



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CUENCA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

**ANÁLISIS DEL DAÑO MORAL CAUSADO POR EL ADULTERIO EN EL
MATRIMONIO**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**

AUTOR: SERGIO LUIS PEÑARRETA GALLARDO.

DIRECTOR: DR. IVAN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO, MGS.

CUENCA-ECUADOR

2022

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

ANÁLISIS DEL DAÑO MORAL CAUSADO POR EL ADULTERIO EN EL
MATRIMONIO

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA.

AUTOR: SERGIO LUIS PEÑARRETA GALLARDO.

DIRECTOR: DR. IVAN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO, MGS.

CUENCA-ECUADOR.

2021.

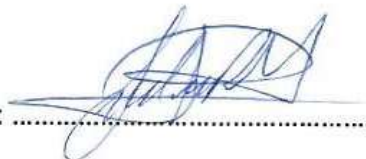
DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

SERGIO LUIS PEÑARRETA GALLARDO portador de la cédula de ciudadanía N° **0705090280**. Declaro ser el autor de la obra: **“ANÁLISIS DEL DAÑO MORAL CAUSADO POR EL ADULTERIO EN EL MATRIMONIO”**, sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, **28 de Julio de 2022**

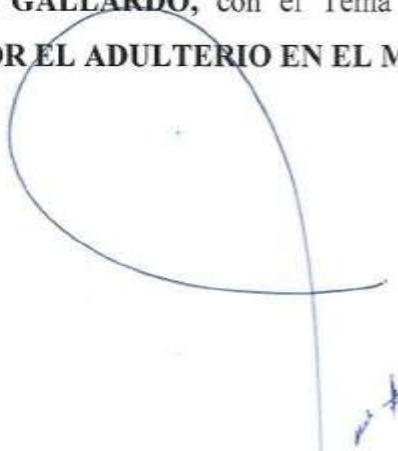
F: 

SERGIO LUIS PEÑARRETA GALLARDO

C.I. 0705090280

CERTIFICO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por **SERGIO LUIS PEÑARRETA GALLARDO**, con el Tema “**ANÁLISIS DEL DAÑO MORAL CAUSADO POR EL ADULTERIO EN EL MATRIMONIO**”, bajo mi supervisión.



DR. IVÁN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO, MSG.
DOCENTE TUTOR

DEDICATORIA

Quiero dedicar esta tesis a mis queridos padres José Luis Peñarreta y Katty Soraya Gallardo, quienes amo mucho por siempre haberme apoyado en cada paso, cada decisión, en cada error, dándome consejos cuando me sentía derrotado y agachaba la mirada, por haberme brindado ese impulso de quererme superar, por haberse enseñado que siempre puedo dar más de lo que doy, especialmente a mi madre, quien ha sido mi ejemplo a seguir, quien me ha demostrado que un profesional nunca se debe cansar de estudiar, que los obstáculos están ahí para superarse y sobretodo que hay que ser honestos trabajadores, éticos, pacientes y perseverantes si se quiere lograr las metas propuestas.

Sergio Luis Peñarreta Gallardo.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer en primer lugar a Dios, por haberme permitido llegar a la culminación de mi carrera universitaria, a mis queridos padres pues sin su apoyo incondicional, no hubiese llegado tan lejos, a la Universidad Católica de Cuenca, cuyo personal ha sabido brindar un excelente servicio cuando he tenido alguna duda o algún inconveniente, y finalmente pero no menos importante a sus docentes, que con sus enseñanzas supieron guiarme hasta este primer gran paso de mi vida profesional.

Sergio Luis Peñarreta Gallardo.

RESUMEN

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano actualmente la figura del daño moral contemplada en el Código Civil resulta inaplicable para solicitar el resarcimiento de los perjuicios generados a uno de los cónyuges cuando el otro ha incurrido en adulterio, esto debido a la inexistencia de un mecanismo jurídico que de forma expresa garantice la indemnización de daños y perjuicios en favor de quienes hayan sufrido afección o deterioro moral o psíquico a causa de infidelidad. Es por esto que la presente investigación está dirigida a analizar las normas jurídicas y fallos jurisprudenciales contemplados en Estados como España, Colombia y Argentina para garantizar la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios en favor de las personas que han sido víctimas de adulterio dentro del vínculo matrimonial, esto con la finalidad de sugerir la incorporación de un mecanismo encaminado a garantizar el resarcimiento de este tipo de daño en la legislación ecuatoriana. La investigación se desarrolló mediante un enfoque cualitativo, recabando diversas fuentes bibliográficas existentes sobre la temática planteada, esto sumado a la realización de un estudio de campo mediante la aplicación de encuestas a varios profesionales del derecho, todo esto con la finalidad de determinar la factibilidad de la incorporación del mencionado mecanismo jurídico en la normativa interna.

PALABRAS CLAVE: Daño Moral, Adulterio, Deber de Fidelidad, Indemnización, Resarcimiento, Daños y Perjuicios.

ABSTRACT

In the Ecuadorian legal system, the figure of moral damages stated in the Civil Code is currently inapplicable to request the compensation of damages caused to one of the spouses when the other has committed adultery. It occurs due to the inexistence of a legal mechanism that expressly guarantees the compensation of damages in favor of those who have suffered moral or psychological affection or deterioration as a result of infidelity. This research analyzes the legal norms and jurisprudential rulings contemplated in States such as Spain, Colombia, and Argentina to guarantee the proceeding of the compensation of damages to those victims of adultery within the marriage bond, to suggest the incorporation of a mechanism aimed at guaranteeing the compensation of damages in the Ecuadorian legislation. The research was developed through a qualitative approach, collecting various existing bibliographical sources on the topic. It was elaborated a field study by applying surveys to several legal professionals. The results determined the feasibility of incorporating the aforementioned legal mechanism into the internal regulations.

KEY WORDS: Moral Damage, Adultery, Duty of Fidelity, Indemnification, Compensation, Damages.

INDICE DE CONTENIDOS

DECLARATORIA Y AUTORÍA	I
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR.....	II
DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO	IV
RESUMEN	V
ABSTRACT.....	VI
KEY WORDS:.....	VI
INDICE DE CONTENIDOS	VII
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	4
1.- El Daño Moral	4
1.1.- Antecedentes	4
1.2.- Definición	5
1.3.- Características del Daño Moral.....	7
1.4.- Elementos Esenciales para la Interposición de la Acción de daño Moral.	8
1.5.- De la Responsabilidad Civil.....	9
1.6.- De la Indemnización por Daño Moral	11
1.7.- El Adulterio	12
1.7.1.- Definición.....	12
1.7.2.- Características del Adulterio.....	13
1.7.3.- El adulterio como causal de divorcio contencioso en la Legislación Ecuatoriana.....	14
1.8.- El deber de Fidelidad.....	15
1.8.1.- El deber de fidelidad como una obligación legal.	15
1.8.2.- El deber de Fidelidad como una obligación moral.	17
1.9.- Normativa Legal contemplada en la Legislación Ecuatoriana acerca del Daño Moral.....	18
1.9.1.- Código Civil Ecuatoriano.	18
CAPITULO II.....	23
2.1.- Estado Argentino.	23
2.1.1.- El Daño Moral.....	23
2.1.2.- El deber de Fidelidad en la Legislación Argentina	25
2.2.- Legislación Española.....	26
2.3.- Legislación colombiana.....	28

2.3.1.- El daño moral en la legislación colombiana.....	28
2.3.2.- El deber de fidelidad en la normativa colombiana.....	29
2.4.- Análisis de fallos jurisprudenciales	30
2.5.- Elementos que deben ser Aplicados para Determinar la Responsabilidad Civil Originada del Daño Moral causado por la Infidelidad de uno de los Cónyuges.....	33
Capítulo III.....	37
3.1.- Posturas a Favor de la Procedencia de la Indemnización por Daño Moral generado del Adulterio	37
3.2.- El Derecho a la Integridad Moral en la legislación Internacional y en la Constitución de la República del Ecuador.....	38
3.2.1.- Declaración Universal de los Derechos Humanos	38
3.2.2.- Convención Americana Sobre Derechos Humanos.....	39
3.2.3.- Constitución de la República del Ecuador.	40
3.3.- Estudio de Campo.....	42
3.4.- Análisis e Interpretación de Datos.....	42
CONCLUSIONES	54
RECOMENDACIONES	56
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57
ANEXOS.....	60

INTRODUCCIÓN

El daño moral es una institución jurídica contemplada en la totalidad de los ordenamientos jurídicos a nivel mundial, misma que tiene su eminente aplicabilidad dentro de campo del derecho civil, bajo la finalidad de que los daños causados ya sea sobre la honra, dignidad o en general sobre la psiquis de una persona, sean resarcidos mediante la entrega de una suma de dinero que ha sido denominada “indemnización de daños y perjuicios”.

En el Ecuador la aplicabilidad actual de esta figura se limita únicamente a ciertos casos específicos dentro del campo contractual y de las obligaciones, a diferencia de otros países como España, Argentina y Colombia, los cuales han extendido su regulación a otro aspecto de suma importancia, como es el daño moral que se puede originar por el adulterio cometido dentro del vínculo matrimonial. Circunstancia que se originó debido a la existencia de varias demandas en las que los cónyuges agraviados moralmente por circunstancias de infidelidad, solicitaban se les indemnice económicamente por tal circunstancia.

La procedencia del daño moral ocasionado por el adulterio, dentro del derecho de familia en las mencionadas legislaciones, ha originado un gran debate por parte de varios doctrinarios, esto debido a que existen corrientes que sostienen que dentro de las relaciones matrimoniales este tipo de daño moral no tiene cabida, puesto que la obligación de fidelidad del cónyuge para con el otro, es una obligación netamente moral mas no legal, y que por tal razón no existe responsabilidad civil alguna por tal circunstancia.

Por otro lado, existe también una corriente doctrinaria que sostiene que el daño moral originado por el adulterio, debería ser regulado en todos los ordenamientos jurídicos que aún no lo han hecho, como es el caso del Ecuador, esto debido a que el vínculo matrimonial se origina de la celebración de un contrato, el cual da origen a varios deberes de carácter legal que son de obligatorio cumplimiento por parte de ambos cónyuges mientras dure el vínculo matrimonial, siendo uno de las primordiales obligaciones la fidelidad entre ambos cónyuges.

Si bien el código civil ecuatoriano dentro de su libro primero, título tercero el cual trata sobre las personas, contempla al adulterio como una de las causales de divorcio en nuestro ordenamiento, debemos entender que la única sanción que contempla nuestra legislación para el adulterio es la terminación del vínculo matrimonial, sin que se dé cabida a ninguna otra acción legal que permita al cónyuge agraviado, reclamar el resarcimiento de los daños morales ocasionados de tal hecho, evidenciándose una clara problemática jurídica en el Estado ecuatoriano por la inexistencia de un mecanismo jurídico que permita solicitar judicialmente la reparación de todos los perjuicios morales y psíquicos devenidos del adulterio cometido dentro del vínculo matrimonial.

Circunstancia que ha tenido como resultado el deterioro del derecho a la integridad moral y psíquica y a la dignidad, mismos que son tutelados por la Norma Suprema ecuatoriana en concordancia con varios Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos. Es por esto que la presente

investigación está encaminada a determinar la factibilidad de la implementación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, de un mecanismo que garantice la reparación del daño moral causado por el adulterio cometido dentro del vínculo matrimonial, para lo cual se tomara como principales referencias de investigación las normas jurídicas, fallos jurisprudenciales y criterios doctrinales expresados en otras legislaciones para regular la indemnización de daños y perjuicios generada del daño moral devenido del adulterio.

