos ha de mantenerse dentro de ciertos límites, agrupándose en dos categorías:

1) límites intrínsecos, que emanan del mismo derecho, es decir, de su destino propio. Ejemplo la patria potestad, puesto que el objeto de este derecho es el

[25] Art. 867 Código Civil, Art. 868 ibídem

[26] Art. 11 de la Constitución

beneficio de un menor y está sujeto a severísimas limitaciones. Otro ejemplo, sería el castigo de un padre a su hijo conminándole a no comer cuatro días por el mal comportamiento, aquí demostramos que una cosa es el comportamiento del hijo, y otra es el abuso o maltrato.

2) Límites extrínsecos, venidos de fuera y basados en los derechos de los demás. Ejemplo el derecho a la naturaleza, y su atentado permanente, como también lo es el derecho al buen vivir, al sumak kawsay.

Como se deja expresado, la Constitución ecuatoriana, que se encuentra en vigencia desde Octubre del 2008, consagra la equidad, igualdad y no discriminación como preceptos a los cuales debemos regirnos, con el fin de conseguir una sociedad que brinde iguales oportunidades, participación equitativa y la eliminación de usos y prácticas discriminatorias entre las y los habitantes del Ecuador.

El texto constitucional consagra como un deber primordial del Estado, el garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, exigiendo su inmediata aplicación en los ámbitos público, administrativo y judicial. El ejercicio de estos derechos se regirá por principios de igualdad y no discriminación como lo establece el Art. 11 Nº 2, todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación**.** El Estado adoptará medidas de

acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

Estos preceptos son el marco en el cual las acciones del Estado deben circunscribirse, así:

En el ámbito de la educación, se debe partir del ser humano, tomando como base el respeto a los derechos humanos, el medio ambiente y la democracia; debiendo ser participativa, incluyente, diversa; además de impulsar la equidad de género, la justicia, la libertad, la paz; incentivar la creatividad, la cultura, el desarrollo de capacidades y la iniciativa.

En la salud, se garantiza el acceso permanente y oportuno de todas y todos a servicios de atención integral de salud, salud sexual y reproductiva sin exclusiones de ningún tipo, regidos por principios de equidad, solidaridad, interculturalidad con enfoque de género y generacional.

En relación con los grupos en condiciones de vulnerabilidad como son niños, niñas, adolescentes, mujeres embarazadas, adultos mayores, personas que sufran de enfermedades catastróficas, recibirán atención prioritaria. En lo que tiene que ver con las mujeres embarazadas o en período de lactancia, se prohíbe todo tipo de discriminación en los ámbitos educativo, social y laboral por el hecho de su embarazo.

En lo concerniente a personas con algún tipo de discapacidad, el Estado y la sociedad tienen la obligación de propiciar un ambiente que fomente sus otras capacidades, habilidades y potencialidades en el cual se puedan desarrollar actividades educativas, laborales con iguales oportunidades.

A las comunidades, nacionalidades indígenas, pueblos afro ecuatorianos, se les garantiza el mantener su identidad, tradiciones ancestrales, organización social, identidad cultural y étnica; el aplicar y practicar su propio derecho o derecho consuetudinario, siempre que no vulnere los derechos constitucionales, en especial de mujeres, niñas, niños, adolescentes. A no ser

víctimas de racismo, xenofobia o cualquier otra forma de discriminación o intolerancia y al derecho de reparación y resarcimiento por el hecho de verse afectados por estos actos.

Las y los ecuatorianos podrán desempeñar funciones públicas mediante un sistema de selección en base a méritos y con criterios de equidad y paridad de género, generacional y de igualdad de oportunidades para personas con discapacidad. En la participación política, el Estado promoverá la representación paritaria entre mujeres y hombres. Fomentará el derecho a la igualdad formal, material y a la no discriminación. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos deberes, derechos y oportunidades.

Igualmente el Estado garantiza el derecho a una vida libre de violencia; a través de la prevención, eliminación y sanción de todo tipo de violencia, discrimen en cualquier ámbito, en base a principios de equidad, solidaridad y respeto mutuo. Y como complemento a esta garantía, el Estado establece la prohibición de emitir propaganda nociva que promueva la discriminación, racismo etc.

En el Art. 393 de la Constitución, manifiesta: El Estado garantizará la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos. La planificación y aplicación de estas políticas se encargará a órganos especializados en los diferentes niveles de gobierno.[27]

Estas disposiciones constitucionales tienen como antecedente y como base a los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador como son:

Declaración Universal de los derechos Humanos:

Artículo 2 Nº 1.- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo,

[27] Art. 393 de la Constitución

idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.[28]

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW (siglas en inglés):

En su art 1.- define lo que se entenderá como discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Asimismo los Estados partes de la Convención, condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas y se comprometen a tomar medidas adecuadas incluyendo las de carácter legislativo, para modificar, eliminar o derogar leyes reglamentos, usos y costumbres que promuevan o constituyan prácticas discriminatorias contra la mujer con el fin de establecer una base jurídica de igualdad entre mujeres y hombres, y la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.[29]

Declaración del Milenio:

En el numeral 25 se expresa la voluntad de los mandatarios y Jefes de Estado de aplicar principios y prácticas de respeto a los derechos humanos incluidos los de las minorías; luchar contra todas las formas de violencia contra la mujer y aplicar; adoptar medidas que protejan y respeten los derechos humanos de

---

[28] Declaración Universal de los derechos Humanos**: Artículo 2 Nº 1.**

[29] Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW (siglas en inglés):

los migrantes y, sus familias, evitar todo acto de xenofobia y racismo promoviendo la tolerancia y armonía social. [30]

Resulta valioso recoger al **DELITO DE ODIO,** como una forma de discrimen, de desigualdad:

De acuerdo con la reformas al Código Penal publicadas en el Suplemento del Registro Oficial N° 578 de 24 de marzo de 2009, se tipifica el delito de Odio, art. 212.4, cuando dice: el que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, sexo, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad. Será sancionado con prisión de seis meses a tres años.

El cometimiento de actos de violencia, física o moral, por odio o desprecio contra una o más personas, a causa de su religión, color de piel, raza, origen étnico, nacionalidad, orientación sexual, identidad sexual, estado civil, edad o discapacidad, será sancionado con prisión de seis meses a dos años. La sanción será de dos a cinco años de prisión si alguna persona resultare herida; y de doce a dieciséis años si fruto de estos actos de violencia se produjere la muerte a una persona.[31]

En el Art. 212.6 se establece que Será sancionado con prisión de uno a tres años, el que en ejercicio de sus actividades profesionales, mercantiles o empresariales, niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho, o excluya a una persona o niegue o vulnere o restrinja los derechos consagrados en la Constitución, por razón del color de su piel, su

[30] **Declaración del Milenio:** En el numeral 25

[31] reformas al Código Penal publicadas en el Suplemento del Registro Oficial N° 578 de 24 de marzo de 2009, se tipifica el delito de Odio, art. 212.4

raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.[32]

Igual sanción recibirá el servidor público que cometa alguno de los actos o conductas mencionadas en el párrafo anterior, niegue o retarde un trámite o servicio. Además en la parte final del Art. 212.7 se manifiesta: … En estos casos el funcionario quedará inhabilitado para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos hasta por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta.[33]

2.3.6. Titulares de derechos.

Partiendo desde el aspecto conceptual y de interpretación, se es titular de un derecho cuando el derecho se encuentra dentro de un patrimonio.

El término titularidad puede traer ciertas complicaciones, porque se puede ser titular de un interés simple, de un interés legítimo etc..., pero a lo que refiere el tema mismo, el titular es más bien quien tiene la propiedad del derecho... Voy a citar estos Ejemplos, yo soy legitimaria o dueña de un automóvil, entonces soy la titular del derecho de propiedad y dominio del vehículo. Arrendé un departamento y como arrendataria sin tener el derecho de dominio y propiedad, sin embargo soy la titular del derecho de uso y goce del inmueble mientras penda el contrato de arrendamiento, en igual forma lo sería para el caso de la compraventa de un terreno, con reserva de los derechos reales de uso y habitación por parte del vendedor y durante el tiempo establecido.

Dentro de los Principios de aplicación de los derechos, nuestra Constitución en el Art. 10 reconoce como titulares de derechos a las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, mismos que gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

[32] Art. 212.6
[33] Art. 212.7

Reconoce también de este derecho a la naturaleza.[34]

Para su mejor entender, desde otro punto de vista, dejo constancia de ese gran fenómeno social como es el de los derechos colectivos, por haber tenido un reconocimiento internacional muy posterior al de los derechos civiles y políticos como al de los derechos económicos y sociales.

Desde su vigencia sirven de complemento a los derechos de la libertad e igualdad en cuanto se refieren a la creación de condiciones concretas para el ejercicio de estos últimos, pues frente al desarrollo económico y tecnológico los derechos de algunos grupos, pueblos o colectivos han sido sistemáticamente vulnerados.

Actualmente la reivindicación y legislación de los derechos de los pueblos indígenas, 14 nacionalidades, afro descendiente y montubio, o campesinos de algunas provincias de la costa ha demostrado la debilidad del monopolio del Estado en el tema de derechos.

La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo adoptada por las Naciones Unidas en 1986 ha llegado a una definición consistente de los derechos culturales como derechos a la identidad de los pueblos que pueden ser reclamados incluso judicialmente, derechos culturales que están reconocidos en muchas constituciones y son derechos a la diferencia que buscan combatir las actitudes de fanatismo y segregación.

En el Ecuador, los derechos colectivos garantizan a ciertas comunidades que tienen identidad propia y que viven desde tiempos inmemoriales en determinadas regiones del país algunos derechos constitucionales propios.

Los derechos colectivos son derechos humanos cuyos titulares son grupos humanos diferenciados por su cultura, historia, costumbres, idioma que se

[34] nuestra Constitución en el Art. 10

identifican como pueblos o nacionalidades, que tienen lazos de afinidad, pertenencia e identidad, o sea, tienen identidad colectiva que les otorga un rasgo característico diferenciador.

Concluyendo diría que a los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades, se le entenderá como aquel conjunto de normas, principios, prácticas y procedimientos que regulan la convivencia de una colectividad, sea esta indígena, afro ecuatoriano, montubio, y que su transformación vinculante obedece a que la aplicabilidad de los derechos humanos sean comprendidos, respetados y exigidos.

Entre los titulares de derechos colectivos es posible determinar quienes concretamente pueden reclamarlos o son afectados por su violación. Por ello, los derechos colectivos de los pueblos afro ecuatorianos son propios de quienes los integran.

Los derechos colectivos son diversos, pero no opuestos a los derechos humanos individuales. De hecho, los derechos colectivos incluyen derechos individuales en cuanto los grupos humanos que son sus titulares están formados por individuos y en cuanto crean condiciones para el ejercicio de derechos individuales.

Sin embargo, los derechos colectivos son indivisibles al ser derechos del pueblo y de todos y cada uno de sus miembros individuales, pero nunca de solo uno o alguno de ellos, dicho de otro modo, no son derechos individuales sino que sus titulares son los grupos o comunidades y por ello también se los denomina como derechos comunitarios o derechos de grupo.

En un Estado Constitucional de derechos y justicia como el de Ecuador, las colectividades, pueblos, nacionalidades o grupos sociales tienen derechos y son sujetos de derechos, por ello el pueblo afro ecuatoriano es sujeto de derechos.

Nuestra Constitución y varios instrumentos internacionales reconocen su

existencia y dotan de herramientas para su exigibilidad o reclamo, pues son claramente justiciables, o sea, se pueden solicitar su cumplimiento ante los jueces nacionales e internacionales.

El Art. 56 de la Constitución del Ecuador, determina que las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.[35]

Analizando esta norma constitucional, prevé que dichos pueblos y comunas son reconocidos en su organización ancestral como parte de un solo Estado que es Ecuador, y por lo mismo no pueden dividirse en otros Estados para formar otro diferente del nuestro, dicho de otro modo, la disposición expresada no quita que los pueblos y comunidades tengan derechos de autonomía y autogobierno para decidir las prioridades de desarrollo en sus organizaciones.

Para el ejercicio de sus tradiciones ancestrales, costumbres y prácticas de estas colectividades, el Art. 58 de nuestra Constitución, finalidad fortalecer la identidad, cultura, tradiciones y derechos, reconoce y garantiza al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos.

El Estado ecuatoriano asume un conjunto de deberes, responsabilidades y compromisos para hacer que todos los afroecuatorianos, a partir de sus especificidades culturales, sociales y políticas, puedan gozar de sus derechos. De este modo, debe romper los obstáculos económicos y sociales que impiden a los ciudadanos el pleno disfrute de los derechos de libertad, igualdad y justicia social, en su dimensión individual y colectiva. [36]

En tal virtud y conforme lo dispone el Art. 57 de la Constitución, los derechos colectivos que tiene el pueblo afroecuatoriano son 21 y, entre ellos,

[35] Art. 56 de la Constitución del Ecuador
[36] Art. 58 de nuestra Constitución

encontramos: identidad, no discriminación, reparación, propiedad de sus tierras comunitarias, etc.[37]

2.3.7. Acción Afirmativa.

La acción afirmativa, conocida también como discriminación positiva, es el término que se da a una acción que pretende establecer políticas que dan a un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente haya sufrido discriminación a causa de injusticias sociales, un trato preferencial en el acceso o distribución de ciertos recursos o servicios así como acceso a determinados bienes. El objetivo es el de mejorar la calidad de vida de los grupos desfavorecidos y compensarlos por los perjuicios o la discriminación de la que han sido víctimas.

El término acción afirmativa, en este sistema, hace referencia a aquellas actuaciones, mejor dicho, medidas legales, administrativas o prácticas dirigidas a reducir o, idealmente, eliminar las prácticas discriminatorias en contra de dos sectores históricamente excluidos como las mujeres y los niños y niñas indígenas, cuestión que es hoy en día un asunto de especial preocupación cuando se pone en la balanza el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y lo derechos individuales de estos sujetos.

Se pretende, mediante este tipo de acciones, aumentar la representación de las mujeres y los niños y niñas indígenas, a través de un tratamiento preferencial y de mecanismos de selección expresa y positivamente encaminados a estos propósitos.

La Constitución de la República del Ecuador incluyó en su Artículo 11, numeral 2, en su inciso final, la Acción Afirmativa al establecer que: El Estado adoptará medidas de Acción Afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situaciones de desigualdad; de igual manera en el Artículo 65 ibídem, se reitera que: El Estado adoptará

[37] Art. 57 de la Constitución

medidas de Acción Afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados.[38]

La relevancia sustancial de este reconocimiento en nuestra Constitución, de un derecho que deviene de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, diseñada y adoptada por la Organización de las Naciones Unidas en 1965, es muy importante, ya que su concepto expresa que la acción positiva, asegura el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieren la protección de que pueda ser necesaria con el objeto de garantizarles en condiciones de igualdad el disfrute de los ejercicios de los derechos humanos y de la libertades fundamentales.

La Acción Afirmativa en cuanto a medidas para ubicar y manejar las injusticias estructurales y las ilicitudes sustentadas en situaciones racistas y discriminatorias deben generarse a través de planes y programas del Estado destinados a exterminar estas malas prácticas sociales.

No es posible hablar de libertad, de igualdad y solidaridad si no se asume la necesidad sentida de enfrentar y resolver los temas de discriminación e inequidad tan frecuentes en nuestra sociedad.

Por eso es que toda actividad gubernamental o no gubernamental, conducente a evitar o remediar las añejas conductas discriminatorias aún existentes, y de plantear mecanismos que permitan prevenir políticas que en alguna medida atenten contra la igualdad de derechos y garantías, merece el apoyo decidido de todo el conglomerado ecuatoriano, dicho en otras palabras las acciones afirmativas se construyen para remediar mejorar, enmendar y superar:

a.- Las Injusticias históricas.
b.- La discriminación social y racial estructural.

[38] Constitución de la República del Ecuador incluyó en su Artículo 11, numeral 2, en su inciso final

c.- La ineficacia e ineficiencia de la justicia.
d.- La omisión de las reivindicaciones económicas, sociales y culturales de pueblos y nacionalidades.

2.4.- DISENSO JUDICIAL.

2.4.1. Definición.

Es la autorización que un operador de justicia encargado de la administración de justicia ha de otorgar, si la pretensión, solicitud, requerimiento es procedente para la realización de determinados actos jurídicos, relacionados por lo general con menores de edad, incapaces, con las mujeres casadas, con los ausentes, con los progenitores viudos, divorciados, personas provenientes de uniones de hecho disueltas que tratan de volver a casarse, con cuantos carecen de aptitud natural o legal para realizar negocios relacionados con sus derechos e intereses.

Habrá que entenderle al disenso judicial, desde otra óptica, como al derecho para alcanzar una resolución judicial que autorice, faculte la realización de un acto o contrato, por ejemplo, los menores de edad, por su falta de madurez biológica y psíquica carecen de capacidad para ejercer sus derechos, entre ellos el de disponer de sus bienes, dependiendo de sus padres o tutores, para que administren su patrimonio, como también para el caso de un progenitor, viudo, divorciado que va a volver a casarse o unirse monogámicamente.

También sería otro ejemplo el caso de los interdictos declarados que carecen de esa capacidad, por causa de enfermedad mental y deben ser representados por tutores.

En materia de Derecho de Familia, se define a la Autorización Judicial como la resolución Judicial que permite alcanzar la pretensión de una persona peticionaria, solicitante, por Ejemplo: la venta, gravamen o disposición de

bienes de los hijos menores o de adultos incapaces que se concede solo cuando se ha justificado la necesidad y utilidad de ese acto, por ser favorable a los interese de aquellos; lo es también el disenso o autorización judicial de una persona para contraer segundas y ulteriores nupcias, caso que nos ocupa en este trabajo de investigación. Es la licencia judicial.

2.4.2. Antecedentes Legales.

La terminología, antecedente legal, se utiliza normalmente para referirse a aquellas circunstancias que se han producido con anterioridad y anticipación a otras y que normalmente pueden servir para juzgar situaciones o acontecimientos posteriores o bien para comparar hechos pasados con hechos presentes y futuros**.**

Suele usarse cuando por ejemplo hay una serie de cuestiones pendientes en un contexto determinado, como puede ser el de una empresa y llegado el momento de una reunión en la cual se tratarán esas cuestiones, tradicionalmente se denominarán a los mismos como antecedentes, es así que refiriéndome a los antecedentes legales en materia de disenso, licencia judicial, habrá que determinar que este presupuesto legal ha sido utilizado a través de los tiempos por las civilizaciones para tener una autorización de persona o autoridad legítima que le permita actuar u obrar en un acto o contrato, por sí mismo o a nombre de terceros.

Como autorizaciones judiciales o disensos, utilizadas por nuestra historia del derecho, tenemos por ejemplo:
Salir al exterior, realizar trabajos, contraer nupcias.

2.4.3. El Disenso judicial en la administración de justicia.

El disenso judicial atendiendo la competencia legal en un procedimiento especial, se inicia con la formulación, presentación de la demanda de la persona que se crea con derecho de instaurar un efecto ulterior y que para tal

efecto se debe observar las reglas de la competencia, por Ejemplo en derecho de familia, ésta estaba acreditada al Juez de lo Civil cantonal, esto es hasta antes de la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial, RO-S No. 544, de fecha 9 de Marzo del 2009, correspondiéndole la misma en la actualidad al Juez de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia.

