



UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CUENCA

## **UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

### **UNIDAD ACADÉMICA CIENCIAS SOCIALES**

#### **CARRERA DE DERECHO**

##### **TEMA:**

**LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA EN UN JUICIO DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE ADULTERIO FRENTE AL DERECHO DE INTIMIDAD DE UNA DE LAS PARTES PROCESADAS**

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

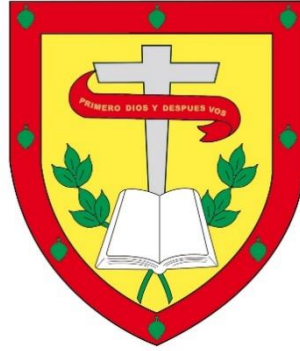
**AUTORAS: JÉSSICA GABRIELA TELLO LOJA**

**DAYSE MARGARITA PERERO MORALES**

**DIRECTOR: DR. IVÁN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO, Mgs  
CUENCA - ECUADOR**

**2022**

**DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**  
*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*  
**UNIDAD ACADÉMICA CIENCIAS SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA EN UN JUICIO DE DIVORCIO  
POR LA CAUSAL DE ADULTERIO FRENTE AL DERECHO DE  
INTIMIDAD DE UNA DE LAS PARTES PROCESADAS

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN  
DEL TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE  
JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.**

**AUTORAS: JÉSSICA GABRIELA TELLO LOJA**

**DAYSE MARGARITA PERERO MORALES**

**DIRECTOR: DR. IVÁN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO, Mgs**  
**CUENCA - ECUADOR**

**2022**

**DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO**

# DECLARATORIA Y AUTORIA



Universidad  
Católica  
de Cuenca

## DECLARATORIA DE AUTORÍA Y RESPONSABILIDAD

CÓDIGO: F – DB – 34  
VERSION: 01  
FECHA: 2021-04-15  
Página 1 de 1

### Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

Jéssica Gabriela Tello Loja, Dayse Margarita Perero Morales portador(a) de la cédula de ciudadanía N° 1400517718, 2400258337. Declaro ser el autor de la obra: “**LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA EN UN JUICIO DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE ADULTERIO FRENTE AL DERECHO DE INTIMIDAD DE UNA DE LAS PARTES PROCESADAS**”, sobre la cual nos hacemos responsables 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, **19 de abril de 2022**

F: 

Jéssica Gabriela Tello Loja

C.I. 1400517718

F: 

Dayse Margarita Perero Morales

C.I. 2400258337

# CERTIFICADO DEL TUTOR



## CERTIFICO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por **Jéssica Gabriela Tello Loja, Dayse Margarita Perero Morales**, con el Tema **"LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA EN UN JUICIO DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE ADULTERIO FRENTE AL DERECHO DE INTIMIDAD DE UNA DE LAS PARTES PROCESADAS"**, bajo mi supervisión.

  
\_\_\_\_\_  
**DR. IVÁN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO, MGS.**  
**DOCENTE TUTOR**

## **Dedicatoria**

El presente trabajo de investigación lo dedico principalmente a Dios por ser mi fuente de inspiración y fuerza durante todos estos años, a mis amados padres, quienes mediante su ejemplo y apoyo incondicional han inculcado en mí valores como la responsabilidad, amor, perseverancia y sobre todo han depositado su confianza en mí para conseguir este logro académico que con mucho esfuerzo lo lograré.

Jéssica Gabriela Tello Loja.

## **Dedicatoria**

El presente trabajo de investigación lo dedico en primer lugar a Dios por haberme brindado una familia tan comprensiva y amorosa quienes me han apoyado siempre en cada decisión en mi vida especialmente para conseguir este logro académico que con tanto esfuerzo y dedicación podré conseguirlo. A mi querida madre que con cada lección de vida me enseña a ser una persona fuerte y capaz de vencer cada adversidad y estar siempre conmigo.

Dayse Margarita Perero Morales.

## **Agradecimiento**

Agradezco a Dios por darme los mejores padres que me han enseñado con su amor cada lección de vida, a mi padre que físicamente no se encuentra en este mundo material, pero en el tiempo que estuvo presente me brindo todo su amor, comprensión y sus conocimientos para poderme superar en esta vida y de manera especial a mi madre que día a día con su amor incondicional me enseña a ser mejor persona.

Jéssica Gabriela Tello Loja.

## **Agradecimiento**

Mi más sincera gratitud a Dios y especialmente a mi padre quien es mi referente especial y sobre todo mi ejemplo a seguir en la vida demostrándome que con perseverancia y mucho sacrificio no existen límites en la vida para cumplir cada meta que me proponga alcanzar.

Dayse Margarita Perero Morales.

## Resumen

En el caso de un litigio por divorcio en donde el adulterio sea la causal, es necesario presentar pruebas que sustenten el reclamo, por ende, esto implicaría exponer la vida sexual del cónyuge adúltero, vulnerando un derecho fundamental del ser humano como es el derecho a la intimidad, cuya base y aspectos de protección buscan precisamente que aspectos íntimos de la información de las personas, como sus prácticas religiosas, sexuales, políticas, filosóficas, etc., no sean públicos. Es por esto que, el principal objetivo de la investigación fue determinar si la obtención de la prueba en un juicio de divorcio por adulterio de una de las partes vulnera el derecho a la intimidad de la otra. La metodología utilizada fue de carácter cualitativo, en donde se empleó el método analítico y el método documental. Se concluye que, el adulterio en el Ecuador se encuentra normado como una causal para la disolución del vínculo matrimonial en el Código Civil, sin embargo, existe una gran dificultad a la hora de probar fehacientemente el hecho en un juicio de divorcio, debido a que para la obtención de la prueba conjetural que exige el Código Civil se estaría necesariamente transgrediendo derechos humanos básicos y reconocidos por la Constitución de la República de una de las dos partes.

**Palabras Clave:** Adulterio, divorcio, intimidad personal, matrimonio, COGEP

## **Abstract**

In the case of divorce litigation, where adultery is the cause, it is necessary to present evidence to support the claim. Therefore, this would imply exposing the sexual life of the adulterous spouse, violating a fundamental human right such as the right to privacy, whose basis and aspects of protection seek precisely that intimate aspects of the information of people, such as their religious, sexual, political, philosophical practices, etc., are not public. Then, the main objective of the research was to determine whether obtaining evidence in a divorce trial for adultery of one of the parties violates the right to privacy of the other party. The methodology used was qualitative, using the analytical and documentary methods. The conclusion is that adultery in Ecuador is regulated as a cause for the dissolution of a marriage bond in the Civil Code. However, there is great difficulty in proving the fact in a divorce trial because obtaining the conjectural evidence required by the Civil Code would necessarily be transgressing fundamental human rights recognized by the Constitution of the Republic of one of the two parties.