CAPÍTULO I

El Daño Moral y el alcance de su Aplicación en la Legislación Ecuatoriana.

1.- El Daño Moral

1.1.- Antecedentes

El daño moral como institución jurídica tiene sus orígenes en el Derecho Romano, misma que aparece como un mecanismo tendiente a garantizar una reparación pecuniaria para quienes hayan sufrido menoscabo o destrucción de sus bienes por una conducta realizada por otra persona. Esta figura con el trascurso del tiempo y la evolución del Derecho ha tenido ciertas variaciones en las consecuencias jurídicas generadas del mismo, puesto que la misma se extendió a garantizar también el resarcimiento de los daños causados sobre la honra e integridad de la persona.

La jurista mexicana Elvia Lucia Flores menciona que el término injuria que en la actualidad es utilizado en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, ser origina a la par con la figura del daño moral, mismo empieza a ser usado para exigir legalmente el resarcimiento económico de todo daño generado de un comportamiento injusto que genere un daño sobre el patrimonio o la honra de una persona. Posterior a esto, en la denominada Ley de Alquilía se determina qué a más de la responsabilidad generada del incumplimiento de un contrato existen varios tipos de daños más que son susceptibles de reparación pecuniaria en la vía civil, y se empieza a dar un trato específico a cada uno de estos (Elvia Lucia Flores, 2017).

Con la entrada en vigencia de esta Ley se da un cambio sustancial de lo que se concebía a la figura del daño moral en el Derecho Romano a como en la actualidad la conocemos, puesto que la misma se configura como un mecanismo que permite la cuantificación y el resarcimiento de los daños causados sobre el bien de otra persona, sumado un valor extra que permite resarcir de forma proporcional los daños morales causados de tal conducta. En distintas legislaciones como es el caso de la ecuatoriana se mantiene esta naturaleza jurídica hasta la actualidad, puesto que se conciben dos tipos de daños siendo estos los daños meramente patrimoniales y los extra-patrimoniales.

1.2.- Definición

La conceptualización del daño moral desde sus inicios se ha tornado un tanto dificultosa, puesto que no se ha podido delimitar un concepto preciso sobre el que haya un consenso por parte de las distintas corrientes doctrinales, esto debido a las diversas acepciones y matices propias de la misma, es por esto que en la presente investigación se tomaran las definiciones más aceptadas doctrinariamente, con la única finalidad de generar en el lector un conocimiento suficiente para entender la naturaleza jurídica de esta figura.

Etimológicamente la palabra daño proviene del latín “damnum”, mismo que hace referencia a una molestia, un deterioro o perjuicio ocasionado sobre una cosa o persona. Por su parte el termino moral proviene del latín “moralis” y “moris”, mismos que hacen referencia a las costumbres del diario vivir de una persona o sociedad. Podemos entonces definir al daño moral de forma general como el deterioro o perjuicio ocasionado sobre el honor o las costumbres de una persona (Diccionario Etimologías de Chile, 2022).

El daño en palabras del autor Claudio Leiva es el deterioro o lesión causada sobre un bien jurídico protegido por las leyes incorporadas por cada ordenamiento jurídico, daño que se origina generalmente sobre los bienes, pero que también puede recaer en la honra o dignidad de las personas (Claudio Leiva, 2016). En esta misma línea tenemos el criterio emitido por Edgardo López acerca del daño resarcible en materia civil, el cual según este autor consiste en la afectación generada sobre bienes materiales de carácter patrimonial apreciables en dinero, pero que también puede generarse sobre objetos o cualidades no apreciables en dinero como el honor o la intimidad de una persona (Edgardo Lopez Herrera, 2016).

Según los criterios analizados se puede denotar que existen varios autores que emiten similares definiciones desde acerca del daño resarcible en vía civil, siendo concordante la idea de que la naturaleza de esta figura es resarcir los daños generados tanto sobre los derechos apreciables en dinero, como en aquellos que no lo son, como es la honra, dignidad o intimidad de una persona. Estas definiciones permiten entender que para el resarcimiento de estos derechos, debe ser aplicada la figura del daño moral, misma sobre la cual ya existen varias definiciones.

Carlos Calvo Costa define al daño moral como el deterioro o lesión de los derechos personalísimos de una persona, es decir sobre todos aquellos de carácter extra patrimonial, mismos que generan afección en la vida íntima de las personas, circunstancia que debe ser reparada mediante indemnización de daños y perjuicios (Carlos Calvo Costa, 2015). Blanca Casado por su parte concibe al daño moral como aquella afección generada sobre los derechos de carácter extramatrimonial de una persona (Blanca Casado, 2016).

Carlos Echevesti define a este daño como toda modificación perjudicial generada en el bienestar psicofísico de una persona, por una conducta imputable a otra persona (Rosario María Echevesti, 2018). Según lo expresado entendemos al daño moral como el agravio de carácter extra patrimonial, es decir, no apreciable en dinero, generado sobre la honra, dignidad y la integridad espiritual del titular del derecho, es decir eminentemente sobre el aspecto psicológico de la persona, mismo que se ocasiona por el actuar indebido de una tercera persona, la cual queda obligada a resarcirlo de forma pecuniaria en vía civil, mediante la entrega de una indemnización de daños y perjuicio proporcional al daño causado.

1.3.- Características del Daño Moral

De las definiciones citadas se desprende la existencia de varias características propias de la figura del daño moral, mismas que son:

1. Produce la limitación o deterioro de derechos fundamentales de carácter extra patrimonial del ser humano, tales como la honra, la dignidad o libertad de una persona, los cuales se encuentran protegidos por Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y por la Constitución del Estado ecuatoriano.
2. Produce efectos sobre la personalidad de quien sufrió el daño, mismo que según lo expuesto en la resolución numero Nro. 0181-2010, de la Corte Nacional de Justicia; son daños morales aquellos generados por la difamación o desprestigio causado en la honra de la persona, afectando la vida personal de la misma, impidiendo llevarla de forma cotidiana como lo hacía antes de sufrir el daño.

3. Genera afecciones en la psiquis de la persona, puesto que los efectos generados del daño moral, afectan principalmente el estado psicológico de la misma, teniendo como resultado aflicciones en el estado de ánimo, relaciones personales, relaciones familiares y laborales, las cuales de igual forma terminan generando perjuicios económicos en quien sufrió el daño. Al respecto el autor Juan Diego Lopera menciona que el correcto estado de salud psíquica de la persona, juega un papel trascendental para la salud en general de la misma, criterio que da a entender que el daño moral a más de afectar la convivencia diaria de la persona, puede también repercutir en el estado físico, generando consecuencias económicas (Marcos Córdoba, 2017).

1.4.- Elementos Esenciales para la Interposición de la Acción de daño Moral.

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la resolución emitida sobre el recurso de casación interpuesto por Carlos Ochoa Quezada, menciona ciertos elementos indispensables que se deben verificar para determinar la existencia de daño moral, mismos que se detallan a continuación:

1. Debe provenir de una acción u omisión lesiva de sentimientos o creencias morales o sociales, inherentes a la personalidad humana.
2. La acción para exigir la indemnización por daño moral, es independiente de toda acción penal, es decir que no se requiere la existencia previa de una sentencia en esta vía.

3. En la acción para solicitar la indemnización del daño moral, los medios probatorios deben estar encaminados necesariamente a demostrar la existencia del daño moral, así como también el acto antijurídico mediante el cual se lo causo, ya sea este una acción u omisión.
4. El daño moral debe ser exigido mediante la figura de la responsabilidad civil.
5. La acción de daño moral debe ser sustanciada mediante el procedimiento ordinario.
6. Por regla general la acción de daño moral debe ser interpuesta por la víctima o en su defecto por su representante legal, a excepción de los casos en que justificadamente se demuestre imposibilidad de los dos primeros, podrán interponerla los parientes que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o el cónyuge (Recurso de casación interpuesto por Carlos Ochoa Quezada , 2007).

1.5.- De la Responsabilidad Civil

La responsabilidad desde una perspectiva general hace referencia a la obligación que tiene una persona de reparar el daño ocasionado sobre los derechos o intereses de otra. Es así entonces que al referirnos a la responsabilidad civil desde una óptica general debemos entenderla como la obligación legal que tiene una persona de resarcir del daño causado sobre el

patrimonio o la integridad de otra persona, reparación que se logra mediante la entrega de una suma de dinero denominada indemnización de daños y perjuicios, la cual debe ser proporcional al daño causado y que posee la finalidad de regresar las cosas al estado en que se encontraban antes de que se genere el perjuicio (Alberto Tamayo, 2009).

Este valor pecuniario generalmente es calculado en base a dos parámetros específicos, mismos que son:

1. **Lucro cesante:** en palabras de Marcelo León, el lucro cesante hace referencia al perjuicio de carácter patrimonial mediante el cual una persona deja de percibir dinero como consecuencia del incumplimiento de un contrato o por el daño causado por parte de una tercera persona, mismo que no hubiera acontecido si la conducta dañosa no se hubiera verificado.

2. **Daño emergente:** es el deterioro originado en el patrimonio de la persona afectada, por el incumplimiento de un contrato o por la verificación de una conducta ilícita. Al respecto es necesario indicar que estos dos aspectos se usan principalmente para cuantificar la indemnización originada por el daño de carácter patrimonial, es decir cuando ha existido un deterioro cuantificable económicamente (Xavier Abel Lluch, 2014).

1.6.- De la Indemnización por Daño Moral

El diccionario de la Real Academia Española define al término indemnizar como el resarcimiento de naturaleza pecuniaria que se debe a una persona por los daños o perjuicios a este ocasionados (Diccionario de la Real Academia Española, rae.es, 2022). En el tema que es materia de análisis la obligación de indemnizar nace cuando ha existido un daño de índole moral sobre la psiquis de una tercera persona, debiendo entenderse al daño moral como el menoscabo o deterioro de las cualidades personales relacionadas con la honra o dignidad de la persona.

Es así que podemos entender que la finalidad de la figura de la Responsabilidad civil en lo correspondiente al tema materia de estudio, busca reparar del daño de índole moral ocasionado sobre la honra, dignidad, intimidad, o en general sobre la psiquis del cónyuge que ha sido víctima de infidelidad dentro del matrimonio, mediante una compensación económica la cual pretende simbólicamente restaurar las cosas al estado en que se encontraban antes de que se cause el daño. Esta cuantificación según sostienen algunos tratadistas, a diferencia de la aplicada para determinar el daño de carácter patrimonial, se basa principalmente en determinar el perjuicio generado en el proyecto de vida de la persona agraviada, el cual resulta parcialmente cuantificable económicamente, razón por la cual la tarea de fijar el valor correcto que se deberá entregar a la persona perjudicada, recae sobre el juzgador quien en base a una valoración subjetiva del caso concreto determinara el valor que sea proporcional al daño causado.

1.7.- El Adulterio

1.7.1.- Definición

Etimológicamente la palabra adulterio provienen del término “adulterium”, mismo desde una óptica general refiere a la alteración de la naturaleza o esencia de una determinada cosa. En lo correspondiente a la figura del matrimonio hace referencia a toda actividad de carácter sexual mantenida por una persona de forma extramarital, es decir con una tercera persona que no es su cónyuge (Diccionario Etimologías de Chile, etimologias.dechile.net, 2022).