La autorización o disenso judicial lo tenemos en la diversidad de materias legales.

Como autorizaciones, disensos judiciales según nuestra legislación actual, tendríamos:

Para viaje al exterior, Código de la Niñez.
Para contraer matrimonio Art. 82, 83, 86, 87, 88 Código Civil.
Para formar parte de sociedades comerciales según el Código de Comercio.
Para el ejercicio de una relación laboral de menores de edad, según el Código de la Niñez y Adolescencia y Código del Trabajo.
Para rendir declaraciones de menores de edad e incapaces en general en materia civil, penal, etc.[39]
Para contraer segundas y ulteriores nupcias**,** Art. 131 al 135 Código Civil y que es materia de este trabajo de investigación, previa la obtención del título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la república del Ecuador.[40]

2.4.4. Jurisdicción y competencia.

La jurisdicción y competencia en materia legal nace de la ley, por lo que resulta importante remitirnos a ella, vale decir a lo que determina el Código Orgánico de la Función Judicial, cuya normativa legal se halla tipificada en los Arts. 150 al 169, en concordancia con lo establecido en el Art. 1 del Código de Procedimiento Civil.
Por lo que resulta necesario determinar que el juzgador que conozca del proceso deberá evaluar la pertinencia del disenso judicial solicitado, y que

[39] Art. 82, 83, 86, 87, 88 Código Civil
[40] Art. 131 al 135 Código Civil

sentencia concederá o negará la autorización judicial y que para el caso de ser favorable la sentencia quien ejerza esta pretensión lo utilice en pleno derecho.
Cabe resaltar que los términos del proceso judicial para la obtención de la autorización judicial, son términos cortos y expeditos a diferencia de otros procesos judiciales.[41]
A la solicitud para la obtención de la autorización judicial se debe estar al cumplimiento de todos los requisitos exigidos por el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, al igual que se debe adjuntar los documentos que se exija para el caso requerido según el[42] Art. 68 ibídem.

2.4.5. Disenso judicial como requisito procesal para contraer segundas y ulteriores nupcias.

Está claro que para volverse a casar en nuestro país, se requiere de la autorización judicial como requisito procesal, pero que dicha autorización provenga de autoridad competente, y que para tal efecto esta autorización judicial está determinada en nuestro Código Civil en las normas constantes en el Art. 131 al 135.

Este acto de jurisdicción legal fue instaurado para regular, para tutelar derechos ulteriores de un progenitor soltero, viudo, divorciado entre otros aspectos fundamentales de derechos de menores.
La celebración de un segundo matrimonio es susceptible de producir diversas consecuencias jurídicas que es importante analizar a la luz de las distintas situaciones que pueden ser alcanzadas por aquel hecho, incluso en los ámbitos de la licitud y de la ilicitud en que ese segundo matrimonio puede tener lugar.
Para un desarrollo del problema, hemos escogido a las segundas nupcias en el derecho matrimonial, por la importancia que conlleva el análisis al derecho de

[41] Código Orgánico de la Función Judicial, cuya normativa legal se halla tipificada en los Arts. 150 al 169, en concordancia con lo establecido en el Art. 1 del Código de Procedimiento Civil.
[42] Art. 67 del Código de Procedimiento Civil , Art. 68 ibídem

familia, la las personas en sí y a esa consecuencia posterior del matrimonio primitivo, inicial específicamente para el caso del progenitor divorciado o de aquella convivencia disuelta mediante resolución judicial o sentencia, conforme lo recoge el Libro Primero, Título IV de nuestro Código Civil, pues las normas constantes en los Arts. 131 al 135 del Código Civil, hace referencia a la obligatoriedad de formar inventario solemne de los bienes de los hijos, sobre el nombramiento de curador para el caso de que los hijos no tengan bienes; la determinación de prohibición de contraer matrimonio para el caso de que no se presente certificado auténtico del nombramiento de curador especial, o sin que proceda información sumaria de que el viudo no tiene hijos según el caso; trata también sobre la sanción para el caso de no hacer el inventario que trata la ley; y, la prohibición de contraer matrimonio a la mujer.[43]

Como se podrá apreciar, la autorización judicial para contraer segundas y ulteriores nupcias, situación jurídica esta que no obliga a acatar lo determinado en el Art. 108, Inciso 3 reglas: 4 y 5 del Código Civil y que es mi trabajo de tesis, dar importancia real a los hijos habidos bajo precedente matrimonio o unión de hecho disueltos legalmente, es decir brindar también importancia jurídica al progenitor soltero, viudo, en especial al divorciado, así como también a la persona que ya no se encuentra unida monogámicamente a su conviviente, esto es en lo relacionado al derecho y tutela efectiva para confiar y entregar el cuidado de los hijos al cónyuge, al ex conviviente, que no hubiere dado causa para el divorcio o terminación de la unión de hecho, así como para el caso del cónyuge que no se hubiere vuelto a casar o unirse legalmente, situación que es mi propuesta planteada en este trabajo investigativo, para los efectos legales de las reglas que debe precautelar, proteger todo juzgador.[44]

[43] Libro Primero, Título IV de nuestro Código Civil, pues las normas constantes en los Arts. 131 al 135 del Código Civil
[44] Art. 108, Inciso 3 reglas: 4 y 5 del Código Civil

2.5. MATRIMONIO

2.5.1. Concepto.

De conformidad con las exigencias del sentido común, de la razón natural, del Derecho Natural, definiendo al matrimonio se diría que se llenaban las exigencias de una conciencia bien formada en los principios cristianos, por lo que el matrimonio no puede considerarse sino como una unión indisoluble.

El concepto de matrimonio se ha elevado a la categoría de principio constitucional, cuando el Art. 67, inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador determina que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se funda en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.[45]

El Art. 81 del Código Civil dice: Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear, y auxiliarse mutuamente. [46]

2.5.2. Antecedentes históricos en el Ecuador.

En lo relacionado a los antecedentes históricos del matrimonio, esta institución socio- jurídica, fue reconocida, desde los tiempos del incario, donde se aceptaba la poligamia, matrimonio cuya característica principal fue el de un rito religioso, protegido por el estado, constituido, conformado por un grupo de familia.

En la época colonial el matrimonio toma cierta influencia por las características atribuidas por las legislaciones colonizadoras, donde prevalecía el don religiosos católicos, prevaleciendo en territorios de lo que hoy es nuestro país el régimen de leyes propias traídas de España, leyes a las que estaban

[45] Art. 67, inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador
[46] El Art. 81 del Código Civil

sometidos los conquistadores y a las que abusivamente sometieron a los habitantes del territorio conquistado, y posteriormente por Las Leyes de Indias, que no era otra cosa sino un cuerpo jurídico propiamente dictado para regular las relaciones entre el estado y los ciudadanos. El Derecho Canónico que orientó al matrimonio durante la época colonial, manifestó incluso su influjo hasta los primeros años de la vida republicana.

En la antigüedad los mitos de la religión radicaba en la influencia en la estabilidad de los matrimonios y que con el paso de tiempo se ha ido perdiendo ciertas creencias sobre la justicia divina, haciendo que se establezca la creación de la justicia del hombre, justicia que para ser ejecutada tiene que estar basada en deberes y derechos de los individuos en la sociedad.

Al adoptar el Ecuador la vigencia del Código Civil de don Andrés Bello, se instituye por primera vez el matrimonio en términos bastante similares a los actuales, en lo que tiene que ver al concepto mismo. El Código Civil fue 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."

No se advierte hasta la actualidad una separación definitiva entre el matrimonio civil y el matrimonio eclesiástico, por el contrario se otorga potestad a la iglesia para calificar la validez de un matrimonio, o la imposibilidad de que aquel se celebre, es así que 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 identificado con ese sistema.[47]

El 1 de enero de 1903, época del liberalismo se imponía como política de gobierno en el Ecuador, el establecimiento de 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, pasajes de la historia que no deja anotaciones, doctrinas, valiosas obras jurídicas.

Es conveniente destacar aquí, desde que se introdujo el divorcio en el Ecuador, por la ley de 1.901 cuya vigencia acredita al 1 de enero de 1.902, se discutió que la definición del Código correspondía o no a la realidad del matrimonio civil, puesto que éste no era indisoluble mientras que el matrimonio se definía como "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 de auxiliarse mutuamente."

La Ley 43, cuya promulgada es 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.

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.

[47] Art. 100 del Código Civil de 1889

Para abundar en este análisis en lo relacionado a vivir en armonía nuestro legislador ha 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.

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.

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.[48]

[48] Código Civil en su Art. 102.

El Código Civil hace referencia 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.

Si no se cumplen con estos requisitos, el matrimonio sería nulo de origen, por lo tanto correspondía declarar la nulidad por parte de un juez de lo familiar.

Las finalidades del matrimonio se basan en constituir un vínculo habitual con vocación de permanencia, dirigido, por su propia finalidad, a la convivencia y colaboración de los cónyuges en un hogar, formando una familia en cuyo seno nacerán y se criarán los hijos como resultado de un acto jurídico bilateral celebrado en un determinado momento.

2.5.3. Requisitos.

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." [49]

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

[49] Dr. Juan Larrea Holguín

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 licito, o planamente lícito; no debe contravenir ninguna prohibición, es decir, no debe haber ningún impedimento; debe cumplir con todas las solemnidades legales.

Constitución del matrimonio y su terminación

La constitución del matrimonio, es un acto, el cual lo celebra el Jefe del Registro Civil, Identificación y Cedulación del domicilio de cualquiera de los contrayentes, o por la autoridad que esté investida de este poder, en presencia de dos testigos mayores de edad así lo determina el Art. 100 del Código Civil.

El matrimonio al constituirse legalmente pasa a ser la célula fundamental de la sociedad, reconocida por el estado ecuatoriano.[50]

El Código Civil a más de los requisitos, hace referencia también de 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.

Si no se cumplen con estos requisitos, el matrimonio sería nulo de origen, por lo tanto correspondía declarar la nulidad por parte de un juez de lo familiar.

La perspectiva de la Legislación Ecuatoriana frente a lo importante del matrimonio es crear nexos y vínculos jurídicos, desde los más profundos e

[50] Art. 100 del Código Civil.

íntimos hasta los más sencillos y superficiales, entre dos personas naturales de distinto sexos, con el propósito de que establezcan una vida en común y así puedan procrear y siempre ayudarse recíprocamente en todas las circunstancias.

Las finalidades del matrimonio se basan en constituir un vínculo habitual con vocación de permanencia, dirigido, por su propia finalidad, a la convivencia y colaboración de los cónyuges en un hogar, formando una familia en cuyo seno nacerán y se criarán los hijos como resultado de un acto jurídico bilateral celebrado en un determinado momento.

El modelo actual de matrimonio, que se rigen en muchos países; es el vínculo que procede de un acuerdo de voluntades, no puede disolverse sin causa legal establecida por vía judicial, o muerte por de uno de los cónyuges, los contrayentes deben estar aptos para casarse, ser mayores de edad, tener libertad para casarse. Es un impedimento u obstáculo la existencia de un vínculo matrimonial anterior vigente, así como tener algún parentesco entre los contrayentes; estos y muchos otros impedimentos coinciden en todos los sistemas matrimoniales civiles y religiosos.

Lo fundamental de la celebración del matrimonio es la manifestación del recíproco consentimiento de los contrayentes. Dicha manifestación puede ser por si o por medio de un representante como consta en el[51] Código Civil Art. 101.

Se considera nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial, expresión con la que se alude al matrimonio simulado por acuerdo de ambas partes: por ejemplo, para adquirir la nacionalidad, por concesión o un derecho arrendatario, o para rebajar el impuesto sucesorio. También son nulos los matrimonios que se

[51] Código Civil Art. 101.

celebren entre personas para las que existe impedimento no dispensable. En julio de 2002 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció el derecho de las personas transexuales a casarse según su identidad sexual después de la operación.

Aunque el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, sin embargo para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro civil, sea la practicada por el juez, en el propio libro al autorizar el matrimonio, sea transcribiendo un documento intermedio: el acta o certificación correspondiente.

Requisitos generales para contraer matrimonio civil:

1) Presentar la cédula de ciudadanía y el certificado de votación original de ambos contrayentes.

2) Presencia de dos testigos, que deberán presentar idéntica documentación que los contrayentes.

Luego deberán proceder al pago de la llamada tasa, cuyo precio es de $15,00 por inscribir y celebrar el matrimonio en las oficinas del Registro Civil y $70,00 por la inscripción y celebración del matrimonio fuera de las instalaciones del Registro. En caso que el matrimonio se haya celebrado previamente en el extranjero y se desee celebrar nuevamente en Ecuador, se debe abonar una tasa de $50,00. Una vez hayan abonado la tasa correspondiente, hay que acercarse al Departamento de Matrimonios para agendar la fecha del enlace, todo esto independientemente de que se puede dirigirse directamente ante el funcionario responsable en una jurisdicción cantonal, donde sin lugar a dudas resulta más fácil contraer matrimonio si reúne los requisitos de ley.

Requisitos para casos especiales:

1) Si uno de los contrayentes es menor de edad, necesitará la autorización de padre, madre o tutor legal.

2) Si alguno de los contrayentes fuere progenitor soltero, viudo o divorciado y tuviere hijos bajo su patria potestad, deberá presentar Nombramiento de Curador Especial y si administra bienes debe presentar un inventario de los mismos.

3) Si uno de los contrayentes es extranjero residente, presentará el censo y la cédula de identidad; si no es residente, presentará el pasaporte con visa o permanencia legal. Además, en cualquier caso, presentará un certificado original de la filiación y estado civil del extranjero debidamente autenticado y traducido al español, de ser el caso.

4) Si uno de los contrayentes es miembro de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, necesitará la autorización de la Dirección de la institución a la que pertenezca, o certificado de exoneración.

5) Finalmente, si el matrimonio ha sido realizado previamente en el exterior, se deberá realizar su inscripción previa presentación de los requisitos que le serán indicados por Asesoría Jurídica.

2.5.4. Procedimiento.

En nuestro país, Ecuador, la regulación, celebración del matrimonio civil está a cargo del Departamento de Matrimonios, el cual depende del Registro Civil de Ecuador y que para su celebración se debe estar al procedimiento legal y protocolario exigido por la ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, dicho en otras palabras, el procedimiento de rigor debe reunir ciertos presupuestos procesales, al igual que el requerimiento de cierta documentación que deben presentar los contrayentes comparecientes, requerimientos generales y también aquellos que deben cumplirse en ciertos casos especiales conforme se deja determinado en el caso de los requisitos ya expresados anteriormente.

Al efecto nuestro Código Civil, en lo establecido en el Art. 100 expresa: El matrimonio civil en el Ecuador se celebrará ante el Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación, en las ciudades cabeceras de cantón del domicilio de cualquiera de los contrayentes, o ante los jefes de área de Registro Civil. En todo caso, el funcionario competente puede delegar sus funciones a cualquier otro funcionario administrativo. Siempre se requiere la presencia de dos testigos.[52]

Nota: Artículo reformado por Ley No. 43, publicado en Registro Oficial Suplemento 256 de 18 de Agosto de 1989.

En igual forma el Art. 101 dice: Los contrayentes deben comparecer al acto de la celebración, sea personalmente, o por medio de apoderado con poder especial, otorgado ante Notario Público.[53]

2.5.5. La unión de hecho como matrimonio.

La convivencia humana, Constitucionalmente, está elevada a principio constitucional, cuando en el Art. 68 de la Constitución de la República del Ecuador dice: La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.[54]

El Título VI cuando trata de las Uniones de Hecho en el Art. 222 del Código Civil cuando trata de Derechos y Obligaciones de las uniones de hecho, genera una especie de definición, al expresar: La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho , por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala este Código, generará los mismos derechos y obligaciones que

[52] *Código Civil Art. 100*

[53] Art. 101

[54] Art. 68 de la Constitución de la República del Ecuador

tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.[55]

La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes.

La unión de hecho, como figura jurídica fue creada con la intención de proteger a las familias constituidas sin haber celebrado el matrimonio, situación ésta que ha sido mal concebida o interpretada erróneamente, por un gran sector de la ciudadanía, pues la confusión radica en el sentido de considerar que la simple unión entre un hombre y una mujer por más de dos años, ya es una unión de hecho, o le da derecho sobre la misma, olvidándose de un requisito indispensable que debe tener esta unión para constituirse en "UNION DE HECHO", es el hecho de que tanto el hombre como la mujer que van a unirse voluntariamente, deben ser libres de vínculo matrimonial con otra persona, de tal suerte que se cumplan los presupuestos contenidos la mencionada disposición legal, pero que esta convivencia para su legitimada debe ser reconocida por autoridad competente, sea ésta Juez de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia, o ante Notario Público, puesto que además de conformidad con la disposición constante en la norma dl Art. 222 ibídem la unión de hecho genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. [56]

2.5.6. Crisis matrimonial.

Tratar de crisis matrimonial sin lugar a dudas es referirse a conflicto de familia, de pareja, de matrimonio, de unión libre o monogámica, pero que este conflicto de hecho que no es solo puede afectar al matrimonio, a la convivencia, sino que de hecho atenta a la institución misma del matrimonio.

[55] Art. 222 del Código Civil
[56] Art. 222 ibídem

Los conflictos familiares son tan variados como las personas involucradas en ellos. La confusión puede ser producto de un esposo dedicado a tiempo exclusivo trabajo, mientras que su esposa o conviviente se siente sola y disgustada por ese accionar, no se siente legitimada; por otra parte los hijos que son fuente continua de conflictos familiares, agravados por la falta de firmeza de los progenitores en habilidades paternas; familias habitualmente viviendo con terceras personas, presencia de padrastro o madrastra no aceptados, parientes políticos que son fuente de conflictos familiares ya sea por ser conflictiva de origen por ser disfuncional, o porque su disfunción se produjo por esa actitud violenta en relación de las nuevas familias, donde el hogar se ve amenazado por el abuso verbal, físico o emocional, y se hace necesaria una separación.

Para los diferentes Foros de la Familia realizados en nuestro país, y siguiendo un análisis, nos hacen conocer un sin número de motivos del accionar cotidiano de las parejas.

Se determina la edad específica de los cuarenta años, como hito importante en la vida del ser humano; se nos informa que se hace un un pare en el camino de la vida para reflexionar sobre el pasado y plantearse algunos cambios para el futuro, acusando de esta crisis matrimonial a la relación conyugal por no encontrarse en un estado vigoroso, o porque alguno de los cónyuges no desafía la situación de la manera adecuada, es así que si la crisis que algún momento fue individual, puede convertirse en una crisis matrimonial.

Referente a las principales causas de una crisis matrimonial o de pareja, se ha determinado las siguientes:

1. El dar por terminados los objetivos que ambos tenían en común, cuando todavía les queda tanto por hacer conjuntamente.