**Key word:** Adultery, divorce, personal intimacy, marriage, COGEP.

## Índice

DECLARATORIA Y AUTORIA .....	I
CERTIFICADO DEL TUTOR .....	II
Dedicatoria.....	III
Dedicatoria.....	IV
Agradecimiento.....	V
Agradecimiento.....	VI
Resumen.....	VII
Palabras Clave .....	VII
Abstract.....	VIII
Key word: .....	VIII
Índice .....	IX
Índice de tablas.....	XI
Introducción .....	1
Capítulo I Alcance del derecho a la intimidad de una persona y su afectación en la obtención de la prueba controvertida.....	4
1.1. Adulterio .....	4
1.2. El adulterio como causal de divorcio .....	6
1.3. Prueba Judicial.....	7
1.4. Principios de la prueba .....	8
1.4.1 Principio de inmediación.....	8
1.4.2 Principio de formalidad y legitimidad de la prueba.....	9
1.4.3 Principio de contradicción.....	10

1.4.4	Principio de unidad de la prueba .....	11
1.4.5	Principio de imparcialidad.....	12
1.5.	La prueba en el Código Orgánico General de Procesos.....	12
1.5.1	Normas generales aplicables a la prueba .....	13
1.5.2	Valoración de las pruebas .....	16
1.5.3	Reglas de la sana crítica .....	17
1.6.	El derecho a la intimidad frente a la obtención de la prueba controvertida.....	18
Capítulo II Motivos de la ineficacia de la prueba en el juicio de adulterio como causal de divorcio en la legislación ecuatoriana. ....		24
2.1.	Medios probatorios.....	24
2.1.1	Prueba testimonial .....	25
2.1.2	Prueba documental.....	28
2.1.3	Prueba pericial .....	31
2.1.4	Inspección Judicial.....	33
2.2.	Intimidad Personal .....	34
2.3.	La familia y el derecho a la intimidad.....	41
2.4.	Análisis jurisprudencial sobre las pruebas aplicables al adulterio como causal de divorcio.....	42
2.4.1	Juicio No. 152-2012SDP .....	46
2.4.2	Juicio No. 0134-2014.....	50
2.5.	El divorcio por adulterio y el derecho a la intimidad .....	54
Capítulo III Derecho comparado.....		60
3.1	Legislación peruana .....	60

3.2	Legislación boliviana.....	62
3.3	Legislación colombiana.....	64
3.4	Comparación de las legislaciones. ....	67
	Conclusiones .....	72
	Recomendaciones.....	77
	Bibliografía.....	79
	ANEXOS.....	84

## Índice de tablas

<b>Tabla 1.</b>	Normas generables aplicables a las pruebas .....	13
<b>Tabla 2.</b>	Normas generables aplicables a la prueba testimonial .....	26
<b>Tabla 3.</b>	Normas generables aplicables a la prueba documental.....	28
<b>Tabla 4.</b>	Ficha jurisprudencial. Juicio No. 152-2012SDP.....	46
<b>Tabla 3.</b>	Ficha jurisprudencial. Juicio No. 0134-2014 .....	50
<b>Tabla 4</b>	Comparación de las legislaciones.....	67
<b>Tabla 5</b>	Comparación de los procesos probatorios .....	69

## **Introducción**

El Ecuador como Estado debidamente organizado que se rige por normas establecidas a través del derecho positivo, derecho que se ejerce en las distintas funciones del Estado establecidas por la Constitución, pero que recae mayoritariamente en la Función Legislativa la cual se encarga de regular el comportamiento de la sociedad a través de las leyes, con el fin de garantizar una convivencia pacífica y armoniosa en la sociedad. Esta área del buen vivir se interpreta como una relación entre los individuos que componen la sociedad con una ética, moral y estricto respeto a las leyes que se enmarcan en el Estado.

La institución del divorcio tiene su origen en el derecho romano, conocido por la voz latina "Divortium", históricamente se han acentuado dos marcadas tendencias, en virtud de las cuales se pretende sostener el divorcio como un medio legalmente válido para la culminación del vínculo matrimonial, que se conoce como: sancionar el divorcio y remediar el divorcio. La doctrina coincide en que la idea fundamental del divorcio remedial es que el divorcio no se concibe como una sanción (cónyuge culpable y cónyuge inocente) atribuida a uno de los cónyuges por incumplimiento de sus deberes maritales, sino propiamente como una salida, reservada para casos en que el conflicto ha alcanzado tal grado de agravación que hace imposible la vida conyugal.

El Código Civil Ecuatoriano en su artículo 110, sobre las causales de divorcio, establece el adulterio de uno de los cónyuges como uno de ellos, además el primero. La culminación del vínculo matrimonial con causa implica el inicio de una acción judicial, que según el Código Orgánico General de Procesos será por vía sumaria, durante la cual se deberá acreditar la existencia de esta causa a fin de proceda la sentencia de divorcio. El hecho es que, al tener que acreditar esta acción en el proceso, a través de la prueba conjetural o indiciaria en este caso, la vida sexual

íntima de quién la cometió será expuesta como un hecho público, así como la vida íntima de la familia, hechos que, vulnerarían el derecho a la intimidad de las personas involucradas, especialmente del cónyuge adúltero. Por ende, cabe señalar que el derecho a la privacidad está reconocido como un derecho humano elemental tanto en la Constitución del Ecuador como en la Comunidad Internacional.

Consecuentemente se entiende por adulterio la relación carnal ilegítima que mantiene el hombre o la mujer fuera de su vínculo conyugal, por consiguiente, lo que se sanciona es la falta de fidelidad del cónyuge adúltero hacia su consorte, es decir, las relaciones sexuales extramatrimoniales. En primera instancia no se le da la relevancia como una posibilidad para exigir la disolución del vínculo matrimonial, pero en la actualidad merece cierta atención el hecho de que sobresale como uno de los motivos más usuales por lo que las personas desisten de seguir casadas, sin embargo, no es una causal de uso frecuente por lo inverosímil que resulta la obtención de la prueba.

Bajo esta percepción, dado el caso de un juicio de divorcio por esta causal, será necesario presentar pruebas que sustenten el reclamo, esto sin duda implicaría exponer la vida sexual de la persona involucrada, es decir del cónyuge adúltero, por ende, esto llevaría indudablemente a la vulneración de un derecho fundamental del ser humano, el derecho a la intimidad, cuya finalidad busca precisamente cuidar de la vida íntima y personal de cada individuo de la injerencia de los demás.

Por ello, el objeto de estudio de la investigación propuesta se enmarca en el área del Derecho procesal, debido a que se requiere abordar la obtención de la prueba en un juicio de divorcio por la causal de adulterio frente al derecho de intimidad de una de las partes procesadas en la legislación ecuatoriana con la finalidad de aclarar los elementos normativos y doctrinarios inmersos. La hipótesis que la investigación trata de probar es que si la obtención de la prueba controvertida en el adulterio como causal

de divorcio transgrede el derecho a la intimidad de una de las partes procesadas.

Finalmente, el objetivo general o puntual de la investigación realizada fue determinar si la obtención de la prueba en un juicio de divorcio por adulterio de una de las partes vulnera el derecho a la intimidad de la otra. Consecuentemente para llegar a comprobar dicho objetivo fue necesario abordar los siguientes objetivos específicos: definir el alcance del derecho a la intimidad de una persona y su afectación en la obtención de la prueba controvertida; determinar los motivos de la ineficacia del adulterio como causal de divorcio en la legislación Ecuatoriana, y, por último, realizar un estudio comparativo sobre cómo se regula el término adulterio en las legislaciones de los países que integran la Comunidad Andina.

## Capítulo I

### Alcance del derecho a la intimidad de una persona y su afectación en la obtención de la prueba controvertida.

#### 1.1. Adulterio

El adulterio se produce por mantener relaciones sexuales libre y voluntariamente con otra persona que no es su cónyuge, instituyendo así una causal de divorcio establecida en el numeral 1 del artículo 110 del Código Civil Ecuatoriano, citado anteriormente, pudiendo así con esta concluir el vínculo matrimonial que legalmente ambos cónyuges contrajeron libremente.

Este acto sexual realizado por uno de los cónyuges, es un incumplimiento total de las obligaciones legales y morales que adquirieron al momento de casarse. Debido a su complejidad en la obtención de la prueba, se debe ser muy minucioso en cada parte del proceso legal.