Sonia Baraldo define al adulterio como, toda relación de índole sexual mantenida con una tercera persona ajena al vínculo matrimonial, de la cual se desprende una afección directa al deber de fidelidad entre los cónyuges, misma que merece ser sanciona según la normativa pertinente (Sonia Baraldo, 2019). De forma muy similar el diccionario de la Real Academia Española define al termino adulterio como acción voluntaria de una persona casada mediante la cual se consuma actos sexuales con una persona que no es su cónyuge (Diccionario de la Real Academia Española, dpej.rae.es, 2022).

El reconocido jurista y doctrinario Guillermo Cabanellas en su obra denominada diccionario jurídico elemental, define al adulterio como el acceso carnal realizado por una persona sobre otra que no es su pareja legítima, debiendo entenderse que tanto el hombre como la mujer puede realizar esta conducta, que constituye una clara afección a la fe conyugal (Guillermo Cabanellas, 1979)

1.7.2.- Características del Adulterio.

Según las definiciones citadas se observa que el adulterio es una conducta que merece la concurrencia de varios elementos para que sea verificada, mismos que son:

Conducta voluntaria: es decir que las personas que la cometen son plenamente conscientes de las consecuencias que podrían devenir como resultado de la misma.

Extramarital: puesto que se la consuma con una persona ajena al vínculo matrimonial, es decir con una tercera persona que no es su cónyuge.

De índole sexual: de forma obligatoria debe existir relaciones sexuales entre la persona casada con aquella que no es su pareja legítima, puesto que el adulterio únicamente se verifica cuando ha existido el acceso carnal, el cual debe ser justificado con los medios probatorios idóneos y pertinentes que no conlleven a la violación de ciertos derechos como la privacidad, integridad física o sexual.

Merecedora de una sanción: en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el adulterio no es merecedor de sanción penal, sino la única consecuencia originaria de esta conducta es la ruptura del vínculo matrimonial, mediante un proceso litigioso de divorcio interpuesto al amparo de la causal de adulterio, establecida en el Código Civil.

Constituye una afección al deber de fidelidad: este elemento es muy reiterativo en todas las definiciones citadas, y constituye uno de los ejes centrales de la presente investigación razón por la cual se lo abordará de forma amplia en las posteriores líneas (Molina de Juan, 2014).

1.7.3.- El adulterio como causal de divorcio contencioso en la Legislación Ecuatoriana.

El divorcio constituye una de las causas contempladas en la legislación ecuatoriana para dar fin al vínculo matrimonial, institución que en palabras de Juan Larrea Holguín consiste en la separación temporal o definitiva de la vida conyugal de las personas que se han unido en vínculo matrimonial. En palabras del Dr. Jorge Morales la institución del divorcio da fin al vínculo matrimonial cuando ha concurrido la voluntad de ambas partes o cuando una de estas ha iniciado una acción legal basada en una de las causales contempladas en la normativa vigente (Jorge Morales, 2016).

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen dos tipos de divorcio siendo estos el consensual, el cual busca dar terminación al vínculo matrimonial cuando existe el acuerdo de voluntades de ambos cónyuges para así hacerlo, divorcio dentro del cual no existe mayor litigio o controversia, sino que se busca primordialmente que el Juez competente declare terminado el vínculo legal que unía a los cónyuges.

Tenemos además el denominado divorcio contencioso, mismo que es aplicado cuando no existe este acuerdo de voluntades entre las partes, y que se interpone al amparo de alguna de las causales establecidas en el artículo 110 del Código Civil, dentro del cual encontramos consagrado al adulterio como la primera causal a la que los cónyuges puede acudir para solicitar este tipo de divorcio. Circunstancia que nos permite determinar que actualmente en el Estado

ecuatoriano la única consecuencia jurídica generada del adulterio cometido por uno de los cónyuges es la terminación del vínculo matrimonial, cuando el cónyuge agraviado así lo haya solicitado judicialmente, circunstancia que nos permite evidenciar que las consecuencias psicológicas que pudieron generarse de tal acto, no son valoradas peor aún resarcidas (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Civil Ecuatoriano, 2020).

1.8.- El deber de Fidelidad

La institución jurídica del matrimonio, según establece el Código Civil se origina de la celebración de un contrato, el cual da origen a obligaciones y deberes de imperativo cumplimiento por las partes, es decir por los cónyuges, siendo una de las más primordiales la fidelidad que se deben uno con respecto del otro. Es por esto que el deber de fidelidad es el principal aspecto indispensable para regular la convivencia monogámico de las parejas que se han unido mediante este vínculo de carácter legal.

1.8.1.- El deber de fidelidad como una obligación legal.

La doctrinaria Flor Torres define al deber de fidelidad como una obligación de carácter legal originada del vínculo matrimonial, la cual va de la mano con otros tantos deberes más, como son el auxilio mutuo, la asistencia alimenticia, la co-alimentación, cuyo cumplimiento no está supeditado a la voluntad de los cónyuges, sino que son de obligatoriedad absoluta a partir de celebrado el matrimonio, puesto que estas obligaciones se encuentran expresadas en la ley (Flor Torres, 2018).

En forma similar tenemos el criterio expresado por Roció Miralles, quien afirma que el deber de fidelidad constituye una obligación legal emanada del poder público, expresada en los distintos cuerpos normativos incorporados para regular la institución del matrimonio y sus correspondientes efectos jurídicos; obligación de la que no se pueden librar los cónyuges ni aun cuando exista un acuerdo de libertad entre estos, generándose como principal efecto del incumplimiento de este deber, el pago de una indemnización por parte del cónyuge culpable de todos los daños que se pudieron originar (Rocio María Miralles, 2020).

Ana María Arango menciona que el deber de fidelidad posee ciertos aspectos específicos que le otorgan esa característica especial al matrimonio como una unión estrictamente monogámico, mismas que son:

1. **Recíproco:** es decir la fidelidad se debe de forma mutua entre ambos cónyuges.
2. **Permanente:** la fidelidad se debe entre ambos cónyuges, desde el momento mismo de la unión en matrimonio hasta cuando esta perdure.
3. **No es Compensable:** puesto que si uno de los cónyuges incurre en adulterio, tal circunstancia no faculta al otro a realizarla también, sino que la consecuencia jurídica derivada de esta circunstancia sería la terminación del vínculo matrimonial, y además la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados del daño moral que se pudo originar a causa del adulterio (Ana María Arango, 2017).

Como se desprende de las dos definiciones citadas el deber de fidelidad como una obligación o deber de carácter legal, constituye la piedra angular en la que se debe basar la acción de daños y perjuicios, originada de un daño moral causado de una conducta adultera por parte de uno de los cónyuges dentro del matrimonio. Según lo manifestado en esta teoría, la acción de daño moral resulta plenamente aplicable dentro del derecho de familia, es decir dentro de la institución del divorcio cuando ha existido adulterio por parte de alguno de los cónyuges, puesto que la misma se fundamenta en el incumplimiento de las obligaciones legales generadas del contrato matrimonial, circunstancia que faculta al cónyuge agraviado a exigir la reparación del daño causado a través de una indemnización de daños y perjuicios en la vía civil, para lo cual según esta teoría, únicamente se deberá verificar:

- Incumplimiento de las obligaciones maritales de fidelidad, por parte de uno de los cónyuges.
- Que la conducta haya sido realizada de forma voluntaria.
- Que de esta conducta se haya desprendido un daño moral sobre el cónyuge agraviado.

1.8.2.- El deber de Fidelidad como una obligación moral.

En contraposición a la teoría antes detallada, existe otra teoría que menciona que el daño moral originado por circunstancias de adulterio dentro del vínculo matrimonial, no es susceptible de reparación mediante indemnización de daños y perjuicios, esto bajo el principal argumento de que el deber de fidelidad consiste únicamente una obligación moral mas no legal, lo cual desvanece toda posibilidad de que el cónyuge agraviado exija el resarcimiento del daño causado.

Al respecto el tratadista Marcelino menciona que el deber de fidelidad es únicamente una obligación de carácter moral debida entre los cónyuges durante el tiempo que dure el vínculo matrimonial, y que por tal motivo el incumplimiento de este deber no acarrea ninguna sanción resarcitoria de daños y perjuicios por parte del cónyuge infiel, puesto que al no haber obligación legal no existe una conducta que contrarié la normativa vigente, por lo que esta conducta carece de un requisito indispensable como es la antijuridicidad para la interposición de la acción de responsabilidad civil (Marcellino, 2016).

Teoría que es respetada mas no compartida, puesto que aun cuando el deber de fidelidad en parte constituye una obligación de carácter netamente moral, el incumplimiento de esta obligación marital claramente contraviene uno de los fines primordiales del matrimonio, como es la unión monogámica entre dos personas, la cual se vuelve de obligatorio cumplimiento para ambos cónyuges quienes de forma voluntaria acceden a cumplir tal deber originado de la celebración de un contrato, el cual claramente es incumplido cuando ha existido adulterio por parte de uno de los cónyuges, circunstancia que da cabida a que el cónyuge agraviado exija la correspondiente indemnización que repare el daño causado, tal como dispone la normativa vigente.

1.9.- Normativa Legal contemplada en la Legislación Ecuatoriana acerca del Daño Moral.

1.9.1.- Código Civil Ecuatoriano.

El Código Civil en su artículo 2231 hace referencia al daño moral como una figura que va de la mano de las imputaciones injuriosas, esto al mencionar

“Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar la indemnización pecuniaria, no solo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2020, pág. 150) normativa que expresamente faculta a exigir indemnización, a todas aquellas personas que han sufrido daño moral, entendiéndose que en lo correspondiente a las imputaciones injuriosas se da cabida a estos dos tipos de indemnizaciones pecuniarias.

El artículo 2232 del mismo cuerpo normativo, dispone “En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, por concepto de reparación, quien haya sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se hallé justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2020, pág. 150). Norma que de forma expresa faculta a las personas que han sido víctimas de daño moral a exigir la reparación del mismo mediante la indemnización de daños y perjuicios, siendo el único requisito para tal efecto, que la persona agraviada justifique la existencia de perjuicio grave en su vida, a consecuencia del daño causado, esto según lo dispone la norma invocada.

Por su parte el artículo 2233 de Código Civil establece que personas están facultadas por la ley para interponer la acción de daño moral, contemplándose por regla general que la primera persona es la víctima, o en su defecto cuando concurren causas que la imposibiliten podrá también interponerla su representante legal, el cónyuge o los parientes de la víctima que se encuentren

dentro del segundo grado de consanguinidad, y en el caso que a consecuencia del acto con el que se causó el daño la persona hubiera perdido la vida, están facultados para interponer esta acción los herederos.

Como podemos evidenciar en las normas invocadas la figura del daño moral en la legislación ecuatoriana, puede ser aplicada desde dos perspectivas, por una parte, se encuentra enmarcada dentro del campo específico de las imputaciones injuriosas, y en este caso para exigir la reparación de daño causado es indispensable justificar la existencia de estas acciones injuriosas. Pero además existe la norma expresada en el artículo 2232 la cual de forma general faculta a toda persona que han sufrido un daño moral a exigir al reparación del mismo, para lo cual se debe justificar únicamente que en la vida de la víctima se ha ocasionado un perjuicio grave a consecuencia del acto dañoso, norma que tiene carácter general forma general, es decir no se limita a determinadas situaciones o personas, sino que tutela los derechos e intereses de toda persona que ha resultado agraviada por un daño de índole moral, norma que plenamente podría ser utilizada en los casos en los que se ha ocasionado daño moral a uno de los cónyuges por el adulterio cometido dentro del vínculo matrimonial, constituyéndose como único requisito el justificar el perjuicio ocasionado sobre la víctima, debiendo tener claro que este término no refiere exclusivamente a perjuicio económico sino al ocasionado sobre la honra o psiquis del cónyuge agraviado.