2. Perder el norte, que les servía para educarse y fomentar las convicciones, las virtudes y valores humanos, que les daban seguridad a la hora de actuar. Desgraciadamente, los han sustituido por actitudes materialistas, que les llevan a ver la vida bajo otros enfoques.
3. Considerar que sus tareas familiares, conllevan un exceso de responsabilidades, imposibles de sobrellevar y que el matrimonio, empieza a volverse una carga difícil de llevar.
4. Los cambios físicos, biológicos, psicológicos, religiosos, económicos y sociales que se producen al llegar a esa edad, hacen creer a algunos que han disminuido o desaparecido las cosas importantes que tenía en común la pareja. Aparecen malestares pasajeros o francas depresiones con situaciones de crisis transitoria, cuya duración permite la elaboración de otros cambios más fuertes que hacen para pasar a la siguiente etapa. En general estos cambios pueden tener un valor positivo, si la pareja consigue, que les sirvan para un mutuo conocimiento, maduración y crecimiento, como personas y como matrimonio.
5. No estar preparados para sobrellevar el llamado síndrome del “nido vacío”, que es cuando los hijos dejan la casa paterna, para irse a vivir a otro lado por motivos de estudio, trabajo, amigos o matrimonio. En cuanto los hijos, ya han crecido lo suficiente como para ser más independientes y tienden a alejarse del hogar familiar, lo que origina que los padres se sientan solos. Pues si en los primeros años del matrimonio, existía la ilusión de la juventud y la esperanza de criar a los hijos, con el paso de los años y tras haber luchado, por ellos y por la vida, el hueco dejado por los hijos puede separar a la pareja. El rol en el matrimonio, muchas veces ha perdido su carácter excitante, por la frenética actividad y las múltiples preocupaciones que conlleva una vida familiar en armonía y felicidad.
6. Que uno de los miembros de la pareja luche para seguir adelante con los planes que hicieron, para cumplir los objetivos de vida en común y que la otra persona se acomode a quedarse atrás. Es el caso frecuente, cuando

uno de ellos continúa estudiando mientras trabaja en casa o en el exterior, y la otra persona no sigue formándose.

7. Cuando aparecen los aspectos psicológicos de desilusión, cansancio y desengaño, y se reflejan en la crisis. Desilusión con uno mismo porque los proyectos juveniles no se han realizado. Cansancio al ver que las responsabilidades aceptadas de familia, hijos, trabajo, obligaciones sociales, etc. piden un esfuerzo continuado y se hacen cada vez más pesadas, pues exigen mucha atención y muy constante, lo que origina múltiples sacrificios. Desengaño cuando se percibe que la pareja no quiere seguir luchando por conseguir los objetivos que se propusieron.
8. La búsqueda de nuevas experiencias en los esposos, como cuando eran jóvenes, algunas veces buscan nuevas vivencias, muy atrevidas o de alto riego matrimonial, a fin de evitar la sensación de tiempo perdido o de aburrimiento. Coquetean con personas, incluso más jóvenes, sin tener en cuenta, el grave riesgo de que pueda haber infidelidades matrimoniales.
9. Deseos de llamar la atención, la práctica de deportes de alto riesgo, exagerado cambio de imagen, grandes inversiones económicas, que normalmente no haría, simplemente por llamar la atención, como el comprar coches deportivos, descapotables y de colores chillones.
10. Un cambio profundo en la vida económica, física o social de la pareja, una situación social inestable o peligrosa. La modificación del carácter, motivado por la excesiva preocupación por la salud, la aparición de enfermedades imaginarias, una cierta pérdida de interés por el trabajo profesional, etc. Cualquier otra situación externa, que llegue sin tiempo para prevenirla, por ejemplo: Premio de lotería, accidente con graves consecuencias futuras, problemas de salud, de inmigración, de cárcel, de servicio militar, de inundaciones, etc.

2.6. DIVORCIO

2.6.1. Concepto.

Al hablar de divorcio empíricamente nos hacemos la idea conceptual de ruptura, de separación, de una disolución de una unión que termina, por lo que me voy a permitir dar las siguientes definiciones:

Nuestro Código Civil no da un concepto o definición específica de lo que es el divorcio, sin embargo el Art. 106 al tratar de la disolución del vínculo matrimonial, dice: El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio.[57]

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.

Para 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,

[57] Código Civil Art. 106

profunda divergencia entre pareceres, tendencias, aspiraciones, impulsos y actuaciones.[58]

Atendiendo la definición de divorcio, diría que es la separación de dos personas que firmaron un acuerdo ante la ley por estar juntos 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.[59]

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

Llamase divorcio a la acción o efecto de divorciarse, es decir a la acción o efecto de separar, cuya atribución se le está atribuida al juez competente, por sentencia a los casados en cuanto a las relaciones que contrajeron en virtud del matrimonio.

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.[60]

Analizando estas definiciones, detallan en que consiste el acto del divorcio, cuando debe darse, o bajo que causales se produce este acto.

[58] Dr. Guillermo Cabanellas
[59] Dr. Luís Parraguez
[60] Diccionario Jurídico Omeba divorcio

Los conceptos antes citados sin lugar a dudas coinciden en que el divorcio es la separación y ruptura del matrimonio que se halle constituido legalmente entre un hombre y una mujer.

2.6.2. Antecedentes históricos en el Ecuador.

Es de dominio general, que el divorcio es una institución jurídica, que se introduce en los ordenamientos jurídicos europeos, especialmente luego de la Reforma Protestante de Lutero y Calvino, y toma gran importancia a partir del siglo XVIII con la Revolución Francesa, consolidándose definitivamente en el Estado Liberal que nace en el año de 1850; formando parte del pasado histórico del matrimonio.

Brevemente haré un pasaje histórico sobre este tema en los diferentes tiempos de la civilización mundial, recogiendo aspectos más sobresalientes, es así que en el Código de Hammurabi a fines del año 3.000 A.C ya se trata sobre divorcio de una manera restringida; mientras que en la época de Moisés el divorcio es un misterio, pues parece que la Biblia es hostil a esta institución.[61]

En el libro de la Biblia denominado el Deuteronomio, en el capítulo 24, versículo 1, dice "Cuando un hombre ya ha tomado una mujer y cohabitado con ella, si después no le agradare, porque encuentra en ella cosa torpe, le escribirá libelo de repudio, la devolverá y la echará de su casa"; pero hay que reconocer que en cambio Moisés consideró que ambos cónyuges tenían los mismos derechos, pero admitió el divorcio como mal menor, pero solo era admitido por adulterio o por vergonzosas infracciones a los deberes matrimoniales.[62]

En el Derecho Romano en un primer momento se consideró que el matrimonio era indisoluble y eran muy raros los casos de divorcio, pero luego fue

[61] Código de Hammurabi a fines del año 3.000 A.C
[62] Biblia denominado el Deuteronomio, en el capítulo 24, versículo 1

extendiéndose la costumbre de esta figura jurídica y al final de su evolución histórica se la admitió libremente, sin testigos, sin formalidades y por la sola voluntad de cualquiera de los cónyuges; de tal manera que el historiador Séneca recuerda que hallar mujeres que contaban sus años, no por los meses que transcurrían entre año y año, sino por el número de sus maridos.

La Iglesia Católica, Apostólica y Romana, recalca que el maestro Jesús dijo "Aquél que repudia a su mujer, además de querer el adulterio hace que ella lo cometa y quien toma a una mujer repudiada comete adulterio. Lo que Dios juntó, el hombre no lo separa" (San Mateo capítulo XIX, versículos del 3 al 12); y, así se establece de este modo la indisolubilidad del matrimonio, que en nuestro país es defendida por la Iglesia Católica y especialmente por Monseñor Juan Larrea Holguín en su tratado jurídico sobre derecho civil en la parte de la familia.[63]

Actualmente la Iglesia Católica no reconoce el divorcio secular o católico.

En 1895 se estableció por primera vez el matrimonio civil en nuestro país; en 1902 se admitió el divorcio por adulterio de la mujer; en 1904 se aceptaron otras dos causales para el divorcio, esto es: adulterio de la mujer, concubinato del marido y atentado de uno de los esposos contra la vida del otro. El 30 de septiembre de 1910 se introdujo el divorcio por mutuo consentimiento.
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.

[63] La Iglesia Católica, Apostólica y Romana,

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.[64]

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.[65]

2.6.3. Requisitos.

Dando un concepto o definición, se tendría que los presupuestos procesales son requisitos necesarios exigidos por ley para que pueda ser válido un proceso.

Para Calamandrei**,** Piero: "Los presupuestos procesales son condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento favorable o desfavorable sobre la demanda". Si no hay condiciones, el juez no podrá emitir sentencia. Aún si emitiera y no hay cumplimiento de las condiciones se tiene

[64] Constitución de 1978 Ley 115 promulgada en el Registro Oficial 399 del 29 de diciembre de 1982.

[65] La Ley Nro. 88 publicada en el Registro Oficial 492 del 2 de Agosto de 1990, reforma la causal de divorcio 11ava

el *recurso de casación* que verá estos aspectos técnicos, pero no los aspectos de fondo.

Según Escobar Fornosi, Iván: " Los presupuestos procesales son requisitos indispensables para que el juez pueda emitir sentencia sobre el fondo del asunto".

Los presupuestos procesales por su naturaleza, son requisitos que deben ser observados antes de que surja la relación procesal, los presupuestos materiales son requisitos necesarios después de la traba procesal (que se tiene luego del traslado de la demanda) y son el interés, la posibilidad jurídica, la legitimación en la causa.

Los presupuestos procesales son.

- La competencia.
- La capacidad.
- La demanda precisa.

El juez de oficio puede rechazar si no se cumple con estos requisitos.

2.6.4. Procedimiento.

El divorcio siendo la institución jurídica que permite, conforme a derecho, la terminación o disolución del vínculo matrimonial, 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 adquiridos dentro de la relación matrimonial.

El divorcio en el avance social ha adquirido una gran trascendencia, es una forma de dar por terminada la relación conyugal, relación en la que se discute la causal de abandono, la situación de los hijos sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas, exista o no un acuerdo.

Cuando se trata de terminación del matrimonio el Art. 105 del Código Civil determina las causas de dicha terminación, siendo el numeral 4) el que hace referencia a que el matrimonio termina: Por divorcio.[66]

Para el caso de divorcios controversiales que provengan de la instauración de una demanda de un cónyuge contra el otro, se entiende que es un divorcio por causales, mismas que se contienen en el Art. 110 del Código Civil, y que concomitantemente con los dispuesto en el Art. 118 ibídem, el procedimiento a seguirse es el Verbal Sumario, ritualidad consagrada en el[67] Art. 828 al 847 del Código de Procedimiento Civil.

Por otra parte el divorcio notarial, se facultó al notario, mediante ley publicada en el Registro Oficial No 406 del 28 de noviembre del 2006 en su Art. 18 numeral 22, a conocer de divorcios siempre y cuando los solicitantes no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. [68]

En lo relacionado al divorcio por mutuo consentimiento, este divorcio consensual conocido también como divorcio por petición conjunta de los cónyuges, se lo puede definir como aquel en donde se decide por acuerdo entre los cónyuges, y que para que exista el divorcio consensual es importante destacar que únicamente debe mediar la voluntad de los cónyuges, situación que es criticada por quienes consideran que el divorcio no puede darse únicamente por el simple deseo expresado por los cónyuges, unido a ello un trámite sencillo y fácil de acceder; sino que consideran que es necesario que pese al consentimiento y expresión de voluntad de los cónyuges, debe establecerse como obligación que exista una causa justa, la misma que debe ser calificada y aceptada a trámite, puesto que el procedimiento a seguirse lo determina en forma clara el Art. 108 del Código Civil.[69]

[66] Art. 105 del Código Civil
[67] Art. 110 del Código Civil Art. 118 ibídem- Art. 828 al 847 del Código de Procedimiento Civil.

[68] Registro Oficial No 406 del 28 de noviembre del 2006 en su Art. 18 numeral 22
[69] Art. 108 del Código Civil

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

El divorcio de un menor de dieciocho años, sigue la suerte del Art. 109 del Código Civil según el caso.[70]

2.6.5. Sentencia.

Etimológicamente, según lo define la Enciclopedia Jurídica Omeba, sentencia proviene del latín "sententia" y ésta a su vez de "sentiens, sentientis", participio activo de "sentire" que significa sentir.

Luego, la connotación del concepto no deja de ser especialmente singular, pues implica el sentimiento que el juzgador se ha formado acerca de la controversia planteada a su consideración, a la luz desde luego de la norma jurídica, plasmado en el fallo que sólo a él es dado pronunciar.

Para Alfredo Rocco la sentencia es "…el acto por el cual el Estado, por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello (juez), aplicando la norma al caso concreto, indica aquellas norma jurídica que el derecho concede a un determinado interés".[71]

Para mejor entender, en otras palabras diría que la sentencia es un acto jurisdiccional que emana de un juez que pone fin al proceso o a una etapa del mismo, la cual tiene como objetivo reconocer, modificar o extinguir una

[70] Art. 109 del Código Civil
[71] Alfredo Rocco la sentencia es

situación jurídica así como formular órdenes y prohibiciones. Esta es regida por normas de derecho público, ya que es un acto emanado por una autoridad pública en nombre del Estado y que se impone no solo a las partes litigantes sino a todos los demás órganos del poder público; y por normas de derecho privado en cuanto constituye una decisión respecto de una controversia de carácter privado, cuyas consecuencias se producen con relación a las partes litigantes.

Según nuestro Código de Procedimiento Civil en el Art. 269, determina que la sentencia es la declaración del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio.[72]

2.6.6. Situación de los hijos menores de edad provenientes del divorcio.

Este tema es muy complejo, pues se trata de someter según la ley en tratándose de incapaces a una difícil situación ulterior a los hijos habidos bajo precedente matrimonio o convivencia, nuestra legislación para este efecto en el Art. 108, Inciso tercero del Código Civil determina que todo juzgador debe someterse seis reglas que deben ser observadas en sentencia, de igual manera el Código de la Niñez y Adolescencia que se remite al Código Civil.[73]

Ahora bien resulta necesario hacer un análisis de aquellas instituciones y personas que dedican su amplio estudio a este grupo vulnerable, dada su condición de falta de capacidad total, es así que tenemos que la edad de los hijos es un factor importante en la vivencia del divorcio de los padres. Cada etapa de desarrollo tiene ciertas características y reacciones típicas resultando prioritario considerarlas como forma de ayudar a los niños a adaptarse a la nueva situación, situación ésta que el derecho de familia vive a diario, existiendo para todos los casos ayudas terapéuticas.

[72] Código de Procedimiento Civil en el Art. 269
[73] Art. 108, Inciso tercero del Código Civil

Se entiende que el terror más grande de los niños, es el divorcio de los padres, puesto que el afecto y amor que siente hacia sus padres es irreemplazable, por eso no aceptan la palabra divorcio.
La edad de los hijos frente a un divorcio, tiene mucha importancia porque a medida que los niños van creciendo varia la figura que tienen sobre el divorcio de sus padres y la manera de ubicarlo en su historia personal.
Es importante, dejar en claro que quienes se separan por la acción del divorcio son los padres, por lo que mal pueden dejar a la suerte la situación de sus hijos, se aconseja no perder la relación afectiva de relación padres-hijos.

Como ejemplos citaré algunos atendiendo la edad de los hijos frente a un divorcio:
En la etapa de cero a dos años, el niño carece totalmente de lenguaje, no razona, en esta etapa el niño descubre la separación de sus padres por causa del cambio de rutina, pues si papá/mamá estaba presente todas las tardes y era quien le bañaba o dormía, ahora ha dejado de hacerlo y el niño acusa este cambio.

En la etapa de dos a siete años, se dan provechos importantes en el niño desarrolla el lenguaje y también el pensamiento, aunque con dificultad a pesar de que en esta época el pensamiento del niño es mágico y todopoderoso, con lo que el niño se considera responsable de todo lo que ocurre a su alrededor, se suele sentir culpable por la separación de la pareja, el niño presenta conductas de etapas escalonadas anteriores ya superadas, el aviso es volverse a orinar en la cama.

En la etapa de siete a doce años, el niño continúa desarrollando su pensamiento, las reacciones se presentan en la etapa escolar, existen problemas con el aprendizaje, se dificulta la concentración, broncas y problemas de relación con los compañeros, etc.

En la etapa de los 12 años, el niño sigue su desarrollo intelectual hasta alcanzar un razonamiento completamente vago, el niño llegará a ser capaz de deducir causas y consecuencias de todo lo que ocurre a su alrededor, se debe explicar las causas del divorcio.

La falta de comunicación entre los padres y la falta de preocupación para el niño aumenta su angustia, las conductas de enfrentamiento o provocación a los padres así como problemas de relación o agresividad en la escuela son más comunes.

2.7. SEGUNDAS Y ULTERIORES NUPCIAS.

2.7.1. Concepto.

Para entender a las segundas y ulteriores nupcias, habrá que partir definiendo lo que es nupcias, boda, casamiento; ceremonia matrimonial en su conjunto civil, religioso y de celebración familiar. Esta expresión se usa comunmente para determinar, conocer el número de matrimonios en que ha participado una persona, partiendo desde las primeras nupcias.

Las segundas nupcias no tiene una definición o un concepto preciso en nuestra legislación ecuatoriana, por lo que intentando dar un concepto, diría a mi criterio que las segundas y ulteriores nupcias, es la institución jurídica de acción legítima inmediata del orden primitivo, sea este proveniente de un efecto de disolución del vínculo matrimonial, nulidad de matrimonio, viudez, diligencia que debe ser promovida por el interesado hombre o mujer que quiera volver a casarse.

2.7.2. Antecedentes históricos en el Ecuador.

Para sumergirse en hechos acontecidos a través del tiempo en lo que tiene que ver al estudio, análisis, conocimiento de las segundas y ulteriores nupcias, se debe tener muy en cuenta los antecedentes históricos tanto para el matrimonio como para el divorcio, porque tienen una correlación directa, en tanto y en

cuanto el matrimonio en su estructura institucional, donde una de las dos voluntades pierde el encanto de esa legitimación de la aceptación mutua, recíproca, se desemboca en un desequilibrio emocional, donde se hace imposible salvar dicha institución, es necesario el divorcio; y con éstos nacen una serie de conflictos de familia, llegando que los seres humanos encuentren una nueva oportunidad de aceptar al legítimo otro, otra mediante una nueva institución jurídica llamada segundas y ulteriores nupcias, misma que al paso del tiempo ha dejado una riqueza importante en derecho para entrar en análisis, para someterlo a trabajos de investigación como en el caso que nos ocupa; mi interés se perfecciona en las aulas clases, en Derecho de Familia, en Derecho Civil, justamente para que analizando, estudiando, leyendo una infinidad de temas que tienen cierta relación, cierta conectividad como mi tema, logre encontrar el camino deseado.

Por lo que a más de lo ya expresado en las instituciones jurídicas que anteceden, debo expresar como antecedentes históricos que esta reserva binupcial, desconocida en el período clásico del Derecho Romano, apareció a finales del siglo IV como resultado de una tendencia protectora de los hijos del primer matrimonio, aunque estaba escondida tiempo atrás, como prevención de las segundas nupcias. La doctrina de la Iglesia dio mucha importancia porque veía en ellas una “honesta fornicatio”, sin lugar a dudas dio lugar a que varias Constituciones de los Emperadores Cristianos establecieran medidas legales respecto a las mismas, por ejemplo la reserva binupcial o clásica y la limitación de la llamada “Lex hac edictali”, siendo esta última la relativa a que el cónyuge sobreviviente del causante bígamo, en concurrencia con hijos o descendientes de anterior matrimonio de éste, es decir, el padrastro o la madrastra, no podían adquirir en la sucesión de dicho causante más de lo que correspondía al hijo menos favorecido del expresado anterior matrimonio, limitación que fue recogida por la Compilación Española, de Cataluña de 1960, de Baleares de 1961 y la de Navarra de 1973, y que a la actualidad al haberse suprimido en las

dos primeras se mantiene en Navarra, donde, además, es aplicable respecto de los hijos y descendientes del segundo matrimonio.