El adulterio consiste en mantener relaciones sexuales por parte de uno de los cónyuges con una tercera persona que no es su cónyuge. Esta sería una causa inculpatoria y perentoria que daría lugar a la disolución del vínculo matrimonial, que surge de la falta al deber de fidelidad, debido a que, al momento de contraer matrimonio los cónyuges adquirieron tanto derechos como obligaciones, entre ellos un derecho-deber moral: deber de fidelidad, que otorga a los cónyuges la exclusividad de mantener relaciones sexuales entre sí. Por ende, la falta a este deber trae como consecuencia la inestabilidad familiar. El deber de fidelidad se entiende como el respeto que existe entre ambos cónyuges, por esto desde cualquier perspectiva tanto moral como jurídica el adulterio del hombre es tan repudiable como el cometido por parte de la mujer; ya que cuestiona el principio *pater is est* y, con ello, quizás, la introducción de un extraño en la familia (Alanya & Aliaga, 2018)

En base a lo que el autor señala, se puede mencionar que, el adulterio puede definirse como el contacto sexual intencionado entre dos personas que no están casadas entre sí según la ley. En otras palabras, el adulterio es una relación física sexual entre una persona casada y una que no es su cónyuge.

Por lo tanto, la fidelidad que debe existir entre los cónyuges, es primordial para constituir un matrimonio en armonía que no existía la inestabilidad entre ambos cónyuges. En definitiva, el adulterio es una trasgresión directa a la concepción de fidelidad que mantiene el matrimonio monogámico.

En la época antigua fue objeto de críticas y controversias, sin embargo, en este periodo la sanción contra el adulterio no fue muy rigurosa hacia los hombres, aunque si lo fue con las mujeres. En la actualidad, con la creación de las nuevas leyes la parte accionante es quién establece una demanda contra el cónyuge adúltero para disolver el vínculo matrimonial, sin importar el género de quién presente la demanda, igualando así las condiciones legales que en la época antigua solo beneficiaban al sexo masculino, el adulterio es una perniciosa violación para cualquiera de las partes. Es un error señalar que el adulterio no tiene el mismo concepto que la infidelidad, ya que el primero implica inexorablemente el acto sexual, mientras que la infidelidad no necesariamente. El adulterio es, de hecho, una violación de un acuerdo legal que, además de atentar contra las consignas legislativas, atenta contra la integridad emocional de la víctima por la incertidumbre que genera esta situación. (Toaquiza, 2018).

Es así que, se puede mencionar que, históricamente, muchas culturas consideraban el adulterio como un delito muy grave, en algunos casos, sujeto a severos castigos, normalmente para la mujer y a veces para el hombre, con penas que incluían la pena capital, la mutilación o la tortura. Estos castigos han ido cayendo en desgracia, especialmente en los países

occidentales. En los países en los que el adulterio sigue siendo un delito, los castigos van desde las multas hasta los azotes e incluso la pena capital.

Probablemente uno de los problemas más controvertidos que ha tenido que afrontar la humanidad en su tránsito por sus diferentes periodos históricos hasta la actualidad es el de la infidelidad conyugal. Ha de ser considerado un problema debatido ya que se construye, entre muchos otros factores clave, sobre un pilar básico de la cultura: la sexualidad, cataclismo iniciático de la aventura humana, con significados divididos para hombres y mujeres, que anclan en el Figura de Eva, causa de la "perdición" del hombre hasta hoy, confirmada en los marcos de la Literatura, la Historia, la Mitología, la Religión, la Ciencia e incluso coercitivamente, por el Derecho. La infidelidad conyugal constituye un fenómeno muy complejo, en cuyo origen, si asumimos la teoría engelsiana de la formación de la familia, la propiedad privada y el Estado, encontramos la base del rumbo tomado por el fenómeno como construcción sociocultural que legitima y estigmatiza de forma diferenciada para hombres y mujeres respectivamente. Se podría decir que es un apéndice del orden social establecido por el patriarcado (Hernández García & Pérez Gallo, 2007, pág. 77).

## **1.2. El adulterio como causal de divorcio**

En nuestra legislación ecuatoriana, el adulterio es la primera causal de disolución del vínculo matrimonial entre los cónyuges, está establecido en el artículo 110, numeral 1 del Código Civil Ecuatoriano (2019).

El adulterio tendrá dos características básicas que son:

- Que la relación sexual se produzca con una persona distinta de su cónyuge.
- La voluntad del cónyuge que, aun estando casado, decide libremente cometer el acto sexual.

En el matrimonio, una de las principales obligaciones que adquirirán los cónyuges será la fidelidad mutua, es por ello que, al cometer el acto de adulterio, el cónyuge afectado tiene derecho a interponer una

demanda de divorcio por la citada causa, acreditando que su cónyuge ha mantenido relaciones sexuales con una persona distinta, y con la voluntad de que, a pesar de estar casado, decidió cometer la causal de adulterio (Mora, 2020).

### **1.3. Prueba Judicial**

La prueba judicial debe tener validez jurídica en su obtención, para que el juzgador considere pertinente y valida esta prueba en el proceso legal que está en desarrollo. Debe ser clara y precisa en los hechos que se pretende demostrar en un juicio y poder así llevar al convencimiento total del Juez.

Para que el adulterio sea una causal en un proceso de divorcio se debe demostrar que uno de los cónyuges mantuvo relaciones sexuales con otra persona que no sea su cónyuge. La complejidad de la obtención de la prueba surge si al momento de exhibir las pruebas que certifiquen que realmente hubo este acto sexual, vulnera el derecho a la intimidad de una de las partes procesadas

Dentro de la clasificación de la prueba judicial, según su contradicción, se encuentran las pruebas controvertidas, que son aquellas que han sido presentadas a la parte contraria precisamente para ser objeto de debate. Por tanto, si esta prueba no ha sido debidamente controvertida en un proceso judicial, no se podrá dictar sentencia, ya que ello estaría actuando en contra del derecho a la defensa y al debido proceso (Escobar, 2010).

A esta definición brindada por el autor, es necesario enfatizar la importancia de la carga de la prueba, misma que, es deber de la parte accionante probar la afirmación objeto de la controversia, es decir, debe aportar pruebas suficientes sobre la veracidad de los hechos para llevar al

convencimiento y persuasión al juzgador de que se dicte una sentencia favorable dentro del proceso judicial.

## **1.4. Principios de la prueba**

La prueba es de gran importancia para el esclarecimiento de la verdad que debe ser probada por las partes y presentada ante el juez competente, para que después de analizarla, establezca la existencia de los hechos y pueda, a través de la sana crítica, dictar sentencia.

### **1.4.1 Principio de inmediación**

Dentro del documento generado por Lauch (2012), respecto a este principio, se explica que:

En sentido amplio, se refiere a la presencia judicial en la práctica de las pruebas, como requisito de formalidad o seriedad; y b) en sentido estricto, alude al contacto directo del juez con las fuentes de prueba, de manera que el juez que ha presenciado la prueba sea el mismo que dicte la sentencia (p.209).

Es por ello que el principio de inmediación se refiere a la presencia del juez en la práctica de la prueba, siendo una de las formalidades que se requiere en el proceso legal, donde el juez que conoce la causa y frente a quién se realiza la práctica de la prueba por las partes procesales, será el mismo quien analizará y dictará sentencia.

En este mismo orden de ideas, se alude al principio de inmediación, tal como ha sido establecido en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP):

Artículo 6. La o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso. Solo podrán delegar las diligencias que deban celebrarse en territorio distinto al de su competencia. Las audiencias que

no sean conducidas por la o el juzgador serán nulas (Código Orgánico General de Procesos, 2015, p. 3).