Ahora bien, aun cuando no existe restricción alguna en las normas invocadas para que una persona pueda exigir la reparación de daño moral ocasionado por el adulterio cometido por uno de los cónyuges dentro del matrimonio, existen ciertos tratadistas que mencionan que esta figura no resulta aplicable dentro de este ámbito; esto bajo el argumento de que la única consecuencia establecida en la legislación ecuatoriana para este acto, es la terminación del vínculo matrimonial bajo la causal número 1 del artículo 110 del Código Civil, criterio que si bien es correcto en cierta parte, resulta limitado y restrictivo de varios Derechos consagrados por la Carta Magna ecuatoriana y por varios instrumentos internacionales, los cuales tutelan la integridad física y psíquica de las personas como un Derecho Humano.

Es por esto que como conclusiones parciales del presente capítulo se ha podido determinar que las normas constantes en el Código Civil ecuatoriano sobre el daño moral, poseen un alcance general; puesto que, si bien una de las causas específicas generadoras de este daño es la imputación injuriosa realizada sobre otra persona; también existe una norma que permite exigir la reparación del daño moral ocasionado bajo cualquier circunstancia, dentro de la cual puede invocarse el adulterio como causa generadora de daño moral, ya que no existe limitante o restricción alguna contemplada en la legislación ecuatoriana, para tal hecho.

El segundo capítulo que se desarrollara en la investigación está encaminado a analizar las normas contempladas en otras legislaciones para regular la figura del daño moral, esto con la finalidad de poder determinar si existen normas y procedimientos específicos que las personas que ha sufrido daño moral por causas de adulterio deban seguir para exigir la reparación del mismo, para cual se analizara la normativa, fallos jurisprudenciales y criterios doctrinales existentes acerca de la problemática planteada.

CAPITULO II

El Daño Moral en otras Legislaciones.

2.1.- Estado Argentino.

2.1.1.- El Daño Moral

El código civil de la Nación Argentina en su artículo 1737 establece que el daño, debe ser entendido como toda aquella lesión generada sobre un derecho o interés tutelado por la normativa interna de este Estado, en favor de las personas, el patrimonio o sobre un derecho que tenga por finalidad proteger a la colectividad (Dalmacio Vélez Sarsfield, 2015). Definición que ha sido reformada en los últimos años con la finalidad de que abarque ciertas circunstancias que anteriormente no se encontraban reguladas de forma correcta dentro de esta legislación.

El tratadista argentino Burgueño Iburguren menciona que la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico argentino ha variado significativamente, hasta el punto en que no se tenga que verificar la tipicidad del hecho dañoso para garantizar la exigibilidad de la reparación del daño causado, sino únicamente con la justificación de la existencia de un perjuicio ocasionado por una conducta dolosa o negligente de una tercera persona (Burgueño Iburguren, 2015). Para lo cual se ha ampliado la definición contemplada en el Código Civil de esta nación, con la finalidad de que la mismo abarque la mayor cantidad de circunstancias con las que se puede ocasionar perjuicios materiales o inmateriales sobre las personas.

De forma similar el tratadista Costa menciona que en el ordenamiento jurídico argentino la configuración del daño resarcible se corrobora en atención a la existencia de un daño material que afecte derechos e intereses tutelados por la Constitución y la Ley, criterio que denota la regulación y reparación de cualquier daño causado desde una óptica general mas no únicamente económico.

El artículo 1738 de este mismo cuerpo normativo trata sobre la indemnización originada de todo daño resarcible, y establece que el rubro fijado por tal concepto abarcara especialmente todas las consecuencias generadas de la trasgresión de los derechos personalísimos de la víctima, haciendo referencia de forma expresa a la integridad física y psicológica de las personas. Norma que da cabida a la reparación tanto de los daños patrimoniales, así como también extra patrimoniales causados sobre una persona, haciendo hincapié en que los daños físicos y psicológicos son plenamente indemnizables. Circunstancia que es complementada con lo dispuesto en el artículo 1741, el cual dispone que los daños no patrimoniales son exigibles únicamente por la víctima, disposición que aun cuando no lo expresa de forma totalmente clara, hace referencia al daño moral.

Como podemos evidenciar en las normas citadas de la legislación argentina, la figura del daño moral guarda mucha similitud con la expresada en el Código Civil ecuatoriano, puesto que dan cabida tanto a la reparación de los daños patrimoniales como extra patrimoniales generados sobre los derechos de

cualquier ciudadano, haciendo constar de forma expresa que los daños morales son plenamente indemnizables en este ordenamiento jurídico, constituyéndose como principal requisito para exigir judicialmente la reparación pecuniaria de este perjuicio, justificar la existencia de un daño sobre la honra o moral de las personas del cual se origine un perjuicio en la vida cotidiana de las mismas.

Normativa que aun cuando no contempla de forma expresa al daño moral generado por causas de adulterio, plenamente faculta al cónyuge agraviado psicológicamente por el incumplimiento al deber de fidelidad dentro del matrimonio, a accionar el sistema de administración de justicia en busca de que el perjuicio ocasionado sea resarcido pecuniariamente, para lo cual únicamente corresponde justificar la existencia del daño moral por tales circunstancias.

2.1.2.- El deber de Fidelidad en la Legislación Argentina

En el ordenamiento jurídico argentino al igual que en la mayor parte de legislaciones a nivel mundial, la institución del matrimonio da origen a ciertas obligaciones y deberes que deben ser acatadas y cumplidas por los cónyuges desde el momento en que se unen en vínculo matrimonial, siendo una de estas la fidelidad recíproca entre estos, misma que según dispone el artículo 431 del Código Civil argentino constituye una obligación eminentemente de carácter moral la cual tiene como principal finalidad garantizar la convivencia monogámica entre la pareja, en donde predomine la ayuda y cooperación mutua, norma que desde una perspectiva amplia podría dar a entender una limitante para exigir la reparación del daño moral ocasionado por el adulterio de uno de

los cónyuges dentro del vínculo matrimonial, pero que en la realidad no es de tal manera, puesto que el daño moral generado bajo cualquier circunstancia es plenamente resarcible en este ordenamiento, pudiendo claramente reclamarse la reparación del daño causado por el adulterio cometido por uno de los cónyuges dentro del vínculo matrimonial, puesto que tal y como reza el aforismo jurídico “todo lo que no se encuentra prohibido por la ley deber ser entendido como permitido”, el cual resulta plenamente aplicable al tema analizado, ya que en esta legislación no existe limitación alguna contemplada en la ley para tal efecto (Tapia Rodriguez, 2015).

2.2.- Legislación Española.

En la línea del Derecho de Familia contemplado en la legislación española, se puede observar en los últimos años una creciente regulación y protección de los derechos que conforman el llamado patrimonio moral, esto debido a la aparición paulatina de varios juristas que afirman y defienden la existencia de responsabilidad civil en los casos que se haya evidenciado daño moral por el adulterio cometido por uno de los cónyuges, lo cual sumado a múltiples fallos jurisprudenciales, reafirman la veracidad y naturaleza jurídica de esta teoría que en varios Estados recién empieza a ser aplicada.

En el ordenamiento jurídico español al igual que en otras legislaciones se valora de forma prioritaria la concurrencia del dolo en las conductas dañosas, para atribuir responsabilidad civil. Circunstancia que se ve plasmada en el

artículo 101 numeral 1 del código civil de esta nación, el cual expresa que la reparación originada por daño moral procede cuando sea manifiesto el actuar doloso de la persona, es por esto que se puede afirmar la procedencia del resarcimiento del daño moral por la afección del deber de fidelidad desde una perspectiva contractual, en esta legislación.

Zarraluqui Sánchez es uno de los juristas pioneros en abordar y defender la teoría del resarcimiento del daño moral causado sobre los bienes jurídicos de carácter no patrimonial por causa de infidelidad, asevera que el daño moral extra-patrimonial generado por el adulterio constituye una conducta plenamente indemnizable, criterio que es sostenido en su mayoría por los fallos jurisprudenciales que mencionan la necesidad de protección de los bienes jurídicos relacionados a la dignidad humana e igualdad, que son los encargados de proteger la moral y en general todos los aspectos internos ligados a la personalidad de cada ciudadano (Zarraluqui Sánchez, 2019).

Roció Miralles por su parte menciona que en el Estado español la mitad de los doctrinarios relacionados al Derecho de Familia, aseguran que el derecho a la dignidad de los cónyuges dentro del matrimonio debe ser efectivamente tutelado por la normativa interna de cada Estado, para lo cual se debe hacer una interpretación más amplia del concepto del deber de fidelidad para que cualquier conducta que afecte las obligaciones y deberes maritales, sea resarcida mediante la correspondiente indemnización. Criterio que, a más de considerar el

resarcimiento de los daños morales ocasionados por el adulterio, como un incumplimiento al deber de fidelidad dentro del matrimonio, pretende que se amplíe la protección normativa, para sancionar cualquier conducta que afecte la convivencia armónica y pacífica de los cónyuges, por el incumplimiento de alguno de los deberes u obligaciones maritales (Rocio María Miralles, 2020).

2.3.- Legislación colombiana

2.3.1.- El daño moral en la legislación colombiana

La institución del daño resarcible contemplada en la normativa colombiana posee la misma naturaleza jurídica que la expresada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y en general en todos los Estados que poseen una línea de Derecho romanístico, es por esto que la finalidad de esta figura en el ordenamiento colombiano es el resarcimiento de todo perjuicio patrimonial o extra-patrimonial, causado sobre una tercera persona, el cual tiene que ser correctamente verificado para que sea considerado como indemnizable jurídicamente.

En palabras del jurista colombiano Pérez Vives el daño es toda afección, deterioro o quebranto ocasionado sobre el patrimonio, la integridad, la honra o los dogmas de una persona, el cual debe ser íntegramente resarcido por la normativa propia de cada Estado en pro de precautelar la dignidad de todas las personas (Alvaro Pérez Vives, 2015). Según el tratadista José Guillermo Castro la institución del daño resarcible se constituye como la piedra angular de la responsabilidad civil.

El artículo 1613 del Código Civil colombiano contempla la existencia de dos tipos de daños resarcibles en este ordenamiento legal, siendo el primero el daño de carácter patrimonial o también llamado material en el cual se causa un perjuicio cuantificable pecuniariamente, el cual es determinado en base a los parámetros del lucro cesante y el daño emergente. El segundo tipo de daño es el denominado extra-patrimonial o moral, en el cual se causa el perjuicio en la integridad de la persona, es decir en la moral, la honra o la parte psicológica de la víctima, parámetros dentro de los cuales resulta plenamente indemnizable el daño moral generado por causas de adulterio dentro del vínculo matrimonial (Congreso de la República de Colombia, 2020).

2.3.2.- El deber de fidelidad en la normativa colombiana

En el ordenamiento jurídico colombiano el deber de fidelidad se constituye como una de las obligaciones de reciprocidad debidas durante el matrimonio, el cual posee la finalidad de otorgar igual importancia a cada uno de los roles propios de los cónyuges durante el tiempo que subsista este vínculo legal, en pro de hacer efectivo el principio constitucional de igualdad consagrado en la Carta Magna colombiana.