Actualmente la ratio legis de la reserva binupcial no radica obviamente en la idea de sanción o pena a las segundas nupcias ni en la de ser una medida dirigida a obstaculizarlas, sino en la razón objetiva de mantener y asegurar el destino regular y normal de los bienes adquiridos en ciertas condiciones de procedencia a base de racionalizar con ello su ulterior trayectoria sucesoria.

El recelo o la suspicacia ante unas segundas nupcias, que es lógica, se fundamenta, en tal sentido de protección de la descendencia del primer matrimonio, la reserva ordinaria, mientras que en la actualidad es evidente, que esta duda ha disminuido por un cambio de mentalidad en dicho aspecto.

2.7.3. Nuevo matrimonio

La sentencia judicial del divorcio faculta a los cónyuges a contraer nuevo matrimonio previas formalidades de ley, igual situación tendríamos en una disolución o terminación de una unión de hecho para volver a unirse legítimamente.

El nuevo matrimonio tiene su valor legal cuando se trata de un nuevo casamiento entre un cónyuge viudo o divorciado, pero en caso de nulidad de matrimonio no puede hablarse técnicamente de segundo matrimonio, por la inexistencia del primero.

Al efecto el Art. 106 del Código Civil nuestro, hace referencia a que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este código;
limitaciones que son las constantes en lo que determina el Art. 131 al 135 del Código Civil.[74]

[74] Art. 106 del Código Civil y Art. 131 al 135 del Código Civil.

Es importante comentar algunos pasajes de la vida real frente al nuevo matrimonio por lo que como ejemplo sin determinar nombres de personas involucradas me referiré a un comentario que decía cuando comentó de su nuevo matrimonio: No les entiendo a los hijos de mi pareja del nuevo matrimonio, no estamos en el mismo suceso cuando se trata de crianza de los hijos que espero que se haga más fácil con el tiempo o no sé si lo lograremos.

Frente a este caso social y de familia al tratar de las segundas nupcias, cuando los niños son parte del paquete, es un reto, sin embargo, puede ofrecer esperanza y compañerismo que ser padre soltero no puede hacerlo. La comprensión de las relaciones únicas creadas y cómo navegar por las etapas de la nueva familia se enfrentan puede ayudar a determinar el éxito o fracaso de un nuevo matrimonio.

Una segunda familia está formada por matrimonio cuando uno o ambos de los cónyuges aportan hijos de una relación anterior. Una nueva familia se ve y funciona de manera diferente que una familia tradicional.

Los niños que sufren la pérdida de un padre a la muerte o la experiencia del divorcio requieren de ajustes importantes dadas las emociones angustiantes, cuyo esfuerzo intencional, la voluntad de crecer como las relaciones evolucionan, y un montón de tiempo y paciencia, el nuevo matrimonio con niños puede resultar en relaciones armoniosas.

Dick Dunn, en su obra Caras Nuevas en el Cuadro, una obra para guiar a casar parejas con niños, destaca seis etapas que podrían experimentar las familias articuladas. Si una familia se queda atascada en una etapa durante un período prolongado, puede resultar en un fracaso para el matrimonio. Al tratar estas etapas se requiere una comunicación sana por seguridad de la capacidad de adaptarse a los cambios, y la decisión de resolver el conflicto.[75]

[75] Dick Dunn, en su obra Caras Nuevas en el Cuadro

La primera etapa de enamoramiento se produce cuando dos personas se enamoran y deciden casarse. Muchas parejas en esta etapa son ciegos a las dificultades que encontrarán una familia articulada. Ellos niegan los sentimientos de sus hijos acerca de su relación y se niegan a escuchar las opiniones de los demás. El enamoramiento, sin embargo, suele dar paso a la realidad después de un corto período de tiempo.

La etapa de cuestionamiento que sigue a continuación empieza a reconocer los retos que se enfrentan con su nueva familia. Uno o ambos pueden empezar a dudar seriamente por qué se casaron. Durante la etapa de cuestionamiento de nuestro matrimonio, he reflexionado sobre la forma en que parecía más fácil ser un padre soltero que hacer frente a los retos diarios de nuestra nueva familia. Pero me había comprometido con mi nuevo matrimonio para bien o para mal, y decido a seguir adelante, sin importar el costo. Para muchos matrimonios, la etapa de cuestionamiento de hacer o deshacer una familia.

La etapa más crítica, es la etapa de crisis que viene a continuación, los niveles de la crisis varían de pequeños golpes de grandes explosiones, pero esta etapa representa un punto de inflexión en el que miembros de la familia buscan el cambio. Desafíos a construir hasta que alguien llegue en busca de ayuda. Es una etapa productiva si las familias frente a los problemas y empezar a encontrar soluciones. Desafortunadamente, muchas parejas se dan por vencidos y dejarlo todo. Pero los que perseveren vuelta a la esquina y mirar hacia más fácil próximos días.

Las tres últimas etapas por lo general ocurren en algún lugar entre el segundo y quinto del nuevo matrimonio. Familias reconstituidas complicadas que incluyen a los niños de ambos socios, al igual que nuestra familia, puede llevar más tiempo. Tampoco es raro que las etapas que deben volver a visitar. Nuestra familia llegó, tomó tierra en la etapa de crisis en varias ocasiones que nuestros hijos llegaron a sus años de adolescencia y algunos de ellos dejaron temporalmente para ir a vivir en la otra casa. No era un momento fácil, pero

como hemos recorrido con éxito las crisis, y se trasladó a la siguiente etapa, que comenzó a experimentar un sentimiento de esperanza, esta etapa ofrece la posibilidad pensamiento positivo hacia el mejoramiento de las relaciones. Después de la etapa de crisis, el problema nace con renovada energía a buscar la armonía familiar. Después de luchar durante años, la familia comienza a unirse. Las relaciones rotas comienzan a sanar y el día a día la vida parece más fácil.

La etapa de crecimiento sigue los pasos de la posibilidad, aunque ha habido cierto crecimiento desde el principio, las familias en esta etapa, reconocer a un ritmo constante de crecimiento, con más pasos adelante que hacia atrás. Los familiares se sienten aceptados por los otros y los problemas se resuelven rápidamente cuando se presentan. Los padrastros se sienten cómodos en sus papeles y la tensión con los ex cónyuges se ha aliviado.

La última etapa la de recompensa sólo se alcanza después de años de esfuerzo intencional. Para muchas familias reconstituidas, que nunca se alcanza. Pero para aquellos que perseveran, la recompensa de una relación armoniosa y el sentido de la realización de una familia unida es mayor que la carga de lo que cuesta llegar allí. Una vez alcanzado, las recompensas siguen desde hace años como miembros de la familia se tratan entre sí con un amor incondicional y el respeto, borrando los recuerdos de años difíciles y su sustitución por la esperanza y la expectativa por el futuro.

2.7.4. Presupuestos procesales.

Como se ha dejado expresado en el análisis realizado para el matrimonio, divorcio, que se debe cumplir ciertos requisitos, en tratándose de las segundas y ulteriores nupcias, a su vez existen ciertos requisitos indispensables para la celebración del matrimonio, al igual que los presupuestos procesales para contraer segundas y ulteriores nupcias, siendo estos:

- Voluntad de los contrayentes
- Cédulas de ciudadanía de los contrayentes original y copia
- Papeletas de votación de los contrayentes original y copia
- Dos testigos
- Cédulas de los testigos original y copias
- Papeletas de votación de los testigos original y copia
- Partida de matrimonio anterior marginada con el divorcio o partida de defunción
- Designación de curados especial en el caso que existan menores de edad
- Presencia del curador especial.

Art. 131.- El progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo su patria potestad, o bajo su curaduría, y que quisiere casarse o volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan a tales hijos como a herederos de su cónyuge difunto o por cualquier otro título.

Para la formación de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial.

Art. 132.- Habrá lugar al nombramiento de curador, aunque los hijos no tengan bienes propios de ninguna clase en poder del padre o de la madre. Cuando así fuere, deberá el curador especial testificarlo.

Art. 133.- La autoridad correspondiente, no permitirá el matrimonio del progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo patria potestad, que trata de volver a casarse, sin que se le presente certificado auténtico del nombramiento de curador especial para los objetos antedichos, o sin que preceda información sumaria de que el viudo no tiene hijos de precedente matrimonio, que estén bajo su patria potestad, o bajo su curaduría.

Art. 134.- El progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo patria potestad, por cuya negligencia hubiere dejado de hacerse en tiempo oportuno

el inventario prevenido en el Art. 131, perderá el derecho de suceder como legitimario, o como heredero abintestato, al hijo cuyos bienes ha administrado.

Art. 135.- La viuda no podrá contraer un nuevo matrimonio, si no han transcurrido por lo menos trescientos días desde la fecha en que murió el marido, salvo que probare científicamente ante la autoridad que va a intervenir en la celebración del matrimonio, no encontrarse embarazada.

Igual impedimento y excepción se establecen para la mujer cuyo matrimonio se ha disuelto por nulidad o divorcio, y en estos casos, el plazo se contará desde la fecha en que se inscribió la sentencia en el Registro Civil.

Estas prohibiciones no se extienden a los siguientes casos:

1.- Si el nuevo matrimonio se efectúa con el último cónyuge;

2.- Si no obstante encontrarse embarazada, el futuro cónyuge expresa ante la autoridad que celebra el matrimonio, reconocer como suyo el hijo que está por nacer; y,

3.- Si el divorcio se produjo por las causales 6a., y, 11a., del artículo 110 de este Código.

2.7.5. Procedimiento.

Luego de la nulidad de matrimonio o divorcio, algunas personas desean reanudar su vida con una nueva pareja, contrayendo nuevamente matrimonio, en el caso de los contrayentes de sexo masculino, esto no presenta mayor inconveniente, sin embargo, en el caso de la mujer es distinto, ella debe cumplir con requisitos legales en orden a evitar la confusión de paternidad.

Es importante determinar en este tema ciertas formalidades para la boda civil, es así que para poder casarse en segundas nupcias por lo civil, el primer

matrimonio deber estar disuelto por divorcio, por la defunción de uno de los cónyuges o también, aunque se da en casos muy excepcionales, por la anulación de la primera unión.

Cualquiera que sea la situación deberá, quien pretenda contraer segundas nupcias deberá presentar el certificado de defunción de su primer marido, los documentos que demuestren el divorcio o la anulación.

Además de estos documentos, deberá presentar el certificado de nacimiento de ambas partes, los documentos de identidad, los justificativos de domicilio y los datos personales de los testigos del nuevo enlace, lo cierto es que se puede casar cuantas veces se quiera, al respecto habrá que remitirse a lo que nuestro Código Civil, contempla para el caso de las segundas y ulteriores nupcias:

Art. 131.- El progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo su patria potestad, o bajo su curaduría, y que quisiere casarse o volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan a tales hijos como a herederos de su cónyuge difunto o por cualquier otro título.

Para la formación de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial. [76]

Esto quiere decir que mientras el progenitor tuvieras las responsabilidades del caso mientras tuviere hijos y en el caso de volver a casarse, obligatoriamente deberá realizar el inventario solemne de todo lo que tuviera a su cargo, en este caso sus bienes y los que tuvieren los hijos o cualquier otro título, se deberá realizar mediante un juez de lo civil.

[76] Art. 131

Art. 132.- Habrá lugar al nombramiento de curador, aunque los hijos no tengan bienes propios de ninguna clase en poder del padre o de la madre. Cuando así fuere, deberá el curador especial testificarlo. [77]

El curador mediante aceptación del juez formalmente deberá justificar y testificar de que sea el curador de aquel matrimonio, a pesar de que los hijos no tuvieren hijos para aceptación de otro matrimonio.

Se realizará bajo petición y escrito acompañado del abogado para dejar en custodia o curaduría a los hijos.

Art. 133.- La autoridad correspondiente, no permitirá el matrimonio del progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo patria potestad, que trata de volver a casarse, sin que se le presente certificado auténtico del nombramiento de curador especial para los objetos antedichos, o sin que preceda información sumaria de que el viudo no tiene hijos de precedente matrimonio, que estén bajo su patria potestad, o bajo su curaduría. [78]

No podrá volver a casarse mientras no justifique y deje en claro que sus hijos quedan con el correspondiente curador especial y todos los bienes que tuviere, ni podrá hacer las funciones de curador de su anterior matrimonio con el actual ya que no puede ser curador dos veces de matrimonios distintos, así que deberá justificar primero con quién dejar a sus hijos mediante otro curador testificando así mediante escrito presentado ante el juez en compañía de su abogado y aclarar que en su nuevo matrimonio si tuviere hijos dejará precedente que estén bajo su patria potestad.

Art. 134.- El progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo patria potestad, por cuya negligencia hubiere dejado de hacerse en tiempo oportuno el inventario prevenido en el Art. 131, perderá el derecho de suceder como

[77] Art. 132
[78] Art. 133.-

legitimario, o como heredero abintestato, al hijo cuyos bienes ha administrado. [79]

Mientras no haya hecho todo el trámite correspondiente tal como lo dice el artículo ciento treinta y uno, perderá todo derecho de ser heredero como dice este artículo al hijo cuyos bienes ha administrado, o sea, todo el poder que éste, le ha dado a sus hijos no podrá ser legitimado.

Art. 135.- La viuda no podrá contraer un nuevo matrimonio, si no han transcurrido por lo menos trescientos días desde la fecha en que murió el marido, salvo que probare científicamente ante la autoridad que va a intervenir en la celebración del matrimonio, no encontrarse embarazada.

Igual impedimento y excepción se establecen para la mujer cuyo matrimonio se ha disuelto por nulidad o divorcio, y en estos casos, el plazo se contará desde la fecha en que se inscribió la sentencia en el Registro Civil. [80]

Estas prohibiciones no se extienden a los siguientes casos:

1.- Si el nuevo matrimonio se efectúa con el último cónyuge;

2.- Si no obstante encontrarse embarazada, el futuro cónyuge expresa ante la autoridad que celebra el matrimonio, reconocer como suyo el hijo que está por nacer; y,

3.- Si el divorcio se produjo por las causales 6a., y, 11a., del artículo 110 de este Código.

Este artículo es más impuesto hacia la mujer con sus impedimentos y excepciones, las cuales la mujer debe esperar el plazo máximo requerido para volver a casarse, en el caso de encontrarse viuda esperar casi el año de la muerte de su cónyuge y establecen parámetros en las cuales podría volver a casarse, demostrar que no estuviere embarazada con el anterior cónyuge.

[79] Art. 134
[80] Art. 135

Incluso para la mujer en que haya quedado divorciada o nulo su matrimonio existirían prohibiciones por las cuales no podría volver a casarse, siempre y cuando espere la sentencia del juez que declare su divorcio y quedar lista para su próximo matrimonio.

Estas prohibiciones como lo dice el numeral tres son las que se encuentran en el artículo ciento diez, numerales seis y once en las que dice que el hecho que dé a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo. Y en el numeral once que dice lo siguiente: el abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente. Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges.

En lo que fuere aplicable, las causas previstas en este artículo, serán apreciadas y calificadas por el juez, teniendo en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse.

El divorcio por estas causas será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas, con la salvedad establecida en el inciso segundo de la causal número once de este artículo.

2.7.6. Curadurías Especiales.

Para explicar las Curadurías Especiales, me permito empezar explicando LA CAPACIDAD LEGAL, para lo cual daré un definición, manifestando que la capacidad legal, no es otra que la capacidad o la aptitud que tienen las personas para ejercer derechos y contraer obligaciones, es decir es la facultad que se les da a las personas de poder realizar o hacer algo, de acuerdo a mi investigación, existen dos clases de capacidad: la adquisitiva o de goce y la de ejercicio o de obrar.

En cuanto a lo que cada una respecta la capacidad de goce se refiere al beneficio que se tiene sobre un derecho pero esto no quiere decir que por tenerlo puede ejercerlo, por Ejemplo el derecho a la educación en Ecuador, que a pesar que se realizan tantos programas para fomentar y promoverla para todos, depende no solo de la persona sino de su entorno para poder acceder a la misma, aunque la educación sea gratuita no todos pueden tener acceso ya que ella demanda gastos y por ello muchos son las personas que sólo estudian hasta el bachillerato, siendo este un caso de la vida real, ya que sobre las clases de capacidad, todos tenemos derecho a educarnos pero no todos lo podemos hacer.

Ya en derecho civil tenemos que toda persona es capaz, con excepción de quienes la ley declara incapaces, es decir, que solo quienes por algún motivo la ley declara incapaz, no pueden ejercer algún derecho, de ahí que muchos están restringidos para ejecutar ciertos actos.

La Ley en territorio ecuatoriano regula el comportamiento de los seres humanos dentro de la sociedad, por ello si nuestro comportamiento no es el adecuado o si aún no contamos con la suficiente madurez para hacernos responsables de los actos que hacemos, siempre vamos a tener una sanción o un límite.

El Código Civil ecuatoriano en su Art. 1461 inciso 2, cuando se refiere a los requisitos de capacidad legal, nos dice que la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra", entonces consiste en que una persona puede hacerse cargo de sus actos, de hacer ejercicio de sus derechos y de adquirir obligaciones, sin el permiso o el consentimiento de otra.

Con esto nos queda claro que no todos estamos capacitados para el cumplimiento de ciertos actos, cuando una persona según nuestro código es

considerada incapaz esto le restringe o limita para que ejerza ciertos actos, es que por ejemplo un interdicto no puede ejecutar actos civiles mientras no termine su interdicción.[81]

Este es un tema muy interesante ya que no solo nos enfocamos en las capacidades, más que eso debemos tener en cuenta la clase de incapacidades que existen, ya que es necesario reconocer a quienes y por qué son dichas limitaciones, puesto que solo diferenciando y conociendo cada una de ellas podremos ayudar a otros, no podemos hablar de lo que no conocemos.

Existen dos clases de incapacidades, la particular única en su especie por que no consulta subespecies, consisten en prohibiciones que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos y las generales, y que me permito que analizar y detallar acto seguido:

2.7.7 INCAPACES ABSOLUTOS.- Según el Art. 1463 del Código Civil, hay tres tipos de incapaces generales absolutos:

1.- El demente.- Se asocia a esta clase de incapacidades al imbécil o carente de ideas, como el enajenado o loco.

Trátese este tipo de incapacidad, la establecida en guarda de los intereses de personas que resulta de la imbecilidad o locura que padecen, pueden ser víctimas del abuso de sus semejantes. Los actos ejecutados y los contratos celebrados por el demente, después de la declaratoria judicial de su interdicción, son nulos y de ningún valor. Por lo mismo, bajo el supuesto indicado, no podría alegarse la validez de los que se cumplieron dentro de uno o más intervalos lúcidos.