De tal manera que la percepción por parte del juzgador a través de sus sentidos de los elementos probatorios incorporados a juicio con el fin de demostrar la veracidad de los hechos que se alegan resulta ser fundamental, estableciendo la legislación procesal las debidas excepciones y con la salvedad de que aquellas pruebas que se evacuen o prescriban al margen del administrador de justicia serán nulas por hallarse vicios de ilegalidad, conforme a la Constitución y el señalado Código.

De acuerdo a las normativas legales el principio de inmediación tendrá las siguientes características:

- Por medio del principio de inmediación se cumplirá el debido proceso.
- Se contará con la presencia de las partes procesales en la evacuación de la prueba.
- En los procesos judiciales la práctica de la prueba será realizada con el juez o jueza que conozca la causa.

#### ***1.4.2 Principio de formalidad y legitimidad de la prueba***

La prueba no puede ser inducida en el proceso al solo arbitrio de las partes, sino que se convierte en un requisito indispensable, que sea practicada legalmente.

Todo proceso judicial está estructurado por la ley, de la misma manera para que la prueba se incorpore y luego se practique en el proceso, se realizará de acuerdo a lo establecido en la normativa legal, si no se cumplen los requisitos determinados, la prueba carecerá de validez

y eficacia, y el principio de legalidad no estará garantizado de esta manera. El juez es quien dirige la audiencia, y será responsable de que la prueba anunciada, practicada y evacuada se desarrolle conforme a lo dispuesto en la ley (Mora, 2020).

Es entendido a través de las premisas establecidas por el COGEP, que la admisibilidad de la prueba, requiere como requisitos de validez la pertinencia, la utilidad y la conducencia de la misma, tal como lo refiere el artículo 160 y que será analizado oportunamente. La obtención de las pruebas deberá carecer de dolo alguno (Ramírez, 2017).

En este sentido, la presentación y admisibilidad de las pruebas deben estar revestidas de formalismos y apegadas a la legalidad, por cuanto su consecución no debe atender a intereses parcializados ni vulnerar por si mismos otros derechos constitucionales.

### **1.4.3 Principio de contradicción**

El principio de contradicción será la oportunidad que tendrá cada una de las partes en un proceso judicial para poder debatir de manera fundada sobre la prueba presentada por la parte contraria, la cual será dirigida por el juez competente a través de un sistema oral. Su objetivo será el derecho de la parte contraria a conocer de antemano las pruebas que se debatirán en una audiencia para analizarlas y actuar conforme a derecho y de acuerdo con el principio de contradicción (Mora, 2020).

Del mismo modo, las partes tienen derecho a conocer de manera oportuna las pruebas que han sido incorporadas al juicio y que deberán

ser practicadas conforme a derecho, de tal manera que las mismas pueden hacer oposición o contradicción de las pruebas en cuestión (Ramírez, 2017).

De tal manera que el principio de la contradicción permite a las partes manifestar su disconformidad ante la incorporación en juicio de pruebas que consideren que vulneran sus derechos constitucionales, por tal motivo, las partes deben promover las pruebas en el momento de la presentación de la demanda, la contestación o reconvención, lo cual le permite a las partes imponerse de actas y tener acceso a su contenido para tener la oportunidad de oponerse o contradecir la pertinencia legal de las mismas.

#### ***1.4.4 Principio de unidad de la prueba***

Para dictar sentencia, el juez debe apreciar todas las pruebas documentales, testimoniales, periciales y de inspección judicial que se practiquen en el proceso judicial, y analizando sus concordancias y discordancias y con base en la sana crítica, formará una unidad probatoria, que lo llevará a dictar sentencia (Mora, 2020).

Este aspecto es referido por Ramírez (2017) en el sentido de que la presentación de un conjunto de pruebas no pueden ser valoradas en partes, de manera que resulte conveniente para una de las partes, y que trae como consecuencia la comunidad de la prueba que impide el desistimiento de las pruebas practicadas, de tal manera que una vez incorporadas a juicio, la misma debe ser valorada y motivada por el juzgador y en ningún caso pueden desistir de ellas.

En este sentido, la prueba promovida y evacuada constituye un todo que debe ser valorada suficientemente por el administrador de justicia, sin embargo, es de considerar que la unidad de la prueba implica además la improcedencia del desistimiento, aunque, en audiencia preliminar las partes podría solicitar el retiro de las pruebas, siempre que ambas estén de acuerdo en ello.

#### ***1.4.5 Principio de imparcialidad***

El principio de imparcialidad es llevado a cabo por el juez en el proceso judicial, quien dirigirá imparcialmente las pruebas que las partes procesales produzcan en la audiencia, así como las pruebas que solicite de oficio deben realizarse respetando el principio de imparcialidad, con el único fin de llegar a la convicción de un hecho para poder dictar sentencia (Mora, 2020).

Del mismo modo, indica Ramírez (2017) que el administrador de justicia en este caso representa al director del proceso en el cual se ejecutan las pruebas, pudiendo además ordenar de oficio la ejecución que considere pertinente. De esta manera, es el juzgador quien indica lo conducente para asegurarse de manera íntegra que la evacuación de las pruebas se lleve con la mejor objetividad posible dentro del proceso judicial.

### **1.5. La prueba en el Código Orgánico General de Procesos**

### 1.5.1 Normas generales aplicables a la prueba

Para realizar un análisis minucioso de las generalidades que han sido dispuestas por el legislador en torno a la prueba en el ámbito procesal civil, se establece de forma sistemática en la tabla 1 la normativa de derecho positivo de la siguiente forma:

**Tabla 1.**  
*Normas generables aplicables a las pruebas*

Generalidades	Contenido normativo
Oportunidad de presentación de las pruebas (artículo 159 COGEP)	<p>La prueba documental deberá ser anexada a la demanda, contestación o reconvencción.</p> <p>Si las partes no pueden tener acceso a ellas en el momento de la demanda, contestación o reconvencción, deberán ser anunciadas en el mismo acto.</p> <p>Si las pruebas invocadas no están en poder de las partes procesales, deberá ser solicitada por vía judicial, conforme a las normas procesales.</p>
Admisibilidad de la prueba (artículo 160 COGEP)	<p>La prueba deberá cumplir con tres requisitos indispensables: Pertinencia, utilidad y conducencia.</p> <p>Su aplicación debe ser legal, leal y verás.</p> <p>Debe ser aplicada con imparcialidad en la búsqueda de la verdad.</p>

---

Debe estar ajustada a derecho y su aplicación contraria a la Constitución será motivo de su improcedencia.

Para la eficacia probatoria, las mismas deberán ser obtenidas sin que medie dolo, coerción, soborno y debe admitir contradicción.

La inadmisibilidad de una prueba es apelable.

La prueba debe ser conducente y pertinente (artículo 161 COGEP) Su conducencia radica en que su contenido intrínseco sea apto para la comprobación de los hechos de manera directa o indirectamente.

La prueba debe ser necesaria (artículo 162 COGEP) Debe servir para evidenciar los hechos alegados.

Los hechos conocidos por el juzgador no constituyen prueba.

---

*Nota:* Elaboración a partir del COGEP (2015).

El análisis realizado sobre la normativa del COGEP respecto de las generalidades de las pruebas indican que el momento oportuno para incorporar pruebas documentales a juicio es en el momento en que las partes introducen el libelo de la demanda, o bien, en el momento de la contestación o reconvenición, exceptuando los casos en los cuales las pruebas no se encuentren en manos de las partes, o que las mismas no tengan acceso a ellas, ya sea por formar parte de otro litigio, por ejemplo, o por emanar de un ente público. En todo caso, la oportunidad de

incorporarla a juicio es a través de su anuncio legal, realizado con el fin de que el organismo judicial pueda ordenar su evacuación pertinente, pudiendo ser practicadas de manera oral en la ejecución del juicio conforme al debido proceso.