Según manifiesta el autor Peláez Soto el deber de fidelidad consagrado en la normativa colombiana tiene la finalidad de garantizar la dignidad de los cónyuges dentro del vínculo matrimonial, en el cual ambos deben actuar con igual respeto hacia su pareja en una relación que se torna de causa y efecto, es decir que el cumplimiento recíproco de las obligaciones maritales va a depender de las dos partes, y ante el incumplimiento de estas el afectado puede accionar para que se apliquen las sanciones que la ley prevé (Peláez Soto, 2017).

En este sentido el artículo 132 del Código Civil de esta nación contempla al deber de fidelidad como una obligación de carácter netamente legal, al disponer que el adulterio configura un evidente incumplimiento a esta obligación originada de la institución del matrimonio, la cual debe ser sancionada de conformidad con la normativa vigente. Por su parte el artículo 176 del mismo cuerpo normativo establece que es obligación de ambos cónyuges socorrerse mutuamente y cumplir con lealtad cada una de las obligaciones originadas del vínculo matrimonial en todas las circunstancias relacionadas a la vida marital. Disposiciones que permite inferir que tal incumplimiento claramente constituye una infracción de carácter civil la cual la da origen a la reparación del daño causado, dentro del cual tiene plena cabida el daño moral causado por adulterio de uno de los cónyuges dentro del vínculo matrimonial.

2.4.- Análisis de fallos jurisprudenciales

En la legislación argentina tenemos el fallo jurisprudencial emanado en la ciudad de Buenos Aires mediante sentencia “S., J. J. c/ G., M. M. s/ Divorcio y daños y perjuicios”, la cual versa sobre un caso de divorcio interpuesto por el esposo, al cual la demandada “esposa” reconviene solicitando indemnización de daño moral por la violencia psicológica ocasionada por este, al haber incurrido en conductas que afectan las obligaciones y deberes de los cónyuges; causa en la cual el tribunal resolvió que tal conducta debe ser resarcida, bajo el argumento de que estos actos fueron ejecutados de forma dolosa y publica violentando la dignidad y el honor del cónyuge que reconvino la demanda. Decisión que nos permite evidenciar que la Corte toma como base legal ciertos parámetros específicos, para ordenar la reparación del daño moral alegado, siendo estos los siguientes:

- Verificación de actos que violentan las obligaciones maritales.
- Que estos actos hayan ocasionado un perjuicio en la honra o psiquis de uno de los cónyuges.
- Que los actos hayan sido realizados de forma dolosa, es decir de manera intencional y con plena conciencia de las consecuencias que podrían devenir sobre la personalidad o psiquis del otro cónyuge.
- Que a consecuencia de estos actos se haya afectado la dignidad o el honor del cónyuge agraviado por el incumplimiento de los deberes maritales ("Divorcio y daños y perjuicios", 2016).

De manera similar tenemos la jurisprudencia emanada en el ordenamiento jurídico español, mediante la sentencia denominada "T. c/ C. s/ divorcio vincular", que versa sobre un proceso de divorcio causal interpuesto por la cónyuge en contra de su esposo, quien al contestar la demanda reconviene la misma invocando una causal de infidelidad y solicitando una indemnización por daño moral, circunstancia que es aceptada por el tribunal quien considero que se debía indemnizar al cónyuge agraviado bajo la consideración de que toda acción u omisión que transgreda los derechos personalísimos de las personas, tales como la honra, la moral o la dignidad son susceptibles de resarcimiento civil, razón por cual se declara con lugar la demanda generándose así un fallo inédito en esta legislación, puesto que a más de declararse la

disolución del vínculo matrimonial, el tribunal ordena el pago de una indemnización por daño moral en favor del ex esposo, por la infidelidad generada por la cónyuge de este ("Divorcio vincular"., 2019).

Las dos sentencias analizadas nos permiten evidenciar que ciertos ordenamientos jurídicos como el argentino, colombiano y español ya existen casos en los que las personas que se han considerado agraviados por el adulterio cometido por sus cónyuges, han iniciado acciones legales solicitando el resarcimiento de las afecciones morales que han devino de estos actos, causas que han sido dadas paso por los tribunales de estos Estados, tomando como principales fundamentos para su decisión, las normas contempladas en sus ordenamientos para el resarcimiento del daño moral en general, las cuales han sido aplicadas bajo el criterio de que toda acción adúltera generada de forma dolosa por uno de los cónyuges dentro del vínculo matrimonial, de la cual se haya tenido como resultado el deterioro o menoscabo del proyecto de vida normal de los cónyuges, por haberse verificado afección en la dignidad, la honra, la moral o en general sobre la psiquis del cónyuge agraviado, merece ser resarcido mediante la compensación económica de los daños y perjuicios.

Circunstancia que nos abre una ventana que nos permite evidenciar las normas, criterios y parámetros que son aplicados en otras legislaciones para la procedencia de la reparación del daño moral generado por causas de adulterio dentro del vínculo matrimonial, reforzando nuestra hipótesis de que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la institución del daño moral resulta

plenamente aplicable para exigir la reparación de los perjuicios morales devenidos por el incumplimiento al deber de fidelidad como una obligación moral y legal generada del matrimonio como un acto contractual. Criterio que es reafirmado por el autor Medina quien menciona, que la reparación del daño moral ocasionado por el incumplimiento del deber de fidelidad derivado del matrimonio, es plenamente exigible siempre y cuando se hayan verificado los parámetros de la responsabilidad civil, tendiendo claro que el adulterio si origina daños que deben ser obligatoriamente indemnizados al cónyuge agraviado por tal conducta.

2.5.- Elementos que deben ser Aplicados para Determinar la Responsabilidad Civil Originada del Daño Moral causado por la Infidelidad de uno de los Cónyuges.

En la legislación Chilena existen corrientes doctrinarias que defienden la procedencia del resarcimiento del daño moral originado del adulterio cometido por uno de los cónyuges, criterio como el sostenido por el jurista Hernán Corral quien ha establecido cuales son los elementos que deben concurrir para la interposición de la acción indemnizatoria por este tipo de daño, siendo estos los siguientes:

- **Conducta Voluntaria:** a decir de este doctrinario el actuar adultero del cual se desprenda el perjuicio moral a uno de los cónyuges, debe ser realizado mediante una acción libre y voluntaria, ya que en este tipo de daño no cabe la omisión, es decir que el perjuicio no puede devenir del no actuar de uno de los cónyuges.

- **Ilicitud en la Conducta:** este elemento hace referencia a que debe existir la consumación de actos sexuales entre una persona casada “cónyuge infiel” con otra que no es su pareja, para que la conducta constituya una infracción al deber de fidelidad y el daño moral ocasionado de este sea considerado jurídicamente resarcible.
- **Imputabilidad del Acto adúltero:** este requisito refiere a que al no estar contemplado de forma expresa el resarcimiento por daño moral originado de la infracción al deber de fidelidad, la atribución de la responsabilidad debe basarse netamente en la verificación de una conducta dolosa, esto debido a que el adulterio se consuma cuando ha sido realizado de forma intencional, criterio que guarda mucha relación con los criterios emitidos en los fallos jurisprudenciales antes analizados, en los cuales los jueces basaban su decisión valorando primordialmente la concurrencia del actuar doloso del cónyuge infiel.
- **Existencia de un Daño Indemnizable:** la responsabilidad civil se configura cuando se ha verificado la existencia de un daño que sea jurídicamente resarcible, es por esto que, en el daño moral por adulterio, no basta con la verificación de la infidelidad cometida por uno de los cónyuges, sino que se debe justificar primordialmente la existencia de un perjuicio grave en el proyecto de vida del cónyuge agraviado, por habersele afectado su dignidad u honra de forma pública.

- **Relación causal:** este elemento refiere a que se deberá acreditar que el daño moral que se pretende sea resarcido, debe haberse originado por las circunstancias de infidelidad cometida por el cónyuge, puesto que uno de los elementos de la responsabilidad civil es la existencia de un nexo causal entre el actuar antijurídico y el perjuicio ocasionado a la víctima.
- **Legitimación:** este elemento refiere a que la persona que debe interponer la acción indemnizatoria para que el daño moral causado por el adulterio, sea resarcido es la víctima del perjuicio moral, es decir la cónyuge que fue afectada por los actos de infidelidad cometidos por el cónyuge (Hernán Corral, 2017).

La realización del presente capítulo nos ha permitido determinar que el resarcimiento por daño moral generado por el adulterio cometido por uno de los cónyuges dentro del vínculo matrimonial aun cuando no se encuentra consagrado de forma expresa, resulta plenamente aplicable en legislaciones como la española, colombiana y argentina dentro de campo del Derecho de Familia, Estados en los que ya han existido en los que se ha ordenado el pago de indemnizaciones de daños y perjuicios al cónyuge que ha resultado perjudicado moralmente por la infracción al deber de fidelidad.

Circunstancia que es verificada en los fallos jurisprudenciales analizados, en los cuales se ha podido observar que es necesaria la concurrencia de ciertos elementos como son la existencia de una conducta voluntaria y dolosa por parte del cónyuge infiel, la cual tenga como resultado el deterioro o menoscabo de la

integridad psicológica del cónyuge agraviado, para que el daño pueda ser considerado como resarcible jurídicamente.

Es por esto que todo lo analizado nos permite reforzar la tesis propuesta en la presente investigación, mencionando que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la figura del daño moral por circunstancias de adulterio resulta plenamente aplicable, aun cuando esta no se encuentra consagrada de forma expresa en la normativa interna, sino que al igual que en las legislaciones analizadas para la exigibilidad de este daño, se debería verificar la concurrencia de los elementos y requisitos exigidos en las legislaciones analizadas, para que se ordene el pago de la correspondiente indemnización en favor del cónyuge agraviado.

Capítulo III

Factibilidad de la Incorporación de la indemnización por daños y perjuicios en el adulterio

3.1.- Posturas a Favor de la Procedencia de la Indemnización por Daño Moral generado del Adulterio

Como se ha podido vislumbrar a lo largo de la presente investigación existen varios Estados que conciben y defienden la procedencia del resarcimiento del daño moral por causas originadas del adulterio, en esta línea tenemos lo manifestado por la jurista argentina Marisa Herrera quien manifiesta que el incumplimiento a los deberes generados del vínculo matrimonial, y específicamente la afección al deber de fidelidad, constituye un daño moral plenamente resarcible en la vía civil, siempre y cuando se verifiquen los presupuestos de la responsabilidad civil y principalmente el nexo causal entre el daño alegado con el actuar del cónyuge infiel.

En el mismo sentido tenemos el criterio esgrimido por el jurista Burgueño Iburguren quien defiende la teoría de que el adulterio cometido dentro del matrimonio es un claro factor que genera afección psicológica y moral en el cónyuge agraviado, y que además posee consecuencias patrimoniales, puesto que tal afección acarrea gastos económicos devenidos del tratamiento terapéutico que se debe seguir para resarcir las secuelas psicológicas generadas en la víctima, rubros que deben ser indemnizados por el cónyuge infiel.

Aldana Nahim, en el mismo sentido menciona que la responsabilidad civil es plenamente aplicable dentro del ámbito del Derecho de Familia en todos los casos que no se encuentren prohibidos por la ley de forma expresa, presupuesto bajo el cual es plenamente exigible la reparación de daño moral causado por el adulterio dentro de la institución del matrimonio (Aldana Ofelia Nahim, 2021).