Cabe hablar de una incapacidad de derecho que, por ampararse en una presunción también de derecho, impide probar lo contrario. De acuerdo con la disposición final del artículo últimamente citado, los actos ejecutados y los

[81] El Código Civil ecuatoriano en su Art. 1461 inciso 2

contratos celebrados por el demente sobre el que no hubiese recaído interdicción, son válidos, a menos que quien alegue su nulidad pruebe que quien los ejecutó o celebró estuvo entonces en estado de demencia.

Sabemos que una persona que no está en total uso de razón no puede ejecutar actos civiles o celebrar algún contrato, porque podrían ser estafados fácilmente, por ello las leyes los amparan, no es una forma de discriminación; creo que más bien se trata de protección, de velar por sus intereses y que así no puedan ser objeto de burla o de estafa en cualquier caso, para mejor comprender, cito como ejemplo: Juan, es una persona con mucho dinero, pero por consulta médica y de los exámenes practicados se determina estar demente, se instaura una acción legal, se justifica este desorden mental y se solicita que en sentencia , que el Juez lo declare interdicto, de ser así, Juan no puede hacer uso libremente de sus bienes, caso contrario la administración sería un desastre, lo que afectaría a su legado, necesitando el nombramiento de un administrador que se encargue de velar y cuidar los intereses de los mismos.

2.- El impúber.- Por definición del Código Civil, impúber es el menor de catorce años, en el caso del hombre y la menor de doce, en el de la mujer. En la normativa referente a esta incapacidad sobresale la protección de los intereses del impúber, en quien, por obvias razones, los fenómenos psíquicos de conciencia y voluntad se hallan en proceso de formación, más ostensiblemente en tratándose del niño o infante, va decir del menor de siete años de edad, que en el impúber mayor de siete años y menor de catorce, si es hombre, o mayor de siete años y menor de doce, si es mujer.

Explicando diría que la persona que se encuentre en una y otra situación expresada, no podría contratar sociedad o compañía, pero podría hacerlo a través de su representante legal.

Otra de las incapacidades es la del menor impúber pues aún es un niño y como tal no es responsable ni tiene la suficiente madurez para ejecutar actos civiles, es decir si el menor impúber, mejor dicho el menor de 14, los niños y de 12 las niñas, tienen recursos económicos no puede realizar negocios con nadie, pero podría hacerlo bajo la tutoría o curaduría de su representante legal.

En una representación de un menor impúber**,** o quien esté a su cargo, si no administrare correctamente, no vele por los intereses del niño, deberá ser reemplazado por otro con la debida orden del Juez y este quedará sujeto a las sanciones que las leyes establezcan para el caso. Si se le encarga esa labor, lo debe hacer de la mejor manera más aún porque está al cuidado de bienes o recursos que no le pertenecen y de los cuales debe rendir cuentas.

Así mismo en lo que a representación de si mismo respecta y que no pueda valerse por sí solo para dar su apreciación en determinado asunto.

3.- El sordomudo que no puede darse a entender por escrito.- La sordomudez e ignorancia concurrentes o copulativas configuran esta incapacidad protectora de los derechos de quien las padece.

Es capaz el sordomudo que puede darse a entender por escrito, en la medida de que está en aptitud de expresar su voluntad de ese modo.

Por lo expuesto, el estado de ignorancia o falta de educación del sordomudo, antes que la sordomudez en sí misma, constituye el fundamento de la protección incita en esta incapacidad. Si habiendo llegado a la pubertad, el sordomudo no pudiere expresarse por escrito, se hacen indispensables la declaratoria de su interdicción y la designación del curador general que lo represente. Cesarán tanto la interdicción como la representación preindicadas cuando el sordomudo sea capaz de entender y ser entendido por escrito. Entonces, el mismo podrá solicitar al juez que, mediante nueva providencia, declare su habilidad y capacidad en derecho.

Cuando una persona es sordomuda y no se da a entender por escrito no puede realizar actos civiles o de otra índole puesto que no podemos saber cuál es su voluntad, ya que no tiene como expresarse, es decir que si un sordomudo debido a su estado consecuentemente no ha recibido la educación y preparación necesaria para poder escribir, no puede realizar tales actos, muchas veces creemos que podría ser injusto pero es solo por su seguridad ya que se está velando pos sus intereses, aunque si la persona de una u otra forma se prepara luego de la interdicción y así lo demuestra ante el juez, le será levantada la interdicción puesto que si puede darse a entender de forma escrita no hay razón para que siga en esa situación y a mi criterio esto es saludable en derecho, porque se estaría practicando una verdadera justicia y reivindicando la parte emocional del interdicto.[82]

INCAPACES RELATIVOS.- Hay tres clases de incapaces relativos: el menor adulto, el interdicto y la persona jurídica. Al tenor de lo prescrito en Art. 1463 del Código Civil, inciso tercero del Código Civil, los actos ejecutados y los contratos celebrados por los incapaces relativos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

1.- El menor adulto.- Se denomina de este modo el varón mayor de catorce años de edad y menor de dieciocho; y, a la mujer mayor de doce años y menor de dieciocho. Esta incapacidad termina con la llegada de la mayoría edad, esto es, con el cumplimiento de los primeros dieciocho años de vida.

La incapacidad en estudio no supone una sanción para el menor, sino por el contrario, protección de sus intereses, visto que la intervención de su representante legal en tal o cual negocio jurídico, o la autorización que al menor se le confiere para que intervenga directamente en aquellos, prevé la ley en guarda de la persona y de los bienes de este incapaz.

[82] Art. 1463 del Código Civil

Dicho en otras palabras, este tipo de incapacidades son aquellas que se dan por un tiempo determinado nos dice que está determinada para los varones mayores de 14 y menores de 18 y en la mujer mayor de 12 y menor de 18 años, se da por un tiempo específico y determinado porque cuando la persona cumple la mayoría de edad queda disuelta.

Cuando la persona va creciendo va adquiriendo también madurez y por consiguiente puede actuar por sí misma y hacerse responsable de sus actos tantos de los que realiza para bien como para mal.

2.- El interdicto.- Interdicto es quien está prohibido de administrar por sí mismo sus bienes. La interdicción puede ser, en unos casos, efecto de la protección con que la ley quiere amparar a ciertas personas, o, en otros tantos, consecuencia de sanciones previstas en ella misma. Tendrá una connotación defensiva o proteccionista cuando se la aplica al disipador, el ebrio o al toxicómano consuetudinario. Tendrá carácter sancionador cuando recaiga en la persona del quebrado o del insolvente y, más aún, en la del condenado a penas de reclusión mayor ordinaria o extraordinaria o mejor extraordinaria, de acuerdo al Código Penal.

Cuéntense entre ellas los hechos reiterados de dilapidación que pongan en manifiesto una evidente falta de prudencia en el gasto, la realización de inmotivadas donaciones cuantiosas, atendida la capacidad económica de la persona de que se trate.

Constituye práctica más o menos dada, la declaratoria de interdicción por ebriedad o toxicomanía consuetudinaria, siempre que quien padezca uno u otros vicios o los dos no haya devenido en demente, puesto que, si ese fuera el caso, habría lugar a la declaratoria de interdicción por demencia y el incapaz de la especie sería absoluto y no relativo.

En la práctica las interdicciones pueden darse por algún tipo en razón de la protección por la sanción determinada por la comisión de un delito, en nuestro Código Penal esta se establece como una pena accesoria ya que a ciertos

sentenciados se les prohíbe que estos administren sus bienes para lo cual él o el Juez nombran un curador. Otra forma de interdicción es por el consumo excesivo y consuetudinario de alcohol o algún tipo de droga. Es que nadie puede hacer buena administración de bienes o tomar buenas decisiones en ese estado, lo único que se trata es cuidar de que la persona no cometa errores de los cuales puede arrepentirse cuando esté en mejores condiciones mentales.[83]

Ya en materia de este tema, conceptualizando a las tutelas y curadurías según el Art. 367 del Código Civil, dice: Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida.[84]

Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores.

Art. 368.- Las disposiciones de este Título y de los dos siguientes están sujetas a las modificaciones y excepciones que se expresarán en los títulos especiales de la tutela y de cada especie de curaduría.[85]

Art. 369.- La tutela y las curadurías generales se extienden, no sólo a los bienes, sino a las personas sometidas a ellas.[86]

Art. 370.- Están sujetos a tutela los menores.[87]

[83] **Art. 1463 del Código Civil, inciso tercero del Código Civil**
[84] Art. 367 del Código Civil
[85] **Art. 368.-**
[86] **Art. 369**
[87] **Art. 370**

Art. 371.- Están sujetos a curaduría general los interdictos.[88]

Art. 372.- Se llaman curadores de bienes los que se dan a los bienes del ausente, a la herencia yacente, y a los derechos eventuales del que está por nacer.[89]

Art. 373.- Se llaman curadores adjuntos los que se dan, en ciertos casos, a las personas que están bajo potestad de padre, madre, o bajo tutela o curaduría general, para que ejerzan una administración separada.[90]

Ya en el caso que nos ocupa para las segundas nupcias, el Art. 374 del Código Civil, Curador especial es el que se nombra para un negocio particular.[91]

Art. 375.- Los individuos sujetos a tutela o curaduría se llaman pupilos.[92]

Art. 376.- Podrán colocarse bajo una misma tutela o curaduría dos o más individuos, con tal que haya entre ellos indivisión de patrimonios.[93]

Divididos los patrimonios, se considerarán tantas tutelas o curadurías como patrimonios distintos, aunque las ejerza una misma persona.

Una misma tutela o curaduría puede ser ejercida conjuntamente por dos o más tutores o curadores.

Art. 377.- No se puede dar guardador al que está bajo la patria potestad, salvo que ésta se suspenda por disposición del juez, en alguno de los casos enumerados en el Art. 303.[94]

---

[88] **Art. 371**
[89] **Art. 372**
[90] **Art. 373**
[91] Art. 374 del Código Civil
[92] **Art. 375**
[93] **Art. 376**.-

Se podrá dar curador adjunto al hijo cuando el padre o la madre estén privados de la administración de los bienes del hijo o de una parte de ellos, según el Art. 293.

Art. 378.- Generalmente, no se puede dar tutor ni curador al que ya lo tiene. Sólo podrá dársele curador adjunto, en los casos que la ley designa.[95]

Art. 379.- Si el tutor o curador, alegando la excesiva complicación de los negocios del pupilo y su insuficiencia para administrarlos cumplidamente, pidiere que se le agregue un curador, podrá el juez acceder, oyendo previamente sobre ello a los parientes del pupilo y al ministerio público.

El juez dividirá entonces la administración del modo que más conveniente le parezca.[96]

Art. 380.- Si al que se halla bajo tutela o curaduría se hiciere una donación o dejare una herencia o legado, con la precisa condición de que los bienes comprendidos en la donación, herencia o legado se administren por la persona que el donante o el testador designen, se accederá a los deseos de éstos; a menos que, oídos los parientes y el ministerio público, apareciere que conviene más al pupilo repudiar la donación, herencia o legado, que aceptarlos en estos términos.

Si se acepta la donación, herencia o legado, y el donante o el testador no hubieren designado la persona, o la que ha sido designada no fuere idónea, hará el juez la designación.[97]

Art. 381.- Las tutelas o curadurías pueden ser testamentarias, legítimas o dativas.[98]

---

[94] **Art. 377**
[95] **Art. 378**
[96] **Art. 379**
[97] **Art. 380**

Son testamentarias las que se constituyen por acto testamentario.
Legítimas, las que se confieren por la ley a los parientes o cónyuge del pupilo.
Dativas, las que confiere el juez.

Sigue las reglas de la tutela testamentaria la que se confiere por acto entre vivos, según el Art. 386.

En definitiva, el procedimiento está encaminado a obtener la autorización para contraer segundas nupcias con fundamento en lo que determina el Art. 131 del Código Civil, deseo que para que se cumpla vía sentencia, y en trámite especial se debe solicitar se designe curador especial para el caso que existan hijos menores de edad o incapaces, a su vez que se proceda al inventario de ley si existen bienes de una sucesión intestada dejada por el causante cónyuge y padre respectivamente, igual situación a de observarse en el caso del Art. 132 ibídem, para el caso de los hijos que no tengan bienes.

Si el progenitor no tiene hijos de precedente matrimonio, que estén bajo patria potestad o bajo su curaduría, deberá presentar una información sumaria que acredite estos hechos, diligencia sin la cual no podrá contraer segundas nupcias.

2.7.7. Sentencia.

Como ya se deja anotado en el análisis de otras instituciones que son consecuencias del tema de trabajo de tesis, tosa petición, requerimiento, demanda, amerita una sentencia que ponga fin una reclamación sometida a contienda, a conocimiento de los jueces.

---

[98] **Art. 381**

Al tratar de sentencia, viene a nuestra mente que nos referimos a una resolución judicial**,** porque es el acto procesal proveniente de un tribunal, mediante el cual resuelve las peticiones de las partes, o autoriza u ordena el cumplimiento de determinadas medidas.

Dentro del proceso, doctrinariamente se le considera un acto de desarrollo, de ordenación e impulso o de conclusión o decisión.

Las resoluciones judiciales requieren cumplir determinadas formalidades para validez y eficacia, siendo la más común la escrituración o registro.

En la mayoría de las legislaciones, existen algunos requisitos que son generales, aplicables a todo tipo de resoluciones, tales como fecha y lugar de expedición, nombre y firma del o los jueces que las pronuncian; y otros específicos para cada resolución, considerando la naturaleza de ellas, como la exposición del asunto, es decir, individualización de las partes, objeto, peticiones, alegaciones y defensas, consideraciones y fundamentos de la decisión, mediante motivación o razonamiento jurídico.

Los efectos se refieren a las consecuencias que se producen por el hecho del dictado de una resolución judicial. Estas, según el caso, se producen en relación con el tribunal que la pronunció o respecto de los litigantes.

Es importante, al tratar de una sentencia, analizar también la cosa juzgada porque tiene mucho que ver con este tema, estamos tratando del efecto de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla. Ella se traduce en el respeto y subordinación a lo realizado y señalado en un juicio, por ello también se le define como la fuerza que atribuye el derecho a los resultados del proceso.

La sentencia, Impide volver a discutir entre las mismas personas, una misma materia, invocando idénticas razones, es decir, protege a las partes litigantes de la realización de un nuevo juicio y una nueva sentencia. Además, permite cumplir coactivamente el derecho reconocido o declarado en el juicio.

En lo relacionado o mejor dicho que tiene que ver con la clasificación de las sentencias, estas son: constitutivas o declarativas.

Las resoluciones judiciales pueden constituir nuevos estados jurídicos, atribuir o habilitar para ejercitar nuevos derechos, con efecto hacia el futuro y de caracteres generales, erga omnes, avale decir obligatoria para todos; o limitarse a reconocer derechos preexistentes, con efecto retroactivo y, habitualmente, relativos, dicho en otras palabras cuando afecta sólo a las partes litigantes.

En el proceso de segundas y ulteriores nupcias, la sentencia, habilita al progenitor soltero, viudo, divorciado, autoriza para que contraiga un nuevo matrimonio, por que cumplió con los presupuestos procesales exigidos para este caso, es decir cuando se ha observado, cumplido los requerimiento exigidos en el Título IV, Arts. 131 al 135 del Código Civil, mediante acción, dirigida a juez competente, que en este caso sería de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia de la jurisdicción de su domicilio, por tratase además de un juicio de jurisdicción voluntaria específicamente, la sentencia en materia de segundas y ulteriores nupcias, es el documento en firme que acredita al peticionario, entendiendo la equidad de género, para que contraiga nuevo matrimonio con persona determinada, pues la pretensión debe obligatoriamente a mi criterio determinar el nombre, apellido, identidad de la persona a ser legitimada con la ulterior nupcia, no cabría que se solicite únicamente autorización para contraer nuevo matrimonio, en la generalidad, peor aún la sentencia podría conceder derechos inciertas de persona alguna, la identidad es importante y requisito. [99]

Para la doctrina existen ciertas palabras claves en este campo y cuando se refiere a la Sentencia, estas son: Sentencia, juez, motivación, derecho, escritura, litigio.

De estas palabras nace, se evidencia que la verdadera dificultad de los jueces al momento de elaborar la sentencia radica en la redacción, en su escritura, en

[99] Título IV, Arts. 131 al 135 del Código Civil

su composición, en el análisis lógico que debe desarrollar, es el momento en que deben ser examinados los argumentos probatorios y demostrativos que se consideren como los verdaderos o más acertados o razonables para la justa resolución del asunto controvertido, o sometido a resolución de los jueces.

Precisando los requisitos o principios fundamentales a la hora de redactar la sentencia, todo juez debe considerar:

1. En lo fundamental; las imprecisiones, la oscuridad, la falta de lealtad procesal y omisiones aparejadas, la insuficiente valoración de las pruebas y la falta de coherencia que origina la deficiente motivación de las sentencias por más simple que fuere.
2. La falta de responsabilidad, ecuanimidad, unido a la deficiencia en la organización y habilidades en algunos, jueces trae consigo la inadecuada fundamentación de las sentencias.
3. La superficialidad a la hora de fundamentar sus decisiones en la administración de justicia.

El Art. 269 del Código de Procedimiento Civil, en nuestra legislación define a la sentencia como la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio, mientras que el Art. 273 ibídem, refiere al deber de decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la Litis[100].....; el Art. 274 ibídem, en las sentencias y en los autos deben decidirse con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundamentándose en la ley y en los méritos del proceso, a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal[101], el Art. 286 ibídem, determina que las sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el juicio sobre que recayó el fallo, salvo en los casos expresados por la ley. [102]

[100] Art. 273 ibídem
[101] Art. 274 ibídem
[102] El Art. 269 del Código de Procedimiento Civil

2.7.8. Ejecución.

La Resolución y el proceso de cumplimiento de un mandato, mantienen una relación procesal, la sentencia representa la toma decisional del juez sobre un proceso determinado y su ejecución, el cumplimiento de su contenido, pero en ciertos casos el acto de ejecución, constituye una frustración procesal, porque, la obligación contraída por la sentencia casi siempre no es acatada por la parte condenada en la resolución, o puede ser incorrectamente expuesta por el juzgador y éste manifiesto o impugnación, respectivamente, suelen provocar incidentes procesales que terminan agotando física, psicológica y económicamente a la contraparte, beneficiándose quién no debería con el servicio de la Administración de Justicia, claro está que esto es aplicable en los casos litigiosos, controversiales, en el caso que nos ocupa se trata de un requisito, la sentencia para habilitar el nuevo matrimonio del peticionario, accionante con la persona legitimada a casarse.

Según nuestra legislación, el Art. 296 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia se ejecutoría:

1. Por no haberse recurrido de ella dentro del término legal;
2. Por haberse desistido del recurso interpuesto;
3. Por haberse declarado desierto el recurso;
4. Por haberse declarado abandonada la instancia o el recurso; y,
5. Por haberse decidido la causa en última instancia.

Mientras que el Art. 297 ibídem, en forma enfática determina que la sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho.

Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no sólo la parte resolutiva, sino también los fundamentos objetivos de la misma.