Del mismo modo, indica la ley, que la prueba debe ser conducente y pertinente, de tal manera que no es admisible en juicio, elementos probatorios que no se refieran al tema de litigio y cuyos efectos tiendan a esclarecer o demostrar los hechos que se investigan, en el caso que se estudia, deberán referirse concretamente a demostrar de manera directa o indirecta la existencia de adulterio para que opere como causa de divorcio contencioso, según lo dispuesto en el Código Civil vigente.

Igualmente, las pruebas deben ser presentadas atendiendo a una necesidad, que es la comprobación de los hechos que se alegan, sin perder de vista que las mismas deben ser pertinentes, útiles y conducentes y que las mismas deben ser practicadas dentro de los límites legales con lealtad y veracidad. De tal manera que aquellas pruebas que sean presentadas y obtenidas a través de medios fraudulentos o ilícitos, contrarias a la moral y las buenas costumbres, y que sean obtenidas por medio de amenazas o constreñimiento ni físico ni moral.

Además, resulta pertinente aclarar, que existen hechos que por sí mismos o de la autoridad de la cual emanan no ameritan ser probados, en tal sentido, indica el COGEP:

Artículo 163. (...) 1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción o los que se determinen en la audiencia preliminar. 2. Los hechos imposibles. 3. Los hechos notorios o públicamente evidentes. 4. Los hechos que la ley presume de derecho (Código Orgánico General de Procesos, 2015, p. 40).

En sí, las pruebas que sean presentadas por una parte y sean admitidas por la otra, así como aquellos que según su naturaleza sean imposibles de ser ejecutados, aquellos hechos que constituyen circunstancias públicas y notorias, así como aquellas que son presumibles de pleno derecho, constituyen hechos probatorios que no requieren ser probados, por disposición expresa de la ley.

### **1.5.2 Valoración de las pruebas**

En el ámbito civil, las pruebas deben ser valoradas, conforme a lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), según lo establecido de la siguiente manera:

Artículo 164. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión (Código Orgánico General de Procesos, 2015, p. 40).

En este orden de ideas, la legislación indica que la apreciación de la prueba por parte del administrador de justicia radica en primero lugar, en que las mismas sean incorporadas o solicitadas en el momento oportuno, y como ya se había analizado anteriormente, las mismas deberán ser anexadas o anunciadas en el momento de incoar la demanda, la contestación o reconvención.

Del mismo modo, se analiza un aspecto muy importante en cuando a la valoración de las pruebas, y es el hecho de que las mismas son indivisibles en su apreciación, de esta manera, el juzgador no podrá decidir, ni las partes podrán solicitar la valoración parcial de las pruebas presentadas o anunciadas en juicio en su momento oportuno, ya que la norma expresa claramente que “deben ser apreciada en su conjunto”. En importante la apreciación de las reglas de la sana crítica, así como los elementos formales que deberán acompañar a su valoración, y en este sentido, el juzgador deberá pronunciarse respecto de las pruebas, justificando su decisión.

### ***1.5.3 Reglas de la sana crítica***

Las reglas de la sana crítica permiten la conformación de un criterio ajustado a derecho para la apreciación y valoración correcta de la interpretación y juicios acertado y lógico por parte del juzgador, tomando en cuenta su sano razonamiento basado en sus conocimientos o fundamentos empíricos a través de los cuales deberá motivar las decisiones que tenga a bien tomar (Ramírez, 2017).

De tal manera que las reglas de la sana crítica permiten al juzgador adoptar posturas imparciales y justas al momento de valorar una determinada prueba, haciendo posible la aplicación objetiva de los principios procesales, limitando la arbitrariedad a través del empleo de las máximas de experiencia y la lógica, las cuales se conjugan para darle sentido a la evolución de las normativas de derecho positivo, conforme se genera el desarrollo social, político o económico de la nación.

#### **1.6. El derecho a la intimidad frente a la obtención de la prueba controvertida.**

El derecho a la intimidad es un derecho humano fundamental, constitucionalmente reconocido, en virtud del cual el ser humano tiene la facultad de compartir o no a otras personas determinados aspectos de su vida privada. Por tanto, este derecho nos otorga la libertad de decidir qué información personal queremos compartir con las demás personas de nuestro entorno social, familiar, laboral, etc. Es decir, este derecho protege la vida privada de todo individuo al reconocer la imperiosa necesidad de conservar su intimidad con la mínima intromisión de los demás, con el fin de salvaguardar su paz interior, tranquilidad mental como espiritual y al mismo tiempo el desarrollo de su personalidad.

Si atendemos a las formalidades de las cuales deben estar revestidas las pruebas presentadas en el juicio contencioso por adulterio, se alude a la pertinencia, la utilidad y la conducencia, de tal manera, que el legislador no debe suponer o presumir que el adulterio se ha consumado a través del coito, en consecuencia, demostrar a través de los

diferentes medios probatorios que la prueba es pertinente, que es útil y que conduce sin lugar a dudas a la demostración de los hechos que se investigan, necesariamente toca temas de índole sexual que constituyen parte de las necesidades primarias de los individuos y que son de estricta reserva íntima de las partes, motivo por el cual, a criterio de la investigación realizada, no es posible que los requisitos de las pruebas coexistan con el respeto al derecho a la intimidad previsto en la Carta Magna.

Del mismo modo, es pertinente acotar, que, atendiendo al principio de indivisibilidad de la prueba, es imposible presentar en juicio contencioso de divorcio por la causal de adulterio y que la misma pretenda hacerse valer en parte, y, aun así, la única manera de que el juzgador haga uso del principio de la inmediación y perciba de manera directa a través de sus sentidos, que sin lugar a dudas el hecho ha sido consumado, de manera consensuada por el cónyuge infractor, conlleva de forma cierta a violentar el precepto constitucional a la intimidad de la otra parte, con lo que quedaría demostrada la impertinencia de cualquier medio probatorio, por contradecir un derecho constitucional.

En la actualidad la tecnología está al alcance de todos, es así que a través de las redes sociales mantenemos comunicación con personas de todo el mundo, si bien es una ventaja la comunicación e interacción que la tecnología nos facilita, hay que tomar en cuenta el riesgo permanente a nuestra privacidad que representa el uso inadecuado de las mismas, los usuarios que interactúan a través de las diferentes plataformas digitales tienen que considerar que información personal deciden o no compartir en las redes sociales, tomando en cuenta el protagonismo que han tomado al ser utilizadas como medio para acceder

a información personal sin autorización, atentando así contra un derecho fundamental como lo es la integridad personal de los individuos, mismo que se ve afectado por la circulación de datos personales sin el debido consentimiento. Consecuentemente terminan por transgredir la dignidad humana y con ello el bienestar tanto físico como mental de la persona afectada.

Esta postura de la investigación representa un cuestionable criterio al considerar que si bien es cierto que la prueba en sí debe ser clara y precisa para demostrar los hechos, lo mismo no es posible sin lesionar los derechos de intimidad de las partes, y más aún, si una de las principales premisas de la prueba es que debe ser obtenida por medio legal, no doloso ni fraudulento, sería manifiestamente contrario pretender que las partes consientan una evidencia documental o testimonial, ya sea a través de medio físico o digital de que el hecho sexual generado con persona distinta al cónyuge fue consumado, lo que supone la ejecución de medios fraudulentos para su obtención, y también constituye un acto de vulneración del derecho constitucional a la intimidad.