Criterios que son plenamente compartidos y aplicables dentro del ámbito del Derecho de Familia en la normativa ecuatoriana, puesto que la institución del daño moral consagrada en nuestro ordenamiento jurídico no tiene establecido un alcance específico, es decir no hay restricción alguna que impida que una persona agraviada moralmente por causas de adulterio, accione el sistema de administración de justicia en busca de la tutela y protección de sus derechos personalismos, como son la dignidad, moral, honra e igualdad, sin que para esto se deba considerar si el deber de fidelidad es una obligación moral o legal, sino que basta con que exista la afcción de los derechos de uno de los cónyuges.

3.2.- El Derecho a la Integridad Moral en la legislación Internacional y en la Constitución de la República del Ecuador

3.2.1.- Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un instrumento internacional suscrito por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1948, con la finalidad de consagrar todos los derechos de los cuales son titulares las personas por el hecho de serlo, mismos que deben ser tutelados de forma eficaz por parte de todos y cada uno de los Estados suscritos y ratificados en el mismo, dentro del cual se encuentra el Ecuador.

Cuerpo normativo que en su artículo 29 numeral 2, consagra que las personas solo pueden estar sometidas a las limitaciones establecidas en la ley para garantizar el respeto de los derechos de las demás personas (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948). Disposición que permite entender que lo que no se encuentra prohibido por la ley está permitido, es decir que, en el tema materia de análisis al no existir un campo de aplicación limitado para la interposición de la acción de responsabilidad civil en la legislación ecuatoriana y en general en todas las analizadas, mal podrían los juzgadores impedir la reparación del daño moral generado por adulterio, esto bajo el argumento de que la transgresión del deber de fidelidad como una obligación derivada del matrimonio, claramente genera perjuicios que son susceptibles de reparación.

3.2.2.- Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

La convención americana sobre los Derechos Humanos o también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, es instrumento internacional creado con la finalidad de que los Derechos fundamentales de una persona sean tutelados eficazmente dentro de cada ordenamiento jurídico suscrito y ratificado al mismo, cuerpo normativo que en su artículo 5 numeral 1, dispone que toda persona tiene Derecho a que su integridad física, moral y psíquica sea respetada y protegida por la ley (Organización de Estados Americanos, 1969); derechos que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en lo correspondiente al tema que es materia de análisis, están siendo limitados puesto que no existen establecidas normas jurídicas ni un procedimiento claro que permite exigir de forma ágil y eficaz la reparación del daño moral generado dentro del vínculo matrimonial por causas de adulterio.

El artículo 11 numeral 1 del mismo instrumento, menciona que las personas tienen derecho a que su honra y la dignidad sean respetadas, disposición que guarda mucha relación con lo dispuesto en el artículo anterior, y que tienen la finalidad de otorgar protección eficaz a los derechos que tutelan la integridad moral y psíquica de las personas, y principalmente garantizar la reparación de los perjuicios causados sobre las personas cuando se han verificado la existencia de daños morales.

3.2.3.- Constitución de la República del Ecuador.

El artículo 1 de la Constitución de la República establece “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, pág. 8), postulado que da a entender que el deber primordial del Estado es garantizar el goce y ejercicio pleno de todos los derechos consagrados en este cuerpo normativo, para lo cual se debe vigilar que las normas jurídicas contempladas en los cuerpos infraconstitucionales estén acorde a lo consagrado en la Carta Magna sin que exista ningún tipo de contradicciones entre sí, y por otro parte que estas normas sean eficaces para garantizar el correcto ejercicio de todos los derechos contemplados dentro del ordenamiento jurídico.

Dentro del capítulo sexto de nuestra Carta Magna, encontramos consagrada a la integridad psíquica y moral de las personas, como uno de los derechos de libertad, mismo que está contemplado en el artículo 66, numeral 3,

literal a, el cual dispone que es obligación del Estado garantizar, “La integridad física, psíquica, moral y sexual”, de todos los ciudadanos. Disposición que da a entender que en el Ecuador deberían existir normas jurídicas y políticas públicas encaminadas a garantizar la integridad psíquica de las personas en todos los ámbitos en los que estos se desenvuelvan, y que en aquellos casos en los que se evidencien limitaciones o vulneraciones de estos derechos por la inexistencia de estos mecanismos jurídicos, el Estado a través de sus funcionarios competentes deberá obligatoriamente incorporarlos.

En la problemática analizada, es claro que aun cuando en ciertas legislaciones como la argentina, española y colombiana existen casos en los que se ha dado paso a la reparación del daño moral causado por adulterio, es notorio también la inexistencia de un mecanismo jurídico idóneo que permita exigir la reparación de este tipo de daño forma ágil y eficaz, es por esto que en base todos los criterios doctrinales analizados, en relación a las normas jurídicas y fallos jurisprudenciales de otras legislaciones, se evidencia una necesidad imperativa de que en nuestro ordenamiento jurídico se regule esta problemática generada dentro del campo del Derecho de Familia, para que de esta manera se evite la trasgresión del derecho a la dignidad y a la integridad física y psíquica de las personas que han sido víctimas de daño moral devenido de circunstancias de adulterio dentro del vínculo matrimonial.

3.3.- Estudio de Campo

Con la finalidad de reforzar la hipótesis mencionada en la presente investigación se ha realizado un estudio de campo mediante la aplicación de encuestas a un grupo de 40 Abogados en libre ejercicio de la profesión, con la finalidad de determinar en base al criterio y experiencia profesional de estos, la factibilidad de la incorporación de un mecanismo jurídico que garantice

la indemnización de daños y perjuicios a las personas que han sufrido daño moral por circunstancias de adulterio, para que de esta manera se tutelen eficazmente el derecho a la dignidad y a la integridad moral y psíquica, garantizados por la Constitución de la Republica en concordancia con los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos.

3.4.- Análisis e Interpretación de Datos

El análisis e interpretación de los datos recabados del estudio de campo realizado, se realizará mediante tablas de datos y gráficos en los cuales se proyectará las respuestas obtenidas sobre las variables "SI" o "NO", esto acompañado de los correspondientes porcentajes obtenidos respectivamente, con la finalidad de generar un mejor entendimiento en el público lector sobre la factibilidad de la incorporación de un mecanismo jurídico que garantice la indemnización de daños y perjuicios por daño moral generado del adulterio.

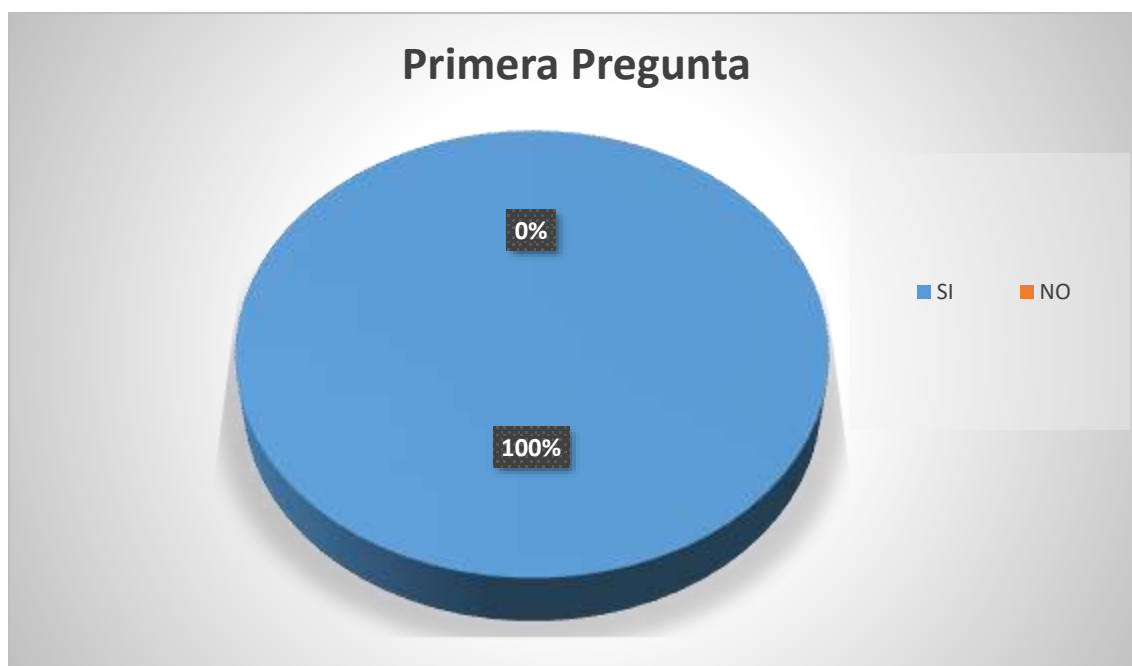
Primera Pregunta:

¿Conoce usted que es una indemnización de daños y perjuicios?

Tabla Nro. 1

VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	40	100%
NO	0	0%
TOTAL	40	100%

Ilustración 1



Fuente: encuestas.

Autor: Sergio Luis Peñarreta Gallardo

Análisis e Interpretación Primera Pregunta.

Los resultados obtenidos de la primera pregunta aplicada reflejan que el 100% de los profesionales encuestados han mencionado conocer la finalidad de la indemnización de daños y perjuicios, resultados que demuestran que la población abordada para el estudio de campo es la idónea, al poseer en amplio conocimiento de la temática planteada.

Segunda Pregunta:

¿Conoce usted si en la legislación ecuatoriana existe algún mecanismo jurídico que permita exigir indemnización de daño moral por el adulterio cometido por uno de los cónyuges?

Tabla Nro. 2

VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	15	37,5%
NO	25	62,5%
TOTAL	40	100%

Ilustración 2



Fuente: Encuestas

Autor: Sergio Luis Peñarreta Gallardo

Análisis e Interpretación Segunda Pregunta.

Según los resultados obtenidos de la segunda pregunta aplicada se evidencia que el 37, 5% de los profesionales del Derecho encuestados respondió conocer un mecanismo jurídico que permite exigir la reparación del daño moral devenido del adulterio, respuesta que fue emitida bajo la consideración de que la figura contemplada en el Código Civil ecuatoriano para exigir la reparación del daño moral resulta plenamente aplicable para solicitar el resarcimiento de los perjuicios ocasionados a uno de los cónyuges cuando ha existido infidelidad entre la pareja, criterio que guarda mucha similitud y coherencia con el sostenido por los juzgadores argentinos y españoles que han otorgado tal indemnización en favor de las personas que han justificado afección moral o psíquica generada en su contra por causas de adulterio.