2.7.9. La nueva parentela o familia: situación de los hijos del matrimonio primitivo.

El divorcio, y la consiguiente reconstitución de las parejas en las que un padre o una madre son reemplazados por un padrastro o una madrastra, es un fenómeno cada vez más frecuente. Como el progenitor ausente sigue desempeñando un rol parental, si bien limitado, y continua reclamando ciertos derechos con respecto a la familia recién constituida, los hijos a menudo se encuentran expuestos a un conflicto de lealtades. El padrastro o la madrastra, esta última con su rol decididamente negativo en los cuentos tradicionales y de hadas, queda colocado en una posición difícil. La multiplicidad de roles en las familias de segundas nupcias puede producir confusión, aflicción y desorganización familiar.

Las investigaciones empíricas han confirmado que las familias de segundas nupcias funcionan de un modo diferente que las llamadas familias normales. El problema central es la existencia conjunta de la familia original y la nueva familia. Mientras que la historia común de la familia original sigue manifestándose de algún modo los hijos son especialmente una encarnación de la relación original, la nueva familia no tiene una tradición común. Los problemas que plantea la falta de continuidad se acentúan más debido a los intentos de lograr el status de una familia normal, ideal, y, por lo tanto, de la tendencia a negar las dificultades planteadas por las expectativas idealmente altas de sí-mismo y de los demás.

Los problemas de los hijos son consecuencias de pérdidas por la cuales a menudo se ha realizado un duelo insuficiente, de lealtades divididas, sentimientos de culpa por el divorcio de los padres y dificultades para sentirse

en casa en dos hogares diferentes, en una familia binuclear. El progenitor ausente está presente en la fantasía del hijo, y como una figura idealizada o un fantasma en la nueva constelación familiar.

La clarificación de los complejos roles, expectativas y problemas de relación que se suscitan entre los padres, los padrastros y madrastras y los hijastros, y entre estos y sus nuevos hermanos, constituye la tarea fundamental de la terapia familiar con las familias de segunda nupcias. Las metas de la terapia son mitigar la culpa, clarificar los lazos de lealtad y constituir y apoyar modos realistas de organización familiar. La transición de la terapia de divorcio, a la terapia con las familias de segundas nupcias suele ser ininterrumpida.

Por lógica jurídica, se entiende que después del divorcio, los matrimonios enfrentan una serie de problemas.

Si hay niños involucrados, los problemas de los celos y las cuestiones que pertenecen entre el paso a los padres y los niños pueden presentarse. Cuando uno de los cónyuges tiene activos considerables, esto puede convertirse en un área de contención. Los ajustes a la parte física de un nuevo matrimonio también pueden plantear problemas. Superar el miedo de repetir los errores del pasado puede ser visto como un área problemática. Dar pleno compromiso de volverse a casar y olvidando por completo el pasado no es fácil de hacer. El miedo de hacer un compromiso, personas que de diversas formas de abuso, como el trauma mental o física, la infidelidad y el comportamiento psicótico en un primer matrimonio, son muy reacios a hacer un compromiso de la segunda vez alrededor. Vivir a través de un matrimonio de pesadilla primeros resultados en una persona destrozada, llena de miedo. Una vez libre de la situación, la persona no desea correr el riesgo de repetir el pasado. Otra parte del miedo surge de pasar por el dolor de un divorcio por segunda vez. Una forma de contrarrestar este problema es buscar el asesoramiento de un especialista o un consejero espiritual. Los niños del primer matrimonio, hay un alto porcentaje de re-divorcio para las personas con hijos en comparación con las personas sin hijos. Si el cónyuge nunca ha estado casado antes, o no tiene experiencia con

los niños, hace que ante una situación difícil. La gente necesita tiempo para adaptarse a cada uno y se establecen en un matrimonio. Esto se hace difícil cuando hay niños involucrados, porque los niños son exigentes en términos de atención. Sienten celos de la nueva pareja en la vida de sus padres, que se está llevando a gran parte del tiempo de los padres y la atención; Punto de vista cristiano, la perspectiva bíblica sobre el matrimonio es que es para toda la vida, sin margen para volver a casarse después del divorcio. Aunque la Biblia hace una excepción con las personas en un matrimonio donde uno de los cónyuges es infiel y abogar por una separación, no aprueba el nuevo matrimonio. De acuerdo a los escritos bíblicos, la mujer y el hombre están vinculados por un contrato de matrimonio ante Dios. Sólo la muerte de un cónyuge establece que la otra persona la libertad de casarse de nuevo. Las personas que están encarnadas con el aspecto religioso les será mucho más difícil superar sus inhibiciones religiosas de volverse a casar. El Nuevo matrimonio afecta a los activos físicos; las segundas nupcias después de un divorcio pueden tener un impacto en la propiedad física que incluye casas, autos, propiedades de inversión y los ahorros y carteras de inversión. Si uno de los cónyuges recibe la casa como parte del acuerdo de divorcio, su nueva pareja no puede estar dispuesta a vivir en ella. La decisión sobre qué casa para vivir en la realidad y que para disponer de una se convierte en un tira y afloja entre dos voluntades individuales. La cuestión de si poner en común recursos financieros y abrir cuentas conjuntas es también un tema delicado. Si hay hijos de un matrimonio en primer lugar, pagando por su educación puede ser un asunto de la disidencia. Hay varias áreas que necesitan ser resueltas antes de que dos personas pueden empezar a compartir una vida juntos en un nuevo matrimonio.

2.7.10. Situación del ex cónyuge que no dio causa de divorcio, o que no ha vuelto a casarse como titular de derechos.

La propia naturaleza de las rupturas de pareja se constituye en caldo de cultivo para, en función de las propias características de ambos miembros de la

familia, de su entorno y de la dinámica y ruptura, entre otros muchos factores, ésta se realice de una forma funcional o disfuncional.

La capacidad de adaptación y aceptación de la nueva situación por parte de todos los miembros de la familia, especialmente los progenitores y los menores, determinará en gran medida el desarrollo individual y social de los individuos, cómo éstos elaborarán la pérdida y el duelo de cara a continuar con una vida propia que va más allá de la ya conocida o de la propia ruptura.

Las situaciones de separación y divorcio conllevan, entre otros cambios, una modificación de los roles por parte de los progenitores que pasan de ejercer como pareja de, para continuar siendo “padres de”, con las dificultades que la aceptación de dicha situación conlleva y con la posible aparición de conflictividad que puede traducirse en procesos disfuncionales.

Por otra parte, los hijos menores se enfrentan a un período de inestabilidad por cuanto todo lo conocido y válido hasta el momento de la separación varía, encontrándose en muchas ocasiones con responsabilidades que exceden no sólo de su competencia sino que se constituyen en factores de riesgo que atentan contra su estabilidad psicológica, y emocional presente y, en caso de no ser abordada adecuadamente, futura, con la posible perpetuación de estas dificultades a otras situaciones de carácter interpersonal y/o de pareja.

El desarrollo más o menos disfuncional de la ruptura del núcleo familiar, en función de cómo se lleve a cabo, puede traducirse además en problemática física y psicológica en los miembros implicados, especialmente en los menores que serían los más vulnerables.

Se ha estudiado ampliamente las consecuencias psicológicas, emocionales y sociales de la separación y divorcio en los hijos en términos generales, pero donde parece no haber demasiado acuerdo es en cómo se traduce esa misma situación cuando dichos procesos de separación y divorcio se llevan a cabo de una manera disfuncional.

Por lo general, en nuestro ámbito de actuación por cuanto nos enfrentamos a valoraciones periciales en procedimientos contenciosos, estaríamos hablando ya de disfuncionalidad.

Para el caso de nuestra legislación el Art. 108, inciso tercero, reglas 4 del Código Civil, contiene prohibiciones para el caso de confiar el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualquiera de los motivos señalados en el Art. 110 del Código Civil; y en lo que tiene que ver a la regla 5 ibídem, el matrimonio del cónyuge divorciado, refiriéndose a los hijos menores de edad, dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los mismos , hasta que cumplan la mayoría de edad, es decir hasta que logren la emancipación, situación ésta que en un análisis jurídico – social, hace que lo eleve a criterio de trabajo de investigación, como es caso que se plantea, buscando una salida de que se genere derechos de protección, tutelares tanto para el ex cónyuge que no dio causa para el divorcio, ni para el que no se volvió a casar, como para los hijos habidos, procreados sobre precedente matrimonio, es decir, al existir un problema latente, mi preocupación es dar una salida legal, como la que se determina en el marco propositivo. [103]

Creo que se debe observar también situaciones que han pasado en la vida real, como es el caso:

Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio a la fecha en que se ejecutorió *la* sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, ninguno de los cónyuges podrá contraer segundas *o* ulteriores nupcias*,* esto atendiendo lo determinado en el Art. 110, causal 6 del Código Civil.[104]

[103] Art. 110 del Código Civil
[104] Art. 110, causal 6 del Código Civil

2.7.11. Las segundas y ulteriores nupcias como institución jurídica: Análisis socio-jurídico frente al conflicto social de los descendientes menores de edad.

La concepción particular que mantienen los hijos e hijas de este tipo de familias respecto a los procesos de reconstitución y ruptura merece atención. Es además desde su posición y desplazamientos en función de las relaciones filiales, persistentes a pesar de la ruptura conyugal desde donde se identifica verdaderamente la nueva realidad resultante de la relación originaria, esto es, la familia reconstituida. Así como en las relaciones conyugales es cada vez más asimilada la reversibilidad de la alianza, en las relaciones filiales sigue pesando la indisolubilidad de los lazos biológicos.

El escaso protagonismo que se puede llegar a otorgar a los hijos e hijas en circunstancias especialmente críticas, como pueden ser la disolución de vínculos familiares hasta entonces naturalizados, habituados, la disociación, separación galáctica o la introducción de sujetos extraños en la unidad doméstica, situaciones, todas ellas, que les vienen dadas y a las que tienen que adaptarse, confiere a la súper meditación generada de los hijos e hijas que se ven envueltos en los procesos de constitución de familias reconstituidas una determinación típica.

Entonces encontramos que desde un primer momento, la representación sobre el desarrollo de la ruptura de sus progenitores es vista como un proceso principalmente ajeno en el que se producen una serie de modificaciones relacionales originalmente no voluntarias. La separación o el divorcio no deja de ser una decisión recíproca o unilateral vinculante en la que los hijos e hijas de la unión se hallan habitualmente desligados, en sí mismos, de todo el proceso de negociación de una ruptura que inevitablemente afectará a sus vidas y ante la que poco tienen que decir.

La reconstitución familiar depende del establecimiento de nuevos vínculos conyugales por parte de los progenitores.

Sin embargo, si bien la reconstitución en sí misma no depende de los hijos, una vez que ésta se produce, éstos sí adquieren un mayor poder de negociación, en tanto que miembros de la nueva familia en formación y sujetos que necesitan definir y conceptualizar por los motivos expuestos anteriormente la compleja red de relaciones interpersonales y de parentesco que se genera.

En este sentido, observamos que las representaciones familiares que los hijos e hijas de estas familias manejan, siguen fundamentándose en el modelo de familia nuclear y la importancia cultural de lo biológico. La tensión entre las concepciones biológica y social del parentesco se amplía, además, desde la perspectiva de los hijos ante la presencia de relaciones de horizontalidad.

De esta manera, así como la presión de la sanción social dificulta la posibilidad de tener dos padres por su anti naturalidad, se admite eventualmente la duplicación del rol de hermano.

En las familias reconstituidas, por ejemplo, cada miembro es asimilado por la mayoría de los sujetos entrevistados como hermano, siempre que exista una mínima convivencia, ya sea el hijo no común de la pareja de un progenitor, un medio hermano o un hermano biológico. Si se penetra un poco más en el discurso de estas personas, enseguida se aprecia una jerarquización evidente a favor de la consanguinidad.

De esta manera, los medio hermanos, es decir, el hijo común entre uno de los progenitores con su nueva pareja, son equiparados a los hermanos de padre y madre por una evidente conexión biológica, a pesar de no tener uno de los padres en común; mientras que los hermanastros, hijos de una relación anterior de la madrastra o el padrastro, pero de no presentar grandes problemas definitorios y a pesar de que se les conceptualice como hermanos, son ubicados diferencialmente en un sitial inferior al de aquellos otros hermanos con los que se comparten descendencia o genes, en ocasiones incluso tras años de convivencia y cotidianeidad.

La normalización institucional de la figura del hermanastro, que históricamente se ha ido liberando de los estereotipos y prejuicios que aún pesan sobre el padrastro o la madrastra sobre todo ésta, permite la definición concreta de esta relación, así como la consecuente delimitación conceptual de sus funciones. Al igual que el término madrastra se suele tratar de evitar por sus connotaciones negativas, el de hermanastro, hermanastra, es utilizado habitualmente en este tipo de familias principalmente cuando se carece de medio hermanos, definiéndose así una relación de parentesco social liberada de cargas morales y diferenciada de la familia biológica.

El divorcio supone un proceso de cambio que lleva implícito diversas transiciones y reorganizaciones y que se define intrínsecamente como estresante para toda la familia, aunque a cada uno le pueda afectar de manera diferente. Los niños en esta situación tendrán que enfrentarse a una serie de desafíos asociados a las transiciones matrimoniales de sus padres, sea por el divorcio y las nuevas nupcias. Como resultado inmediato la mayoría de los niños experimentan estrés emocional y problemas de conducta ante la confusión y aprensión que les provoca el cambio en las relaciones familiares y en su propia vida.

Los hijos de divorciados, comparados con los que viven con ambos progenitores, es más probable que presenten problemas de adaptación. Los efectos del divorcio más importantes y consistentes implican síntomas de agresión, desobediencia, desórdenes de conducta, conducta antisocial, problemas con los padres y consumo de drogas. Es más probable que practiquen la deserción escolar, tengan un menor rendimiento académico, menor motivación de logro, menos aspiraciones educativas y consecuciones académicas y económicas. La relación no es tan grande ni se ha encontrado de modo tan consistente con los problemas depresivos, ansiedad, retraimiento social y autoestima. También se produce el inicio de las actividades sexuales a

una edad más temprana y tienen más probabilidad de convertirse en madres adolescentes.

Aunque los problemas comienzan a disminuir durante el segundo año después del divorcio algunos niños pueden seguir presentando posteriormente dificultades adaptativas estables y severas y en otros se han detectado efectos diferidos, de manera que si bien parecen haberse adaptado perfectamente al principio, presentan problemas después.

Además, aunque resulta evidente que la disolución del matrimonio, el tener que vivir en un hogar compuesto por un solo padre y las nuevas nupcias de los padres representa nuevas experiencias, riesgos y recursos, existe cierta discrepancia sobre cómo estos factores minan o fortalecen el bienestar de los niños.

Encontramos en nuestra sociedad una mayor probabilidad de que los hijos, presenten problemas de adaptación, así también, una gran mayoría afronta con éxito las transiciones matrimoniales de sus padres, es decir, que a pesar del mayor riesgo que corren los hijos de divorciados, a largo plazo la mayoría no presenta estos problemas y se desarrollan dentro de un rango normal de adaptación.

2.8. FUNDAMENTACION FILOSÓFICA.

HIPOTESIS.

Las segundas y ulteriores nupcias y sus consecuencias socio jurídicas en el derecho al cuidado y protección de los hijos menores de edad del cónyuge divorciado que no ha vuelto a casarse o que dio causa para el divorcio, repercuten en la administración de justicia del cantón San Miguel de Bolívar.

VARIABLE INDEPENDIENTE.

Las segundas y ulteriores nupcias y sus consecuencias socio jurídicas en el derecho al cuidado y protección de los hijos menores de edad del cónyuge divorciado que no ha vuelto a casarse o que dio causa para el divorcio.

VARIABLE DEPENDIENTE.

Repercuten en la administración de justicia del cantón San Miguel de Bolívar.

CAPITULO III

MARCO METODOLOGICO.

3.1. Modalidad de la investigación.

La investigación es cualitativa – cuantitativa.

Cualitativa porque nos ayudó a entender el fenómeno social y sus características.

Cuantitativa porque para la investigación de campo se utilizó la estadística descriptiva.

3.2. Tipo de investigación.

La presente investigación es de carácter **descriptivo** porque está dirigida a determinar cómo es y cómo está la situación de las variables de la investigación, a la vez es de carácter **aplicada** por cuanto ofrece propuestas factibles para la solución del problema planteado.

Es **bibliográfica** por cuanto requiere de la información necesaria para la comprensión del problema de investigación y para su correspondiente solución.
De **campo** por que se aplicaron encuestas.

3.3. Población y muestra de la investigación.

Población de la Investigación.

Juristas – Abogados libre ejercicio	25
Justiciables	24
Juez Sexto Civil de Bolívar.	1

Para el caso del Juzgado Cantonal Civil, no se aplicará la muestra por ser una unidad, en igual caso para el de los juristas, abogados en libre ejercicio y justiciables.

Se utilizó una población total de 50 personas.

3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

3.4.1. Métodos.-

Método e el conjunto de procesos que el hombre debe emprender en la investigación y demostración de la verdad.

Su significado original señala el camino que conduce a un lugar.

3.4.1.1. Métodos aplicados.

Inductivo.- Porque, se encontró y se describió demandas de disenso judicial que muy a pesar de existir prohibición en confiar el cuidado de los hijos a los cónyuges que dieron causa del divorcio, se generaron derechos a los mismos, y se vulneraron derechos de cónyuges que no se volvieron a casar. En otras palabras, se partió de casos, de problemas particulares para llegar a conclusiones, a consecuencias generales respecto a las sustanciaciones de las demandas cuya pretensión fue la de contar con la autorización para contraer segundas y ulteriores nupcias en la hoy llamada Unidad Judicial, Juzgado Sexto de lo Civil de Bolívar.

Deductivo.- Porque partimos de la determinación global, general del problema materia de investigación para lanzarnos al análisis práctico y jurídico de todas las causas o raíces del mismo, es decir partir de una investigación general a un particular entorno a la temática. En otras palabras, partir de la vulneración de los derechos de las personas, de los principios constitucionales y legales

estatuidos en la Ley, específicamente en el Código Civil, en la Constitución de la República del Ecuador respecto a los trámites procesales de todas las demandas cuya pretensión se deja anotado; y, con este enfoque general se deduce que surge problemas particulares y semejantes casi a todos los usuarios de la mencionada unidad judicial.

Científico.- Porque se valió de métodos técnicos, como la entrevista, las encuestas aplicadas al Juez Sexto de lo Civil de Bolívar, a los usuarios, a los abogados en libre ejercicio profesional, a los cuerpos legales imperantes (persona – jurista – juez), respecto a la tramitación de las demandas de disenso judicial para obtener la autorización para contraer segundas nupcias.

Método de estudio sistemático de la naturaleza que incluye las técnicas de observación, para el razonamiento y la predicción; ideas sobre experimentación planificada y los modos de comunicar los resultados experimentales y teóricos.

3.4.2. TÉCNICAS.-

Previo a determinar las técnicas aplicadas he de referirme a que tanto el método como la técnica se refieren a procedimientos para hacer o lograr algo, es decir, son medios orientados hacia un fin. Tal es el sentido que recogen las definiciones lexicográficas a partir de los usos habituales: técnica es un conjunto de procedimientos de un arte o ciencia; método es el orden que se sigue en las ciencias para investigar y enseñar la verdad.