Por ello, es esencial proteger jurídicamente la autonomía personal de cada individuo de imposiciones externas a la misma, para que así cada individuo pueda desenvolverse dentro de la sociedad con total libertad y tomar sus propias decisiones en base a sus costumbres, hábitos, religión, sentimientos, estabilidad mental y física que desarrolla paulatinamente a lo largo de su vida, que puede verse afectada por la injerencia de terceras personas al obtener y divulgar información de carácter íntimo o privado, en el presente caso de estudio relativo a la vida sexual de los individuos, información que bajo ninguna circunstancia de manera libre y consiente proporcionaría una persona.

En tal virtud, en el presente trabajo de investigación en este punto se analizará el alcance del derecho a la intimidad de una persona y su afectación en la obtención de la prueba controvertida en un juicio de divorcio por la causal de adulterio, como hemos manifestado en líneas anteriores el derecho a la intimidad, es un derecho fundamental de todo individuo reconocido en nuestra Constitución, por ser un derecho que protege la parte más íntima y a la vez esencial que tienen una persona para definirse como tal, es aquella esfera personal que tiende a definir qué es privado y que no, dicha de otra forma cuida de aquella información que el individuo no quiere que se haga pública, es decir de aquellos datos que por ninguna circunstancia el ser humano pudiera proporcionarle a otro bajo su sano juicio de manera libre y voluntaria.

Otro aspecto de relevante consideración se fija en torno al perjuicio social que se deriva de la ruptura del matrimonio y que se vislumbra como una consecuencia directa y si se quiere natural, pero que sin duda pone en tela de juicio la intimidad de las partes en controversia, ya que expone de manera pública los argumentos que el accionante ha considerado como medios probatorios para comprobar de manera fehaciente que se han incurrido en la causal de adulterio como causal de divorcio, lo que abiertamente puede ser considerada como una violación al derecho de la intimidad de los sujetos procesales.

Consecuentemente en el sentido jurídico procesal en un juicio de divorcio por la causal de adulterio, la prueba se presenta como la validación judicial por los medios establecidos en la ley de la verdad de un hecho controvertido del que depende el derecho que se reclama. No obstante, la presentación en juicio contencioso de elementos que pretendan demostrar la consumación del adulterio conlleva a la presentación de argumentos, que aún sin tener la cualidad de medio probatorio propiamente dicho, pretende desvirtuar el derecho a la

intimidad, dada la naturaleza del juicio, dejando expuestas de manera pública situaciones que afectan de manera directa a las partes, respecto de su honra, la moral y las buenas costumbres.

Por tanto, dentro del proceso de divorcio por adulterio, se exige la prueba CONJETURAL, prueba que resulta inverosímil al momento de demandar la disolución del vínculo matrimonial, como es obvio suponer, en la generalidad de los casos, el adulterio suele efectuarse con todas las precauciones posibles, de tal manera que difícilmente se puede probar la configuración del hecho, a ello no solo resulta suficiente demostrar que el acto sexual se ha consumado sino también es necesario demostrar que existió el coito, bajo esta premisa, para demostrar fehacientemente la configuración del hecho, es inevitable revelar información íntima y personal del cónyuge adúltero, misma que al momento de ser expuesta sin consentimiento del afectado se estaría transgrediendo el derecho a la intimidad personal un derecho constitucionalmente reconocido, debido a que dicha información deja al descubierto la vida sexual de las personas involucradas en este proceso.

Por ende, la intimidad personal es un derecho legítimo de cada ser humano y busca proteger jurídicamente la vida privada, conservando a la intimidad como prioridad, es decir al margen de la mínima injerencia de los demás hacia ella, con el fin de salvaguardar el bienestar personal.

Consecuentemente la afectación que genera la obtención de la prueba controvertida en los casos de adulterio al derecho a la intimidad de una persona, radica, en que no se da la debida seguridad jurídica a la integridad personal como derecho fundamental. Además, se tiene una

base referencial, de acuerdo a la argumentación del hecho implicado y definido como adulterio, del cual se pueden derivar cierta ambigüedad.

De este modo, las pruebas que el juzgador tenga a bien admitir y evacuar en el desarrollo del juicio de divorcio por la causal de adulterio, deben ser motivadas por éste, destacando que deberá hacer observancia de las reglas de la sana crítica, lo que permiten la conformación de un criterio ecuánime sobre los argumentos presentados por las partes y compararlo con las máximas de experiencia del administrador de justicia, de esta manera, se pretende que su discernimiento sea suficiente para desvirtuar aquellas circunstancias que pretendan dañar la honra y el derecho a la intimidad de las partes, lo que dejaría escasos argumentos para demostrar fehacientemente la consumación del adulterio como causal de divorcio contencioso.

Por último, es crucial mencionar que, en un juicio de divorcio por la causal de adulterio, la prueba fundamental requiere demostrar que uno de los cónyuges mantuvo relaciones sexuales con una tercera persona que no pertenece a su vínculo matrimonial, por ende, para demostrar la configuración de este hecho se avoca la prueba conjetural o indiciaria, misma que al momento de ser obtenida bajo los parámetros que exige la normativa vigente se estaría vulnerando el derecho a la intimidad personal del cónyuge adúltero. Por ende, para salvaguardar el derecho a la intimidad en la obtención de la prueba en supuestos casos de adulterio no se debería admitir las siguientes: videos de carácter sexual e íntimos obtenidos de medios sociales del cónyuge o del tercero involucrado en el cometimiento de la acción, fotografías, cartas románticas, grabaciones de voz, en donde se identifique plenamente al cónyuge con el tercero

involucrado, conversaciones, mensajes de texto o correos electrónicos obtenidos de redes sociales del cónyuge o tercero involucrado.

Finalmente, podemos concluir en base al análisis realizado en líneas precedentes, la gran afectación que produce la obtención de la prueba controvertida en un juicio de divorcio por la causal de adulterio al derecho a la intimidad de una persona, puesto que la misma obliga al cónyuge ofendido a exponer como información pública la vida sexual, íntima y personal de cónyuge demandado. Por ello, es preciso dejar sentado que no hay forma alguna de demostrar el adulterio en la causal de divorcio sin transgredir el derecho fundamental a la intimidad personal.

## **Capítulo II**

### **Motivos de la ineficacia de la prueba en el juicio de adulterio como causal de divorcio en la legislación ecuatoriana.**

En el desarrollo del presente apartado se analizan los supuestos legales, doctrinales y jurisprudenciales que permiten la conformación de un juicio de valor para establecer la pertinencia y eficacia de los medios probatorios para demostrar en juicio contencioso la procedencia de la disolución del matrimonio por la causal de adulterio.

#### **2.1. Medios probatorios**

Los medios probatorios se vinculan a los elementos que tienen como finalidad poner de manifiesto la fuente a través de la cual será posible obtener la comprobación de los hechos que se investigan (Ramírez, 2017). En este sentido, el COGEP establece que son medios probatorios la prueba

testimonial, la prueba documental, la prueba pericial y la inspección Judicial.

### **2.1.1 Prueba testimonial**

La prueba testimonial se encuentra definida en el artículo 174 del COGEP, que indica lo siguiente:

Artículo 174. Es la declaración que rinde una de las partes o un tercero. Se practica en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología, con excepción de las declaraciones anticipadas. Se lleva a cabo mediante interrogatorio de quien la propone y conainterrogatorio de contraparte. La o el juzgador puede pedir aclaración sobre un tema puntual de considerarlo indispensable. Si la o el declarante ignora el idioma castellano se hará conocer este hecho al momento de la solicitud y su declaración será recibida con la intervención de un intérprete, quien prestará previamente el juramento de decir la verdad. La o el intérprete será nombrado por la o el juzgador de acuerdo con las reglas generales para designación de peritos (Código Orgánico General de Procesos, 2015, p. 47).