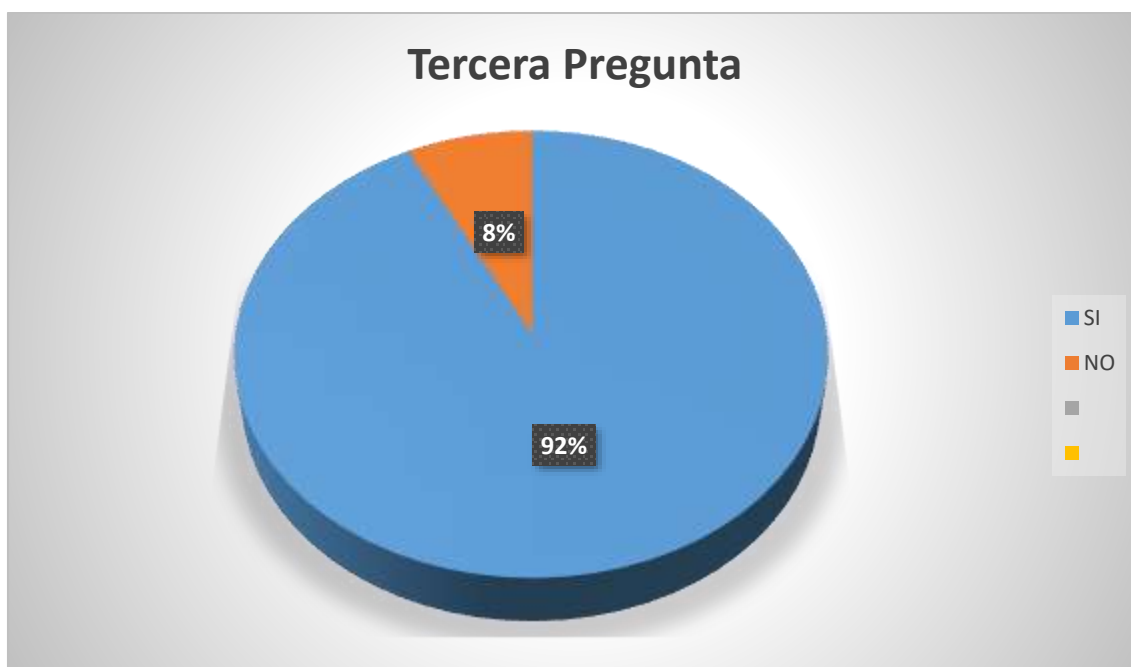
Por otro lado, el 62,5% de los abogados en libre ejercicio de la profesión respondió desconocer la existencia de tal mecanismo, criterio que no refleja desconocimiento de la temática abordada por parte de estos, por el contrario, es el más acertado en cuanto a la realidad acontecida en nuestro ordenamiento jurídico sobre tal problemática, puesto que como se evidenció en la investigación realizada en el Ecuador al igual que en otras legislaciones no se encuentra incorporada de forma expresa la posibilidad de exigir la reparación de los daños morales generados por adulterio, circunstancia que constituye cierta limitación para que las personas que han sufrido un perjuicio por esta razón, puedan solicitar judicialmente tal resarcimiento.

Tercera Pregunta:

¿Considera Usted que la inexistencia de este mecanismo violenta el Derecho a la dignidad y a la integridad moral de las personas que han sido víctimas de este tipo de daño?

Tabla Nro. 3

VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	37	92,5%
NO	3	7,5%
TOTAL	40	100%



Fuente: Encuestas

Autor: Sergio Luis Peñarreta Gallardo

Análisis e Interpretación Tercera Pregunta

Según los datos obtenidos de la tercera pregunta aplicada se evidencia que el 92,5% de los profesionales encuestados consideran que el hecho que la legislación ecuatoriana no contemple un mecanismo jurídico que garantice el resarcimiento de los perjuicios morales ocasionados sobre las personas que han sido víctimas de adulterio por parte de su cónyuge, claramente afecta el derecho a la integridad física y a la dignidad de estas personas, mismo que son tutelados por la Constitución de la Republica y por algunos instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Circunstancia que permite evidenciar que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe una necesidad urgente de que se regule jurídicamente de forma expresa la indemnización de daño moral devenida de la infracción al deber de fidelidad como una afección a la integridad moral del cónyuge agraviado.

Cuarta Pregunta:

¿Considera Usted que las disposiciones legales contempladas actualmente en el Código Civil para el resarcimiento del daño moral, son aplicables para solicitar indemnización de los perjuicios originados del adulterio cometido dentro del vínculo matrimonial?

Tabla Nro. 4

VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	29	72,5%
NO	11	27,5%
TOTAL	40	100%

Ilustración 4



Fuente: Encuestas

Autor: Sergio Luis Peñarreta Gallardo

Análisis e Interpretación Cuarta Pregunta

Según los datos obtenidos de la cuarta pregunta aplicada se puede evidenciar que el 72,5% de los profesionales encuestados consideran que las normas contempladas en la actualidad en el Código Civil ecuatoriano para el resarcimiento de daño moral, resultan plenamente aplicables para exigir la indemnización de los perjuicios que se podrían generar sobre uno de los cónyuges cuando el otro ha incurrido en adulterio. Criterio que se ciñe a la idea sostenida por algunos doctrinarios argentinos quienes manifiestan que al no estar prohibida expresamente tal circunstancia por la normativa nacional, no existe impedimento alguno para solicitar la reparación del daño causado por el adulterio; acción que para tener un resultado positivo debe cumplir con todos los

parámetros exigidos para la determinación de la responsabilidad civil y primordialmente cuando se haya verificado afección psicológica o moral en la persona a consecuencia de la infidelidad sufrida.

Por otro lado, tenemos que un 27,5% de los encuestados no están de acuerdo con la idea de que las normas contempladas actualmente en nuestro Código Civil, pueden ser aplicadas para resarcir los daños ocasionados por el adulterio de uno de los cónyuges, criterio que se ampara en la teoría manejada por un grupo minoritario de juristas que mencionan que es necesario que se incorpore un mecanismo jurídico y un procedimiento específico, para que se indemnice este tipo de daño causado en el ámbito del Derecho de Familia, criterio que no es compartido y que resulta totalmente restrictivo de varios derechos fundamentales de las personas que han sufrido agravio moral por la infracción al deber de fidelidad.

Quinta Pregunta:

¿Considera Usted Factible la implementación de un mecanismo jurídico que garantice la indemnización del daño moral devenido del Adulterio, en pro de que se tutele eficazmente el derecho a la integridad moral de las personas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Tabla Nro. 5

VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	33	82,5%
NO	17	17,5%
TOTAL	40	100%

Ilustración 5



Fuente: Encuestas

Autor: Sergio Luis Peñarreta Gallardo

Análisis e Interpretación Quinta Pregunta

Según los resultados obtenidos de la quinta pregunta aplicada se evidencia que el 82,5% de los profesionales del derecho en libre ejercicio de la profesión están de acuerdo con la idea de que es necesaria la incorporación en la legislación ecuatoriana de un mecanismo jurídico específico que permita exigir judicialmente el resarcimiento pecuniario de los perjuicios ocasionados por el deterioro o menoscabo moral o psicológico generado en las personas a consecuencia del adulterio cometido por el cónyuge, criterio que es compartido, y que a la vez confirma firmemente la hipótesis propuesta para la realización del presente trabajo de investigación.

La realización del capítulo número 3 de la presente investigación, nos ha permitido determinar en primer lugar que la acción de daño moral contemplada en la normativa ecuatoriana está encaminada a tutelar el derecho a la integridad moral y psicológica garantizado por la Carta Magna ecuatoriana en concordancia a lo consagrado en varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos, los cuales disponen que todas las personas son titulares de estos derechos por el simple hecho de serlo, razón por la cual el Estado ecuatoriano está obligado a garantizar su fiel cumplimiento en favor de todas las personas, sin que exista ningún tipo de limitación para el eficaz ejercicio del mismo.

Circunstancia que, en lo correspondiente al daño moral devenido del adulterio cometido por uno de los cónyuges dentro del vínculo matrimonial, no se estaría cumpliendo a cabalidad, puesto que en la normativa ecuatoriana no existe un mecanismo y procedimiento que permita a las personas solicitar que las afecciones morales o psíquicas causadas por tal efecto, sean resarcidas por parte del cónyuge infiel.

Hecho que claramente limita y deteriora el ejercicio de este derecho por parte de los cónyuges que han sido víctimas de este tipo de daño, razón por lo cual resulta plenamente factible la incorporación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, de un mecanismo jurídico que permita exigir judicialmente el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por adulterio, criterio que ha sido ratificado por parte de los profesionales del derecho encuestados, quienes en

base a sus experiencias personales en el ejercicio de la profesión, han referido que a más de ser factible la regulación jurídica de los daños y perjuicios devenidos por el adulterio cometido dentro del vínculo matrimonial, resulta sumamente necesaria dicha circunstancia, para que la integridad física, moral y psíquica de los cónyuges sea tutelada y garantizada de forma eficaz como lo dispone la Constitución de la Republica y los tratados internacionales de Derechos Humanos.

CONCLUSIONES

Del análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial realizado en la presente investigación en relación al estudio de campo aplicado sobre los profesionales del derecho encuestados, se ha podido concluir lo siguiente:

- Las normas contempladas actualmente en el Código Civil ecuatoriano para el resarcimiento del daño moral, resultan insuficientes e ineficaces para solicitar la indemnización al cónyuge infiel, de los perjuicios generados sobre la moral, honra o psiquis del cónyuge agraviado por el adulterio cometido dentro del vínculo matrimonial.
- En legislaciones como la argentina, española y colombiana, ya existen casos en los que se ha otorgado indemnizaciones al cónyuge agraviado moralmente por el adulterio cometido dentro del vínculo matrimonial, al amparo de las disposiciones que regulan de forma general el resarcimiento del daño moral, es decir, sin que exista un mecanismo o procedimiento jurídico específico para tal efecto, circunstancia que aun cuando ha tenido ciertos resultados positivos en la protección de la integridad moral de estas personas, resulta muy limitada para garantizar el resarcimiento eficaz de los perjuicios morales devenidos del adulterio.

- En base a los resultados y criterios profesionales obtenidos del estudio de campo aplicado, en relación a la investigación bibliográfica y normativa realizada, se ha podido determinar que es totalmente factible la incorporación en la legislación ecuatoriana, de un mecanismo jurídico específico que garantice la indemnización de los daños morales ocasionados sobre las personas por el adulterio cometido dentro del vínculo matrimonial, siendo esta la alternativa más eficaz para que se tutele de manera íntegra el derecho a la dignidad y a la integridad moral de estas personas.

RECOMENDACIONES

En base a las conclusiones obtenidas de la realización del presente trabajo de investigación, se recomienda:

- Que se incorpore el deber de fidelidad en la legislación ecuatoriana, como una obligación legal de obligatorio cumplimiento por parte de ambos cónyuges durante el tiempo que dure el vínculo matrimonial, tal como se lo ha hecho en algunas legislaciones a nivel internacional.
- Que se incorpore en la legislación ecuatoriana un mecanismo jurídico y un procedimiento idóneo, que garantice la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el daño moral devenido del adulterio cometido por uno de los cónyuges dentro del vínculo matrimonial.
- Que se tome como referencia para tal efecto, las normas jurídicas contempladas en otras legislaciones para regular la figura del daño moral causado por el adulterio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- "Divorcio vincular", "T. c/ C. s/ divorcio vincular" (Sala III de lo Civil Y Comercial. 05 de Mayo de 2019).
- "Divorcio y daños y perjuicios", "S., J. J. c/ G., M. M. s/ Divorcio y daños y perjuicios". (Sala Civil H, Corte Suprema. 21 de Abril de 2016).
- Alberto Tamayo. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. . Buenos Aires-Argentina.: Ediciones Doctrina y Ley.
- Aldana Ofelia Nahim. (2021). *Divorcio y daño moral resarcible por causa de infidelidad*. Buenos Aires-Argentina: Tesis de Licenciatura.
- Alvaro Pérez Vives. (2015). *La Obligación Civil*. . Bogotá Colombia.: Doctrina y Ley.
- Ana María Arango. (2017). *La infidelidad y el incumplimiento de los deberes conyugales como causales de divorcio en Colombia*. Bogota-Colombia. : EaFIT.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Ginebra.: ONU.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi-Ecuador.: Lexis.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2020). *Código Civil Ecuatoriano*. Quito-Ecuador: Lexis.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2020). *Código Civil Ecuatoriano*. Quito-Ecuador: Lexis.
- Blanca Casado. (2016). El concepto del daño moral. Estudios doctrinales. RDUNED. *revista de derecho UNED*, 390-405.
- Burgueño Iburguen. (2015). *"Indemnización del Daño Moral causado a la pareja"*. Buenos Aires-Argentina: La Ley.
- Carlos Calvo Costa. (2015). Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial. *Revista de responsabilidad civil y seguros* , 173-184.
- Claudio Leiva. (2016). La noción de daño resarcible en el Código Civil y Comercial. *La Ley*, 653.