Las técnicas aplicadas describimos las siguientes:

La Entrevista.- Esta técnica de investigación me permitió obtener resultados o datos relevantes para la presente investigación, ya que se elaboró un cuestionario de preguntas previamente elaboradas, con el fin de ejecutar una conversación recíproca entre el entrevistado y entrevistador, en razón de que el

universo o población es pequeño y manejable. Se aplicó al Juez Sexto de lo Civil de Bolívar, a los juristas - abogados en libre ejercicio profesional y a los justiciables, de la mencionada judicatura que tramita sus demandas, con el objeto de determinar que las consecuencias socio – jurídicas de las demandas cuya pretensión es alcanzar la autorización judicial para contraer segundas y ulteriores nupcias sin importar nada más que el nuevo matrimonio.

Encuesta.- La encuesta como técnica de investigación es muy relevante para recopilar información interpersonal para sustentar confiablemente mi investigación jurídica. Para lo cual se elaboró previamente un cuestionario de preguntas cerradas y selectivas aplicadas al Juez Sexto de lo Civil de Bolívar, a los profesionales del derecho y a los justiciables usuarios de la antes indicada judicatura que tramitan las demandas ya expresadas.

Lectura Científica.- Esta técnica se fundamenta en el análisis lógico jurídico y comparativo de los libros fuente de consulta, en la que deducen las diferentes doctrinas, criterios de autores y la jurisprudencia ecuatoriana, que permitió sustentar mi investigación académica y proponer soluciones viables y aplicables al problema en cuestión.

ANÁLISIS DE LAS DEMANDAS DE DISENSO JUDICIAL PARA CONTRAER SEGUNDAS Y ULTERIORES NUPCIAS.- Esta técnica de investigación sirvió para el conocimiento, revisión y evaluación de las demandas constantes en la Judicatura de San Miguel de Bolívar respecto a los procedimientos dados por el juzgador a la institución jurídica atacada y que es materia de este trabajo investigativo; su inaplicabilidad dentro de las directrices civiles y por ende el irrespeto a los derechos de las personas en igualdad de condiciones y oportunidades, particularmente de la comunidad sanmigueleña, determinando por supuesto sus causas y efectos.

3.4.2.1. TÉCNICAS APLICADAS.

Fichaje.- Se utilizó para incluir datos escuchados, solos o combinados.

Observación directa.- Se utilizó con mayor importancia porque se realizó un trabajo de campo continuo para determinar las influencias que intervienen en este fenómeno.

Encuestas.- Se las realizó al Juez, juristas - abogados en libre ejercicio, justiciables del Juzgado Sexto de lo Civil de Bolívar.

3.4.3. INSTRUMENTOS.

Los instrumentos consisten en recursos del conocimiento, y se aplica para registrar mediciones de distinto género. Constituyen amplificadores peculiares de los órganos de los sentidos del hombre, permiten investigar objetos materiales inaccesibles a la percepción inmediata.

El investigador debe preocuparse en cuidar que los instrumentos que elabora para acopiar los datos, posean cualidades básicas y necesarias; si un instrumento no posee las cualidades necesarias, la investigación puede adoptar un giro diferente y hasta peligroso, llegando a lo que los expertos denominan, resultados espurios o incorrectos en una investigación. Los instrumentos de investigación de datos deben poseer estas cualidades que pongan en evidencia su bondad para recolectar los datos que requiere el investigador. Muchas veces, el investigador fracasa en sus esfuerzos al recolectar los datos debido a que sus instrumentos no poseen las cualidades mínimas y le proporcionan datos falsos o equivocados. Un buen instrumento debe reunir ciertas cualidades que lo tipifiquen como tal. Son muchas las cualidades que deben poseer los instrumentos de investigación de datos, pero las más importantes son las siguientes: validez, confiabilidad, objetividad, amplitud, práctica y adecuación. Por otra parte resulta importante determinar

que el registro de medición es una etapa esencial de la investigación, sin embargo hoy en día con la gran variedad de modelos, enfoques y métodos investigativos, este proceso debe realizarse acorde con el tipo de información que se requiera, entonces se pueden medir variables físicas y variables conceptuales, para las físicas, existen patrones de medición universalmente definidos y aceptados, para las conceptuales en cambio no existen unidades ni escalas específicas de medida, razón por la cual el investigador debe construir una, o adaptar alguna otra que se haya usado, a sus necesidades específicas.

3.4.3.1. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN APLICADOS.-

Los instrumentos que se utilizaron para esta investigación son:

Fichas Nemotécnicas.

Guía de Observación.

Cuestionarios.

3.5. RESULTADOS DE ENCUESTA REALIZADA A JUEZ SEXTO DE LO CIVIL DE BOLIVAR, SECRETARIA, ABOGADOS Y USUARIOS DEL CANTON SAN MIGUEL, DE LA PROVINCIA DE BOLIVAR.

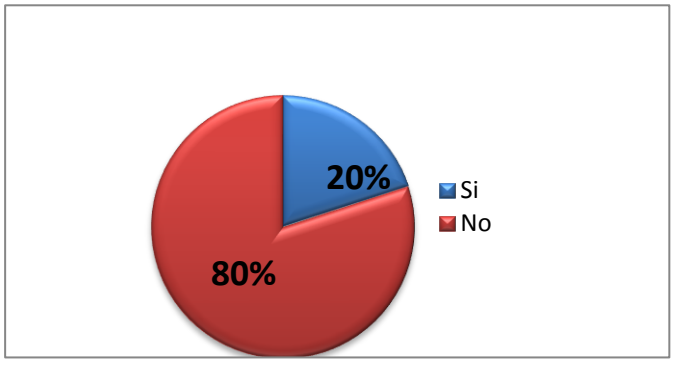
Pregunta No. 1

¿Conoce usted a cerca de algún estudio doctrinario, jurídico y empírico sobre la institución jurídica que regule el régimen legal de las segundas y ulteriores nupcias, y sus consecuencias socio- jurídicas?

Cuadro No.1

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
Si	10	20%
No	40	80%
TOTAL	50	100%

Gráfico No. 1



Análisis e interpretación.

El 10% de los encuestados dicen conocer sobre la existencia de algún estudio doctrinario, jurídico y empírico sobre la institución jurídica que regule el régimen legal de las segundas y ulteriores nupcias, y sus consecuencias socio-jurídicas, no así un 800% que dicen no conocer.

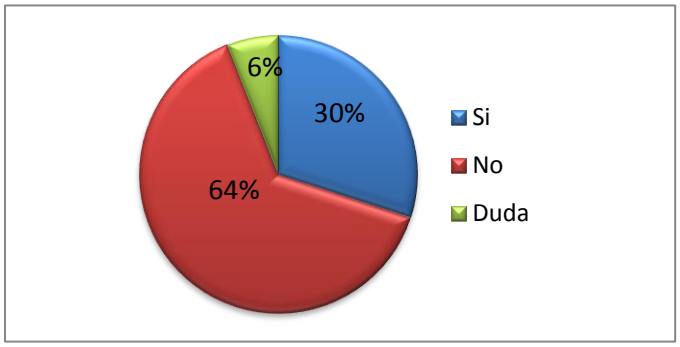
Pregunta No. 2

¿Conoce usted sobre la nueva oportunidad que nuestra ley ecuatoriana le brinda al cónyuge soltero, viudo o divorciado que quiere volver a casarse, al igual que la situación como quedan los hijos menores de edad frente a este nuevo matrimonio?

Cuadro No. 2

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
Si	15	30%
No	32	64%
Duda	3	6%
TOTAL	50	100%

Grafico No. 2



Análisis e interpretación.

Un 30% de los encuestados afirman conocer sobre la nueva oportunidad que nuestra ley ecuatoriana le brinda al cónyuge soltero, viudo o divorciado que quiere volver a casarse, al igual que la situación como quedan los hijos menores de edad frente a este nuevo matrimonio, sin embargo el 64% de los mismos afirman no conocer; y, tan solo un 6% se muestran con duda.

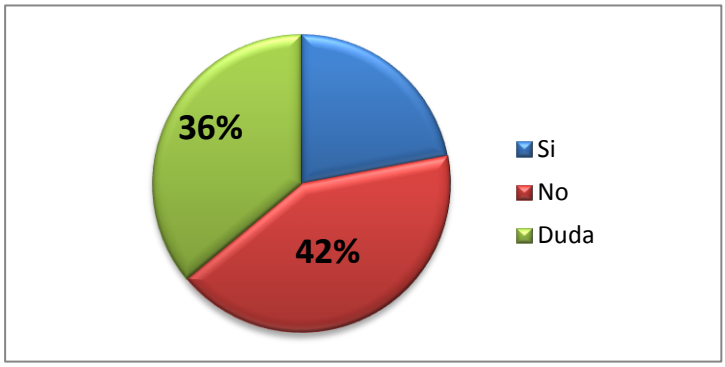
Pregunta No. 3

¿Considera Usted que los actuales procesos para la autorización de segundas y ulteriores nupcias, una vez declarada la terminación del matrimonio, no cumplen con los fines de la justicia ecuatoriana y sus disposiciones constitucionales?

Cuadro No. 3

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
Si	11	22%
No	21	42%
Duda	18	36%
TOTAL	50	100%

Grafico No. 3



Análisis e interpretación.

Un 22% de los encuestados afirman que que los actuales procesos para la autorización de segundas y ulteriores nupcias, una vez terminación del matrimonio, no cumplen con los fines de la justicia ecuatoriana y sus disposiciones constitucionales un 42% de los mismos sostienen que no cumple; y, un 36% dudan, ose la mayoría.

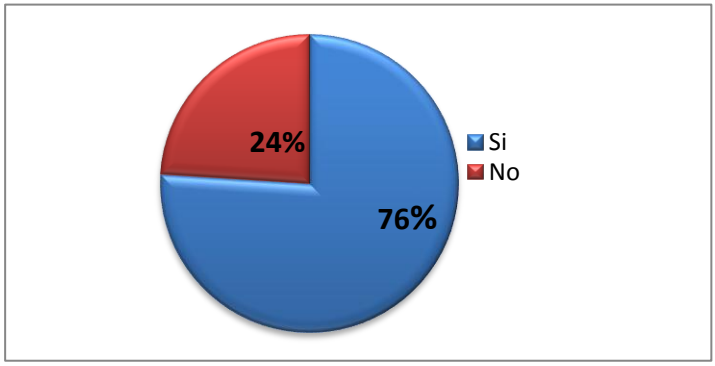
Pregunta No. 4

¿Cree que se debe incorporar una reforma al Código Civil para garantizar derechos de menores de edad e incapaces que van a formar parte del nuevo matrimonio, en ulteriores nupcias, para así cumplir con los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia?

Cuadro No. 4

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
Si	38	76%
No	12	24%
TOTAL	50	100%

Grafico No. 4



Análisis e interpretación.

El 76% de los encuestados sostienen que que se debe incorporar una reforma al código civil para garantizar derechos de menores de edad e incapaces que van a formar parte del nuevo matrimonio, en ulteriores nupcias; sin embargo, un 24% de los mismos afirman que no, por cuanto es sustentable mi propuesta.

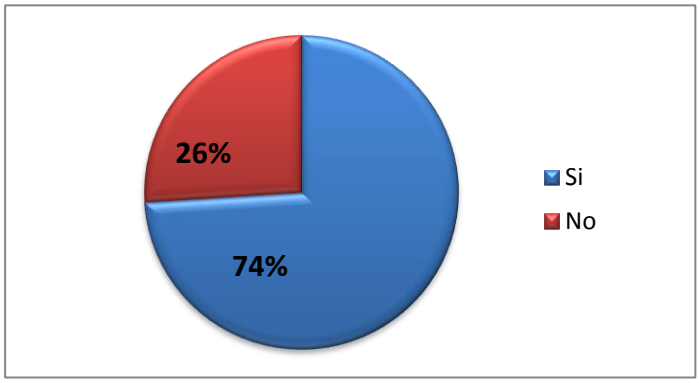
PREGUNTA No. 5

¿Es necesario realizar un proyecto alternativo reformatorio para incorporar en los trámites especiales para las segundas y ulteriores nupcias, disposiciones relacionadas a la prohibición de contraer segundas y ulteriores nupcias, existentes en el Código Civil?

Cuadro No. 5

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
Si	37	74%
No	13	26%
TOTAL	50	100%

Grafico No. 5



Análisis e interpretación.

Un 74% dice ser necesario realizar un proyecto alternativo reformatorio para incorporar tramites especiales para las segundas y ulteriores nupcias, incorporando disposiciones relacionados a la prohibición de contraer segundas y ulteriores nupcias, existentes en el Código Civil; un 26%, dicen que no.

3.6. SUSTENTACIÓN DE LA HIPOTESIS.

La idea es:

¿Las segundas y ulteriores nupcias y sus consecuencias socio jurídicas en el derecho al cuidado y protección de los hijos menores de edad del cónyuge divorciado que no ha vuelto a casarse o que dio causa para el divorcio, repercuten en la administración de justicia del cantón San Miguel de Bolívar?.

Para sustentar la misma, nos permitimos hacer una apreciación desde el punto metodológico, cuantitativo - cualitativo porque generando un conocimiento del procedimiento especial, que se contiene en la norma reemplazada, reformada, permitirá aplicar en la práctica este procedimiento en los juicios cuya pretensión será obtener al administrador de justicia la autorización judicial para contraer segundas y ulteriores nupcias.

Con los tipos de investigación aplicados, se está orientando para producir cambios significativos, no sólo en la administración de justicia, sino también en los operadores de justicia, vale decir, juristas - juez – justiciables, de manera enfática al espacio geográfico donde se desarrolló este trabajo investigativo, el Juzgado Sexto de lo Civil de Bolívar.

Importancia es dejar constancia, que las consultas, lecturas de textos en derecho Constitucional, civil, procesal civil, Código Orgánico de la Función Judicial, derecho de familia, sirvió de base para elaborar el marco teórico de nuestra investigación, muy a pesar de que sobre segundas nupcias, existen carencia bibliográfica.

Con la población y muestra que está constituida por 25 profesionales del derecho en libre ejercicio, 24 justiciables y 1 Juez, se ha tomado una muestra de 50 personas.

Por lo que queda claro que en esta investigación se puede verificar la aplicación de un proyecto de reforma legal, que es el que se contiene el marco propositivo, mi propuesta.

CAPÍTULO IV

MARCO PROPOSITIVO

PROPUESTA

4.1. Título:

“PROYECTO DE TEXTO DE LEY REFORMATORIA AL ART. 133 DEL CODIGO CIVIL.

OBJETIVO.

Proponer un texto de proyecto de ley, que contenga una Ley Reformatoria al Código Civil para tutelar derechos de progenitores solteros, viudos, específicamente divorciados que no haya dado causa al divorcio, o que no haya vuelto a casarse, al igual que a los hijos menores de edad e incapaces en general. .

JUSTIFICACIÓN.

El Art. 108, Inc. 3, dl Código Civil, al referirse al procedimiento del divorcio por mutuo consentimiento, en lo que respecta al desacuerdo por parte de los cónyuges intervinientes, concederá término probatorio de seis días, fenecido el cual para pronunciar sentencia, se sujetará a las reglas en el contenido, en lo que mi trabajo respecta con las reglas: 4 misma que contienen disposiciones para que no confiar el cuidado de los hijos del cónyuge que hubiere dado causa al divorcio por cualquiera de las causales que se contiene ene l Art. 110; mientras que la regla 5, determina derechos al matrimonio del cónyuge divorciado, refiriéndose a las segundas y ulteriores nupcias, que no se hubiere

vuelto a casar, para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayoría de edad, reglas que sin lugar a dudas a traído complicaciones de tipo legal en su tramitación ante los operadores de justicia encargados de la administración de justicia, al no observar para los casos de segundas y ulteriores nupcias, al conceder la autorización judicial al cónyuge divorciado, peticionario, sin preocuparle en lo absoluto sin fue quien causa al divorcio, o peor aún para que el cónyuge que volvió a casarse, pueda pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos menores de edad.

Claro es determinar en la vida real, en la práctica lo que acontece en nuestros escenarios encargados de la administración de justicia, se observa únicamente el trámite que proviene de las disposiciones legales contenidas en los Arts. 131 al 135, para el caso de segundas y ulteriores nupcias, específicamente al inventario solemne de los bienes de los hijos y la designación de curador especial a los hijos menores de edad; se provee también de un curador especial en el caso de no tener bienes los hijos. El Art. no nominado en la referencia anterior, esto es el Art. 133 ibídem, en su procedimiento recoge la prohibición de contraer matrimonio, habrá que preguntarse ¿ A quién ? para responder, diría que previamente hace su locución a la autoridad correspondiente, ha de referirse al Juez, Jueza, acto seguido responde, DEL PROGENITOR SOLTERO, VIUDO O DIVORCIADO que tuviere hijos bajo patria potestad, que trata de volver a casarse, sin que se presente el certificado auténtico del nombramiento de curador especial, o sin que proceda a la información sumaria de que el viudo no tuviere hijos de precedente matrimonio que esté bajo su patria potestad o bajo su curaduría. Es importante estas acepciones legales, pero el juzgador, los operadores de justicia inaplican, inobservan las reglas 4 y 5 del inciso 3 del Art. 108 del Código Civil, pues los hijos y sus padres deben ser reconocidos sus derechos recíprocos, mutuos, no solo frente a los inventarios sobre los bienes, a la designación de las curadurías especiales, o a la información sumaria en su caso, se justifica entonces dar atención en el caso que nos preocupa, me refiero para el caso

del cónyuge divorciado que dio causa para el divorcio, o del que no volvió a casarse, para acreditar el cuidado de los hijos de precedente matrimonio, es pues el momento oportuno de las segundas nupcias para tomar aviso de este particular en común, vale decir que a más de la prohibición contenida en el Art. 133 del Código Civil, se debe impartir las anotadas, como es el caso de no permitir segundas nupcias al cónyuge si no se hallare asegurado, justificado lo determinado en las reglas 4 y 5 tantas veces expresadas del Art. 108 del Código Civil, por lo que es importante contar con un texto de proyecto reformatorio al Art. 133 del Código Civil

El presente modelo, permitirá seguridad jurídica, sirve a los operadores de justicia, es decir a los justiciables, juristas en libre ejercicio, a la autoridad generadora de derechos y que ejerce la administración de justicia, para los estudiantes de derecho, verdaderos actores del quehacer diario en la búsqueda de generar y otorgar derechos, y por ser este medio de reforma legal un procedimiento práctico que permitirá, ajustarse a un nuevo matrimonio, respetando, asegurando derechos mutuos.

4.2. DESARROLLO DE LA PROPUESTA.

El Libro I, Título IV, al incorporar la institución jurídica de las segundas y ulteriores nupcias a la Codificación del Código Civil ecuatoriano, nos indica el tratamiento a seguirse para el caso de que el progenitor soltero, viudo divorciado que tuviere hijos menores de edad, para volver a casarse, para contraer segundas y ulteriores nupcias, debe necesariamente observar las disposiciones constantes en lo determinado en los Arts. 131 al 135 de dicho cuerpo legal, pero como en la práctica, el interés es únicamente contraer un nuevo matrimonio, poco o nada interesa al contrayente en ulteriores nupcias, asegurar jurídicamente el espíritu legal, mejor dicho a estos presupuestos procesales contenidos en las disposiciones legales invocadas, no se le toma con la seriedad del caso, sino más bien como un simple formulismo legal que le

habilite al nuevo matrimonio, lo que ha generado interés en mi persona para plantear este problema como proyecto de tesis y desarrollar el mismo, por lo cual presento esta propuesta y que la desarrollo a continuación:

DESARROLLO DE LA PROPUESTA JURIDICA

MODELO Y PLAN DE APLICACIÓN.