El criterio del legislador define la prueba testimonial como aquella declaración que emana de las partes en litigio o bien de un tercero que puede aportar elementos de relevante consideración para la demostración o esclarecimiento de los hechos. El momento oportuno para rendir declaración testimonial es en la audiencia de juicio que se fija conforme al derecho procesal ecuatoriano, o bien, puede ser practicada en la segunda fase de la audiencia única. Del mismo modo, se advierte que la declaración testimonial no amerita la presencialidad de las partes declarantes, ya que el mismo ordenamiento jurídico admite la realización a través del uso de entornos virtuales, siempre que la misma pueda ser percibida de manera directa por el juzgador.

La forma de ejecutar una prueba testimonial es a través de un interrogatorio directo, a través del cual se indaga sobre los elementos pertinentes y relevantes que el mismo testigo o parte pueden aportar al esclarecimiento de los hechos, quienes además pueden ser sometidos a repreguntas por la contraparte.

En lo que respecta a las generalidades de la prueba testimonial, las mismas se analizan a la luz del COGEP, en el marco de la tabla 2 que se describe a continuación.

**Tabla 2.**  
*Normas generables aplicables a la prueba testimonial*

Precepto jurídico	Descripción legal
Obligaciones de los declarantes (Artículo 175 COGEP)	Debe dar respuesta a cada interrogante, las cuales pueden ser aclaradas o pueden ser rechazadas negándose a responder.
Objeciones a los testimonios presentados (artículo 176 COGEP)	Debe ser motivada, pueden conllevar a una sanción penal cuando su contenido sea capcioso, confusa, mal intencionado o hipotético.
Práctica de la prueba testimonial (artículo 178 COGEP)	Se rinde bajo juramento. Desde ser indicada la identificación del declarante.  Inicia con el interrogatorio de quien promovió la prueba testimonial.  El declarante deberá exponer su testimonio de manera espontánea.

---

Declaración falsa (artículo 182 COGEP)	Su ejecución puede significar la suspensión de su testimonio, y las actuaciones son pasadas al representante del Ministerio Público.
Declaración de parte (artículo 187 COGEP)	Son los relatos que rinden las partes en litigio
Declaración de testigos (artículo 189)	Son los testimonios de personas que han podido percibir los hechos de forma directa a través de sus sentidos.

---

Nota: elaboración a partir del COGEP (2015)

Para determinar la pertinencia de la prueba testimonial en el juicio de divorcio por adulterio, es preciso crear juicios de valor respecto de las generalidades aplicables a la prueba testimonial. En este sentido, se observa que la ejecución de la prueba se realiza a través de un cuestionario al cual el declarante deberá dar respuestas bajo juramento de veracidad, so pena de incurrir en responsabilidad penal por el quebrantamiento de esta disposición. Sin embargo, el mismo ordenamiento jurídico indica las circunstancias en las cuales el declarante puede negarse a contestar, siendo el caso de que su testimonio pueda transgredir los límites del debido respeto o secreto en función de su profesión u oficio.

Las preguntas realizadas al declarante pueden ser objetada siempre que exista una motivación pertinente, en los casos en los cuales se considere que la interrogante está formulada con mala intención, o bien su interpretación sea confusa o genere posibles inherencias no comprobadas y su procedencia o no debe ser autorizada por el juzgador.

En el caso que se investiga, se determina que la declaración testimonial en el caso de divorcio contencioso resulta de escasa eficacia, ya que con la declaración testimonial de las partes o de testigos es imposible que el juzgador pueda formarse un criterio cierto de la veracidad de los hechos que se investigan.

### **2.1.2 Prueba documental**

Se encuentra definida en el COGEP en el artículo 193, el cual expresa que “Es todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho. Se podrán desglosar los documentos sin perjuicio de que se vuelvan a presentar cuando sea requerido” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, p. 51).

En este sentido, se constituye como prueba documental a cualquier instrumento de tipo documental ya sea de índole pública o privada que sirva de evidencia de los hechos que se investigan y son ventilados en juicio, ya sea porque contienen o representan los mismos de forma clara y sin lugar a dudas.

Para estudiar las generalidades de la prueba documental, se extraen los elementos previstos por el COGEP en la tabla 3.

#### **Tabla 3.**

*Normas generables aplicables a la prueba documental*

Precepto jurídico	Descripción legal
Formalidad de presentación de las pruebas documentales (artículo 194 COGEP)	Deben ser presentados en original y copia, las cuales deberán estar debidamente certificadas.
Eficacia de la prueba documental (artículo 195 COGEP)	<p>Deben ser presentados impecablemente y en la escala original.</p> <p>No deben presentar alteraciones.</p> <p>Que no exista algún recurso pendiente sobre el asunto que se desea probar con el documento.</p>
Producción de la prueba (Artículo 196 COGEP)	<p>Deberán ser leídos de manera pública en la sección pertinente.</p> <p>Si se trata de objetos, deben ser exhibidos de manera pública en audiencia.</p> <p>Las imágenes y medios audiovisuales físicos o electrónicos deben ser reproducidos en audiencia pública.</p> <p>Las pruebas actuadas deberán quedar bajo la custodia del poder judicial.</p>

---

Falsedad o nulidad de documentos (Artículo 198 COGEP)	Debe ser alegada por la contraparte en el momento indicado en la ley y debe ser resuelto en juicio.
Documentos públicos (Artículo 205 COGEP)	Se encuentra autorizado por contener legalidad basada en ciertas formalidades. Si es protocolizado por funcionario notarial es denominado escritura pública
Documentos privados (artículo 216 COGEP)	Son elaborados por personas particulares

---

*Nota:* Elaboración a partir del COGEP (2015)

La prueba documental es aquella que aporta elementos de relevante consideración en el juicio al momento de demostrar la veracidad de los hechos que se investigan, considerándose documento todo instrumento físico o digital que permita demostrar a través de escrituras, imágenes o sonido su pertinencia.

No obstante, es preciso acotar, que la norma procesal en materia de presentación de prueba documental, ya sea pública o privada, podría representar la vulneración del derecho a la intimidad establecido en la carta magna, ya que su contenido es ventilado en juicio de manera pública en las partes que resultan inherentes para demostrar la veracidad de los hechos. En este sentido, demostrar la veracidad de la consumación del hecho del adulterio para ser invocado como causal de divorcio, representa de manera inequívoca la vulneración del referido derecho a la intimidad, por cuanto se somete al escarnio público los hechos que directamente pueden ilustrar al

juzgador, y éste puede percibir a través de sus sentidos, como hemos estudiado en el transcurso de la presente investigación, en tal sentido, se considera impertinente e ineficaz la prueba documental directa para invocar en juicio contencioso la causal de adulterio como causa de divorcio.

### **2.1.3 Prueba pericial**

De acuerdo a lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos COGEP, la definición de perito se encuentra inserta al artículo 221, el cual expresa que es “la persona natural o jurídica que, por razón de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos o profesionales está en condiciones de informar a la o al juzgador sobre algún hecho o circunstancia relacionado con la materia de la controversia” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, p. 57).

En consecuencia, se trata de un especialista en una materia determinada, que puede car su criterio profesional para esclarecer los hechos que se investigan, ya que cuenta con la experiencia y los conocimientos técnicos para ilustrar al juzgador sobre los hechos que son ventilados en juicio.