- Congreso de la República de Colombia. (2020). *Código Civil Colombiano*. Bogotá-Colombia : Temis. .
- Dalmacio Vélez Sarsfield. (2015). *Código Civil de la República Argentina* . Buenos Aires-Argentina : Ediciones del País.
- Diccionario de la Real Academia Española. (07 de Junio de 2022). *dpej.rae.es*. Obtenido de *dpej.rae.es*: <https://dpej.rae.es/lema/adulterio>
- Diccionario de la Real Academia Española. (24 de Mayo de 2022). *rae.es*. Obtenido de *rae.es*: <https://www.rae.es/dpd/indemnizar>
- Diccionario Etimologías de Chile. (07 de Junio de 2022). *etimologias.dechile.net*. Obtenido de *etimologias.dechile.net*: [http://etimologias.dechile.net/?adulterio#:~:text=La%20palabra%20adulterio%20proviene%20del,io%20\(efecto%20o%20resultado\)](http://etimologias.dechile.net/?adulterio#:~:text=La%20palabra%20adulterio%20proviene%20del,io%20(efecto%20o%20resultado)).
- Diccionario Etimologías de Chile. (29 de Junio de 2022). *etimologias.dechile.net*. Obtenido de *etimologias.dechile.net*: <http://etimologias.dechile.net/?dan.o>
- Edgardo Lopez Herrera. (2016). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires- Argentina.: LexisNexis.
- Elvia Lucia Flores. (2017). Evolución histórica del daño moral a daños punitivos en México. *Revista mexicana de historia del derecho* , 35-44.
- Flor Torres. (2018). La juridicidad del deber moral de fidelidad: Un análisis de su regulación en el Código Civil y Comercial argentino. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, 18-38.
- Guillermo Cabanellas. (1979). *Diccionario Jurídico Elemental*. . Buenos Aires-Argentina.: Heliasta. .
- Hernán Corral. (2017). Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil en la familia. *Ius et Praxis*, 136.
- Jorge Morales. (2016). *Derecho Civil Personas Tomo II*. Cuenca-Ecuador: UDA.
- Marcellino. (2016). *¿Son resarcibles las consecuencias no patrimoniales derivadas de la infidelidad de uno de los cónyuges en el C.C.C.N.?* Buenos Aires-Argentina: Thompson Reuters.

- Marcos Córdoba. (2017). "Reparación de daños por incumplimiento de deberes matrimoniales". *La Ley*, 47.
- Molina de Juan. (2014). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial*. Santa Fe.: Rubinzal Culzoni.
- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*. Costa Rica: ONU.
- Peláez Soto. (2017). *La infidelidad y el incumplimiento de los deberes conyugales como causales de divorcio en Colombia*. Bogotá-Colombia.: EaFit.
- Recurso de casación interpuesto por Carlos Ochoa Quezada , 234-CN-5463 (Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia 21 de Junio de 2007).
- Rocio María Miralles. (2020). *La procedencia de la reparación del daño moral por incumplimiento del deber moral de fidelidad*. Buenos Aires-Argentina.: uesiglo21.
- Rosario María Echevesti. (2018). Responsabilidad por daños en espectáculos públicos. *Revista Derechos en Acción*, 347.
- Sonia Baraldo. (2019). *DAÑO MORAL POR CAUSA DE INFIDELIDAD EN EL DIVORCIO*. Buenos Aires-Argentina: Siglo 21.
- Tapia Rodríguez. (2015). *Aproximación crítica a la indemnización de perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales*. Buenos Aires-Argentina.: Estudios de Derecho Civil .
- Xavier Abel Lluch. (2014). La prueba de la indemnización de los daños y perjuicios: daño emergente, lucro cesante y daño moral. *Práctica de tribunales. revista de derecho procesal civil y mercantil*, 26-56.
- Zarraluqui Sánchez. (2019). *La fidelidad conyugal, un deber evanescente*. Malaga-España: Legal.

ANEXOS



SERGIO LUIS PEÑARRETA GALLARDO portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **0705090280**. En calidad de autor y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación **“ANÁLISIS DEL DAÑO MORAL CAUSADO POR EL ADULTERIO EN EL MATRIMONIO”** de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, **28 de Julio de 2022**

F: 

SERGIO LUIS PEÑARRETA GALLARDO

C.I. 0705090280

CENTRO DE IDIOMAS

RESUMEN

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano actualmente la figura del daño moral contemplada en el Código Civil resulta inaplicable para solicitar el resarcimiento de los perjuicios generados a uno de los cónyuges cuando el otro ha incurrido en adulterio, esto debido a la inexistencia de un mecanismo jurídico que de forma expresa garantice la indemnización de daños y perjuicios en favor de quienes hayan sufrido afección o deterioro moral o psíquico a causa de infidelidad. Es por esto que la presente investigación está dirigida a analizar las normas jurídicas y fallos jurisprudenciales contemplados en Estados como España, Colombia y Argentina para garantizar la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios en favor de las personas que han sido víctimas de adulterio dentro del vínculo matrimonial, esto con la finalidad de sugerir la incorporación de un mecanismo encaminado a garantizar el resarcimiento de este tipo de daño en la legislación ecuatoriana. La investigación se desarrolló mediante un enfoque cualitativo, recabando diversas fuentes bibliográficas existentes sobre la temática planteada, esto sumado a la realización de un estudio de campo mediante la aplicación de encuestas a varios profesionales del derecho, todo esto con la finalidad de determinar la factibilidad de la incorporación del mencionado mecanismo jurídico en la normativa interna.

Palabras Clave: Daño Moral, Adulterio, Deber de Fidelidad, Indemnización, Resarcimiento, Daños y Perjuicios.

CENTRO DE IDIOMAS

ABSTRACT

In the Ecuadorian legal system, the figure of moral damages stated in the Civil Code is currently inapplicable to request the compensation of damages caused to one of the spouses when the other has committed adultery. It occurs due to the inexistence of a legal mechanism that expressly guarantees the compensation of damages in favor of those who have suffered moral or psychological affection or deterioration as a result of infidelity. This research analyzes the legal norms and jurisprudential rulings contemplated in States such as Spain, Colombia, and Argentina to guarantee the proceeding of the compensation of damages to those victims of adultery within the marriage bond, to suggest the incorporation of a mechanism aimed at guaranteeing the compensation of damages in the Ecuadorian legislation. The research was developed through a qualitative approach, collecting various existing bibliographical sources on the topic. It was elaborated a field study by applying surveys to several legal professionals. The results determined the feasibility of incorporating the aforementioned legal mechanism into the internal regulations.

Keywords: Moral Damage, Adultery, Duty of Fidelity, Indemnification, Compensation, Damages.

CENTRO DE IDIOMAS

Cuenca, 01 de agosto de 2022

EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL DOY FE Y SUSCRIBO

**Nicolle Salas Gómez
SECRETARIA (E) CENTRO DE IDIOMAS**



Cuenca, 28 de julio del 2022

Señor Doctor

Juan José Carrasco

DECANO (S) DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

De mis Consideraciones:

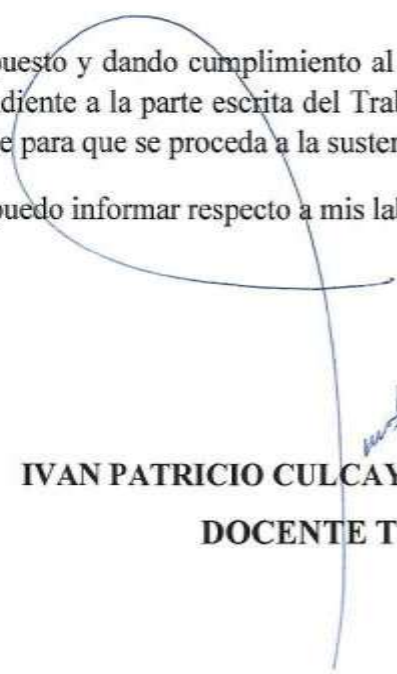
IVAN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO, docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutor del estudiante **SERGIO LUIS PEÑARRETA GALLARDO** con número de cédula **0705090280**, quien realizó su Trabajo de Titulación denominado "**ANÁLISIS DEL DAÑO MORAL CAUSADO POR EL ADULTERIO EN EL MATRIMONIO**", debo informar a usted que la mencionada investigación ha sido realizada bajo los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias correspondientes al área de Titulación de la Universidad Católica de Cuenca.

De acuerdo al Art. 10 literal C del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado y Programas de Posgrados de la Universidad Católica de Cuenca, previo a la sustentación y defensa el estudiante deberá presentar solicitud para revisión final del trabajo de titulación, dentro de este proceso se le asignaron docentes revisores quienes proporcionaron el criterio de **APROBADO** al antes mencionado Trabajo de Investigación.

Por lo antes expuesto y dando cumplimiento al Reglamento debo de asignar la nota de 40/40 correspondiente a la parte escrita del Trabajo de Titulación, además de emitir mi criterio favorable para que se proceda a la sustentación y defensa del mismo.

Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutor de mentado estudiante.

Atentamente:


IVAN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO
DOCENTE TUTOR

Cuenca, 28 de julio del 2022



LA SECRETARIA (E) DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

INFORMA:




Que **PEÑARRETA GALLARDO SERGIO LUIS C.C. 0705090280**, de la carrera de **DERECHO** modalidad Presencial, presentó su diseño de Trabajo de Investigación con el Título: **"ANÁLISIS DEL DAÑO MORAL CAUSADO POR EL ADULTERIO EN EL MATRIMONIO"**. Tutor: Dr. Iván Culcay Villavicencio, Mgs, el mismo que fue aprobado en Sesión de Consejo Directivo de fecha **28 de abril de 2022**, previo a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República.

Es todo cuanto puedo informar en honor a la verdad remitiéndome, de ser necesario, a los archivos que reposan a mi cargo.

Cuenca, 28 de julio de 2022.


ABG. FLOR CASTILLO VILLAVICENCIO



Elaborado por:	Ing. Nancy Molina Rivera	
Revisado por:	Abg. Flor Castillo Villavicencio	
Autorizado por:	Abg. Flor Castillo Villavicencio	



Cuenca, 28 de julio del 2022

LA UNIDAD DE TITULACIÓN DE LA CARRERA DE DERECHO MATRIZ

Certifica que:

El informe de originalidad TURNITIN correspondiente a la segunda revisión de la investigación realizada por el estudiante **SERGIO LUIS PEÑARRETA GALLARDO** con número de cédula 0705090280, titulado "**ANÁLISIS DEL DAÑO MORAL CAUSADO POR EL ADULTERIO EN EL MATRIMONIO**", indica un 2% de índice de similitud.

Para los fines legales pertinentes,

Atentamente,



Dr. Carlos Fajardo Romero, MGS.
**UNIDAD DE TITULACIÓN
CARRERA DERECHO**