1.- Reforma legal.

La jurisprudencia como ejercicio del accionar diario de las personas, hace que centremos nuestra atención sobre diferentes problemas sociales, llevándonos a planear proyectos de reforma legal para tratar de aportar de mejor manera ciertas innovaciones a ser aplicadas a futuro, es justamente este mi trabajo investigativo, que planeta como propuesta una reforma de tipo legal a aplicarse a todos los casos que provengan específicamente de los efectos posteriores a la institución del matrimonio, es decir del divorcio, y que el cónyuge divorciado pretenda volver a casarse, deberá en forma obligatoria cumplir con ciertos requisitos o presupuestos que proteja, tutele a los hijos menores de edad y demás incapaces, y que este mismo tratamiento se observará también para las uniones de hecho disueltas legalmente. Que para la aplicación de lo determinado en el Art. 133 del Código Civil, esto es para los casos de prohibición de contraer matrimonio, la reforma al instituir un segundo inciso, o inciso final al Art. 133 invocado, esta innovación debe considerar también que la autoridad correspondiente no permitirá el matrimonio del cónyuge divorciado que dio causa para el divorcio, y a quien se ha confiado el cuidado de los hijos, inobservando lo determinado el Art. 108, Inciso tercero, regla cuarta y que para mejor motivar, diría, por que el comportamiento de la conducta del cónyuge que dio causa para el divorcio, haría práctica, rutina diaria para contraer ulteriores nupcias que a bien tuviere, descuidando derechos e intereses de los hijos menores de edad; a su vez para el caso de que teniendo a su cuidado hijos

menores de edad o incapaces, como se deja dicho, no se entregue previamente al cónyuge que no hubiere vuelto a casar.

PRESENTACIÓN PROYECTO DE LEY

Para aprobar un proyecto de ley, once pasos son los requeridos:

1. Proponentes de la Ley.

a.- Asambleístas
b.- Presidente de la República
c.- Corte Nacional de Justicia
d.- Corte Constitucional
e.- Fiscalía de la República
f.- Defensoría del Pueblo
g.- Procuraduría y,
h.- Ciudadanos y Organizaciones sociales con el apoyo de al menos 0,25% de los inscritos en el padrón electoral (26.324 Firmas).

2. Calificación del Proyecto.

El Consejo de Administración Legislativa (CAL) califica el proyecto y envía a una comisión especializada. Con ello, por primera vez, se planifica responsablemente el Trabajo Legislativo.

3. Informe para el Primer Debate.

La comisión especializada, durante 45 días, que pueden ampliarse a 65 días, estudia, socializa, debate el proyecto y elabora un informe para que el "Pleno" realice el primer debate.

En el Pleno de puede recibir, en comisión general por 30 minutos, a los diferentes actores sociales interesados en el proyecto.

4. Primer Debate.

En el primer debate, en el Pleno, pueden intervenir todos los asambleístas dos veces. La primera, por máximo 10 minutos; y la segunda, por máximo 5 minutos.

Hasta tres días luego del debate todos los asambleístas pueden presentar ante la comisión especializada observaciones por escrito.

5. Informe para el Segundo Debate.

Dentro de un plazo de 45 Días, siguientes al primer debate, la comisión especializada debe presentar el informe para conocimiento y resolución del Pleno.

Este plazo puede ampliarse a solicitud del Presidente de la Comisión y aprobación del Presidente de la Asamblea Nacional.

6. Segundo Debate.

Al igual que en el primer debate, en esto todos los asambleístas pueden intervenir hasta dos veces. La primera de máximo 10 min y la segunda de 5 min.

La sesión puede durar uno o más días, que dependen del número de intervenciones. El o la Asambleísta ponente puede acoger e incorporar en el texto las observaciones y sugerencias de los asambleístas sobre el texto presentado en el segundo debate.

7. Votación del Proyecto de Ley.

Con el texto presentado a segundo debate, con las modificaciones aceptadas e incorporadas por la o el asambleísta ponente, el Presidente de la Asamblea Nacional someterá a votación. En todos los proyectos, tanto de leyes orgánicas, como ordinarias, se requiere de mayoría absoluta para aprobarlo (63 Votos).

8. Colegislación con el Ejecutivo.

Durante 30 días, contados desde el día de entrega, el Presidentes de la República estudia el proyecto y puede tomar algunas de las tres siguientes decisiones:

1.- Promulgar la ley y enviar a publicarse en el Registro Oficial.

2.- Presentar su objeción o veto parcial.

3.- Presentar su objeción o veto total.

9. Análisis y resolución del Veto.

Si la objeción es parcial, la Asamblea pueda allanarse o aceptar el veto parcial con la votación de la mayoría de los asistentes. Si la Asamblea Nacional decide insistir en el texto original presentado, y por tanto no aceptar la objeción parcial requiere de 2/3 de los votos (83 asambleístas).

Si el veto es total la Asamblea Nacional solo puede volver a considerar el proyecto luego de un Año.

En todos los casos de veto parcial la Asamblea Nacional enviará la ley del Registro Oficial para su publicación. Si la asamblea no considera el veto parcial en los siguientes 30 días se entiende que la ley ha entrado en vigencia con los cambios del ejecutivo.

10. Publicación de la Ley.

Enviada por el Presidente de la República o Presidente de la Asamblea Nacional al registro Oficial la ley debe publicarse y publicitarse.

11. Difusión de la Ley.

Uno de los cambios importantes que está introduciendo la Asamblea Nacional en el proceso de información es la difusión por todos los medios impresos y electrónicos.

Por lo que presento el siguiente:

PROYECTO DE REFORMA LEGAL, TEXTO DE REFORMA LEGAL



CONSIDERANDO

Que, el Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, en el inciso primero, determina que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

Que, para efectos de principios de aplicación de los derechos el Art. 10 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Que, el Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, en el ejercicio de los derechos se rige por principios fundamentales.

Que, el Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce a las personas derechos de libertad.

Que, el Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce la familia en sus diversos tipos, acreditándole al Estado la protección como núcleo fundamental de la sociedad, garantizando condiciones que favorezcan

integralmente la consecución de sus fines, familias que se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. En igual forma al matrimonio por ser la unión entre hombre y mujer, se funda en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

Que, el Art. 68 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce a la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.

Que, la Constitución de la República del Ecuador para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia, promueve, reconoce, garantiza los derechos determinados en el Art. 69.

Que, el Art. 14 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay.

Que, el Art. 44, inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador dice: El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las, niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos, se atenderá el principio de interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas;

Que, el Art. 45, inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador dice: Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Que, mencionado cuerpo legal reformado, atendió el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial N.- 449, de 20 de octubre de 2008, determina que: “El más alto deber del estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”;

Que, el Libro Primero, Título IV del Código Civil Ecuatoriano, recoge en cinco disposiciones legales, lo relacionado a la institución jurídica de la segundas y ulteriores Nupcias.

Que, dentro de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria el Art. 35 de la Constitución de la República del Ecuador, las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

Que, el Art. 1 del Código de la Niñez y Adolescencia en lo relacionado a la finalidad, expresa que: Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.

Que, el Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia en lo relacionado al principio de interés superior del niño, dice: El interés superior del niño es un

principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

Que, el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Que el Art. 120, No. 7 de la Constitución de la República dentro de las atribuciones y deberes, le corresponde a la Asamblea Nacional expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

En tal virtud, en uso de las facultades constitucionales y legales expide la siguiente ley.

REFORMATORIA A LA CODIFICACIÓN AL CÓDIGO CIVIL

Art. 1.- Agréguese un inciso al Art. 133, que dirá:

La autoridad correspondiente, no permitirá el matrimonio del cónyuge divorciado que dio causa para el divorcio y a quien se ha confiado el cuidado de los hijos menores de edad, e incapaces en general, si no se ha satisfecho además entrega previa y satisfacción económica alimentaria legal de los hijos menores de edad e incapaces, al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar. Igual procedimiento se observará para los casos provenientes de la terminación, disolución de las uniones de hecho.

Art. Final.- La presente Ley Reformatoria entrará en vigencia desde su publicidad en el Registro Oficial.

Dado en la Ciudad de San Francisco de Quito, distrito Metropolitano en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, a los……. Días del mes de…….. El año 2013.

F) Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente

F) el Secretario General.

4.3. VALIDACION DE LA PROPUESTA.

La propuesta permitirá para el caso específico del cónyuge divorciado que quiere volver a casarse en segundas y ulteriores nupcias, no descuide por completo su deber y obligación de padre y alimentante, vale decir, que no caiga presa en efecto emocional o seducción de la nueva pareja, se pretende es que aceptando legitimación en ulteriores nupcias, coadyuve en todo sentido a sus hijos menores de edad, incapaces a adaptarse a la nueva familia, o que permita el ejercicio pleno de lo que se propone, esto es si fue el causante del divorcio o disolución de la unión de hecho en su caso, y se le confió en sentencia de divorcio, el cuidado de los hijos menores de edad, incapaces, permita que dichos hijos, pasen al cuidado del cónyuge que no dio causa para el divorcio. Dicho en otras palabras, quien pretenda ulteriores nupcias hará efectivo el bienestar personal y familiar de sus hijos, incapaces.

Se valida la reforma porque hará efectivo los principios constitucionales y de derechos humanos, así como el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

Valida nuestra propuesta frente a la alternativa planteada por el estado ecuatoriano en el análisis de nuevas estructuras legales en materia civil y procesal civil en la Asamblea Nacional.

CONCLUSIONES:

1.- Queda claro que para volver a realizar un segundo matrimonio, todo lo que se analiza en este trabajo está muy claro en cuanto al trámite que debe darse para efectos de curadurías y patria potestad en cuanto al progenitor que tuviere hijos y su obligatoriedad en realizar el inventario solemne que comprende en todos los bienes dispuesto por el padre hacia sus hijos, deudas y todo lo que dejare en su anterior matrimonio.

2.- A pesar de existir una pobre base doctrinaria en cuanto se refiere a las segundas y ulteriores nupcias en forma específica, pero que sin embargo de ello se ha abordado temáticas sobre la situación del hombre que desee realizar sus ulteriores nupcias, vemos también aspectos referentes a la mujer en cuanto a la realización de su segunda nupcias, todos los impedimentos y prohibiciones mencionados en la ley, a sabiendas que la ley es un método exegético que consiste en seguir su ritualidad para la realización del acto aquel para volver a contraer matrimonio, ateniéndose a aquellos parámetros necesarios, pero que lo que pretende alcanzar únicamente el futuro contrayente es la autorización judicial, cuando estoy puntualizando que debe de considerarse una norma imperativa para hacer efectivo el derecho de los hijos, y del cónyuge divorciado que no dio causa para el divorcio, al igual que para aquel que no se hubiere vuelto a casar.

3.- Esta investigación es un aporte al Derecho Público y Derecho Social, de manera especial al Derecho de Familia, al ser el Ecuador un Estado de Derechos y Justicia.

4.- El proyecto de reforma legal al Código Civil, permitirá aplicar adecuadamente su estructura legal y garantizará el derecho de los hijos menores de edad e incapaces.

RECOMENDACIONES:

1.- Aportar a la legislación ecuatoriana, a la administración de justicia, de la jurisdicción del cantón San Miguel de Bolívar, en derecho de familia, especialmente en materia civil con este trabajo de investigación, generando una tutela efectiva a los derechos del cónyuge soltero, viudo, en especial de divorciado que no dio causa al divorcio, y al cónyuge que no hubiere vuelto a casarse, como también a los hijos menores de edad, y más incapaces.

2.- Contar con un texto de proyecto de Ley reformatoria al Art. 133 del Código Civil.

3.- Hacer conocer a la Asamblea Nacional, por intermedio de nuestros Asambleístas de este proyecto reformatorio para su aprobación y reforma deseada.

4.- Hacer efectiva la norma imperativa para hacer efectivo el derecho de los hijos, y del cónyuge divorciado que no dio causa para el divorcio, al igual que para aquel que no se hubiere vuelto a casar, generando seguridad jurídica mutua.

BIBLIOGRAFIA

GARCIA, Juan, Manual de Práctica Civil, Editorial Espasa, 2005

LARREA HOLGUIN, Juan, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Colección Cátedra, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1998.

LEY DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACION Y CEDULACION, Corporación de Estudios y Publicaciones.

PARRAGUEZ, Luís, Manual de Derecho Civil, Editorial C M S, 1995.

MAZEAUD, Marcelo, Ediciones Legales Especiales, Buenos Aires, Argentina, 1990.

LARREA, Juan, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Colección Cátedra, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1998, Pág. 154

SISTEMA DE PRACTICA PROCESAL CIVIL, Velasco Celleri Emilio, Editorial Pudeleco, Quito – Ecuador, 1996.

ANBAR, DICCIONARIO JURIDICO.- Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1997, Cuenca- Ecuador.

BOSSANO Guillermo, Evolución del Derecho Constitucional, 4ª. Edición, Quito-Editorial Universitaria, 1985.

CABANELLAS DE TORRES Guillermo.- Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, decimoquinta Edición, Argentina 2001.

CARVAJAL FLOR, Paul, Fallos Contradictorios de la Corte Superior de Justicia, Riobamba-Ecuador, 1988.

CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, Quito-Ecuador.

CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, Quito - Ecuador.

CODIGO PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011 Quito- Ecuador.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.- Asamblea Nacional Constituyente, Registro Oficial No. 449, 20 de Octubre 2008. Ecuador.

DRISKILL, Editorial ENCICLOPEDIA OMEBA Tomos, V, VI, VII, VIII, XI, XXVI, Buenos Aires Argentina 1977.

ESCRICHE, Joaquín, "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", Tomo I, Fondo de la Cultura Ecuatoriana, 1987, Cuenca-Ecuador.

ESPINOZA, M. Galo, "Vocabulario Jurídico", Instituto de Informática Legal, Vol. I y II, 1987, Quito Ecuador.

FALLOS, Juzgado Sexto de lo Civil de Bolívar.

SANCHEZ ZURATY Manuel, Dr. , Primera Edición, Editorial Jurídica del Ecuador. 1989. Quito-Ecuador.

GARCÍA FALCONÍ, José C., Manual de Práctica Procesal, Segunda Edición, Quito-Ecuador, 1992.

LARREA HOLGUIN, Juan.- Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana en Derecho Civil, tomo, II, III, IV, 2005, Ecuador.

MARTÍNEZ, Oyarte Rafael, Curso del Derecho Constitucional, Tomo I, II, Fondo Editorial, Fundación Andrade y Asociados, Quito-Ecuador.

NARANJO OCHOA, Fabio, Curso de derecho Civil, Personas y Familia Divorcio, Editorial Jurídica de Colombia, 1986.

PACHECO Máximo, Los Derechos Humanos: Documentos Básicos, ed. Santiago, Editorial Jurídico de Chile, 1992.

SANCHEZ, ZURATY, Manuel, “Diccionario Básico del Derecho”, Tomos I, II, 2da. Edición, Editorial Jurídica del Ecuador, 1993, Quito-Ecuador.

VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, La menor Cuantía, editorial Bosch, Casa Editorial S.A., 1999.

VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Editorial Difusión Jurídica y temas de actualidad, 2010.

LÓPEZ AYALA, Manuel, El Abogado ante la Menor Cuantía, Editorial Andalus, Promociones S. L., 2000.

ESCOVAR León, Ramón. La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, Caracas, 2001.

DUNN Dick, Caras nuevas en el cuadro.

Gordon, Sara (2003): “Ciudadanía y derechos ¿criterios redistributivos?, Santiago, CEPAL, Serie Políticas Sociales No. 70.

Machinea, José Luis y Martín Hopenhayn (2005): “La esquiva equidad en el desarrollo latinoamericano:una visión estructural, una aproximación multifacética”, CEPAL, por publicar.

Marshall, T.H. (1950): Citizenship and Social Class and Other Essays, Cambridge, Cambridge University Press.

Rawls, John (1971): A Theory of Justice, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Estados Unidos.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO LEXUS, Ediciones Trébol, S.L, Barcelona, Edición 2006.

DICCIONARIO DE DEFINICIONES LEGALES, Editorial Edino, Edición 2005.

GARCIA FALCONI, José, Manual de Práctica Procesal Civil, Tercera Edición Aumentada, 2001.

LAROCCA, F. E. F: De la Función Dinámica y del Poder Singular de los Grupos

LAROCCA, F. E. F: El Grupo de Apoyo Mutuo Como Religión Secular

MOLINA A. La familia como sistema. Un enfoque dialéctico. Facultad Psicología. UNAM.

HORWITZ N. Familia y salud familiar. Un enfoque para la atención primaria. Vol OPS 6(1) 1990

ANEXO

ANEXO No. 1.

MODELO DE ENCUESTA

UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLIVAR

ENCUESTA DIRIGIDA A:……..

Señor (a) Encuestado (a).

Con los debidos respetos, solicito se sirva responder con una X en la respectiva casilla, las preguntas que se formulan, las mismas que permitirán el desarrollo de la investigación que me encuentro realizando respecto a los procesos sobre segundas y ulteriores nupcias, sus consecuencias socio jurídicas en el derecho al cuidado y protección de los hijos menores de edad del cónyuge divorciado que no ha vuelto a casarse o que dio causa para el divorcio.

PREGUNTA No. 1

¿Conoce usted a cerca de algún estudio doctrinario, jurídico y empírico sobre la institución jurídica que regule el régimen legal de las segundas y ulteriores nupcias, y sus consecuencias socio- jurídicas?

SI ( ) **NO ( )**

PREGUNTA No. 2

¿Conoce usted sobre la nueva oportunidad que nuestra ley ecuatoriana le brinda al cónyuge soltero, viudo o divorciado que quiere volver a casarse, al

igual que la situación como quedan los hijos menores de edad frente a este nuevo matrimonio?

SI ( ) **NO ( )** **DUDA ( )**

PREGUNTA No. 3

¿Considera Usted que los actuales procesos para la autorización de segundas y ulteriores nupcias, una vez declarada la terminación del matrimonio, no cumplen con los fines de la justicia ecuatoriana y sus disposiciones constitucionales?

NO ( ) **SI ( )** **DUDA ( )**

PREGUNTA No. 4

¿Cree que se debe incorporar una reforma al Código Civil para garantizar derechos de menores de edad e incapaces que van a formar parte del nuevo matrimonio, en ulteriores nupcias, para así cumplir con los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia?

SI ( ) **NO ( )**

PREGUNTA No. 5

¿Es necesario realizar un proyecto alternativo reformatorio para incorporar en los trámites especiales para las segundas y ulteriores nupcias, disposiciones relacionados a la prohibición de contraer segundas y ulteriores nupcias, existentes en el Código Civil?

SI ( ) **NO ( )**

Atentamente.,

Jenny Maribel Manobanda