En lo que respecta al informe pericial, el mismo deberá contener los siguientes elementos de forma:

Artículo 224. Contenido del informe pericial. Todo informe pericial deberá contener, al menos, los siguientes elementos: 1. Nombres y apellidos completos, número de cédula de ciudadanía o identidad, dirección domiciliaria, número de teléfono, correo electrónico y los demás datos que faciliten la localización del perito. 2. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el informe. 3. El número de

acreditación otorgado por el Consejo de la Judicatura y la declaración de la o del perito de que la misma se encuentra vigente. 4. La explicación de los hechos u objetos sometidos a análisis. 5. El detalle de los exámenes, métodos, prácticas e investigaciones a las cuales ha sometido dichos hechos u objetos. 6. Los razonamientos y deducciones efectuadas para llegar a las conclusiones que presenta ante la o el juzgador. Las conclusiones deben ser claras, únicas y precisas (Código Orgánico General de Procesos, 2015, pp. 58-59).

En este orden de ideas, el perito deberá emitir un informe pericial en el cual debe cumplir con elementos mínimos de fondo y de forma, en el cuál, deberá indicarse su identificación y la naturaleza de su pericia, en razón de su profesionalismo, arte u oficio, así como la acreditación correspondiente por parte del Poder Judicial y su correspondiente criterio profesional para esclarecer los hechos. Queda entendido que deberá formular las conclusiones pertinentes de manera inequívoca, de tal manera que pueda ilustrar al administrador de justicia sobre la veracidad o no de lo consultado.

En lo que respecta a la pertinencia de la prueba pericial como medio probatorio en el juicio de divorcio por la causal de adulterio, se observa que la misma tiene por objeto aclarar a través de una perspectiva profesional, cuyo informe proporciona una visión técnica profesional y objetiva, no obstante, el mismo pretende aclarar la pertinencia de un examen minucioso practicado a hechos o a objetos que han sido promovidos, por lo tanto no se trata de una prueba que pueda ser invocada en el caso de la demostración del adulterio en juicio contencioso de divorcio.

#### **2.1.4 Inspección Judicial**

Su definición se encuentra desarrollada en el COGEP, al establecer en el artículo 228 que “La o el juzgador cuando lo considere conveniente o necesario para la verificación o esclarecimiento del hecho o materia del proceso, podrá de oficio o a petición de parte, examinar directamente lugares, cosas o documentos” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, p. 59).

La práctica de la inspección judicial tiene como finalidad que el juzgador pueda percibir de manera directa el estado y circunstancias que rodean al caso objeto de la investigación, la cual puede ser ejecutada por un experto designado a solicitud del juzgador o de las partes.

El objetivo principal de la ejecución de la inspección judicial se encuentra determinada en el artículo 229 del COGEP, el cual establece:

Artículo 229. La inspección judicial se podrá solicitar con la demanda, contestación a la demanda, reconvención o contestación a la reconvención, precisando claramente los motivos por los cuales es necesario que la o el juzgador examine directamente lugares, cosas o documentos, objeto de la inspección o el reconocimiento y adicionalmente se expresará la pretensión que se requiere probar con la inspección o reconocimiento.

Como lo indica el contenido normativo, la inspección judicial debe ser presentada como todos los medios probatorios en el momento de incoar la demanda, la contestación o reconvención, sin embargo, deberá mediar una fundamentación motivada de su pertinencia, lo que permitirá que el juzgador tenga acceso directo a los lugares, cosas o pueda verificar los

documentos que son considerados pruebas en el juicio contencioso. En el caso que se investiga, resulta poco eficaz la práctica de esta prueba para comprobar el adulterio como causa de divorcio contencioso.

Artículo 229. (...) La o el juzgador determinará el lugar, la fecha y la hora en que se realizará la inspección o el reconocimiento y señalará con claridad el objetivo de la diligencia. Solo en casos excepcionales, cuando la percepción sensorial de la o del juzgador sobre lugares, cosas o documentos examinados no sea suficiente para obtener una conclusión precisa de la diligencia, la o el juzgador podrá designar a una o a un perito acreditado para lo cual ordenará de oficio o a petición de parte la prueba pericial correspondiente conforme con las disposiciones del presente Código (Código Orgánico General de Procesos, 2015, p. 60).

Las circunstancias en las cuales será ejecutada la inspección será decidida por el administrador de justicia, quien deberá explicar suficientemente el motivo y las circunstancias para llevar a cabo la prueba, y de esta manera podrá verificar por sus propios medios o a través de un perito a través del informe correspondiente de las conclusiones sobre lo observado. Queda entendido, que tal ejecución, no puede demostrar de forma cierta la consumación del adulterio para ser invocada y probada como causal de divorcio contencioso.

## **2.2. Intimidación Personal**

Los científicos sociales y del comportamiento tienden a definir la privacidad de muchas maneras diferentes. Algunos la definen en términos de la capacidad del individuo para retirarse de interacciones no deseadas; otros se refieren a la capacidad del sujeto para evitar la divulgación pública de información personal. En la mayoría de los casos, los debates sobre la privacidad tienden a centrarse en los límites visibles e invisibles entre los individuos. Se ha afirmado que la capacidad del individuo para regular la

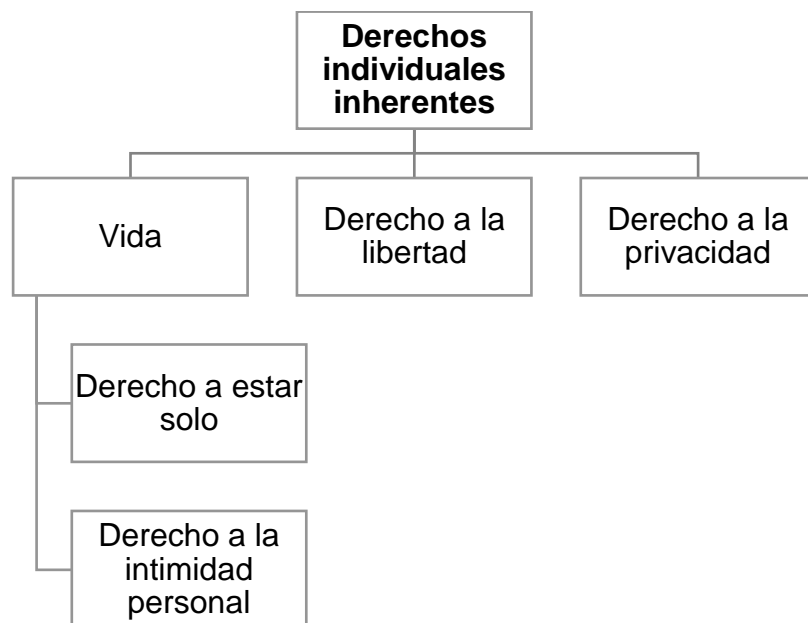
interacción, mantener la autonomía personal y controlar la información depende en última instancia de la manipulación de estos límites interpersonales.

La intimidad personal es un concepto desordenado. Nadie puede articular lo que significa. En la actualidad, la intimidad personal es un concepto amplio, que abarca, entre otras cosas, la libertad de pensamiento, el control sobre el propio cuerpo, la soledad en el hogar, el control sobre la información personal, la libertad de vigilancia, la protección de la propia reputación y la protección contra registros e interrogatorios. Los filósofos, los teóricos del derecho y los juristas se han lamentado con frecuencia de la gran dificultad para alcanzar una concepción satisfactoria de la intimidad personal.

La intimidad personal es un derecho fundamental que tienen todos los individuos, es la facultad que permite resguardar aspectos personales que no son de conocimiento público de la injerencia de los demás, es decir garantiza el libre desarrollo de la vida individual privada de cada persona dentro de la sociedad. Por tanto, los seres humanos tienen la libertad de poder decidir qué información comparten con los demás y que información de su vida personal mantienen en confidencialidad.

Es por esto, que el derecho a la intimidad personal otorga la exclusividad de un ámbito propio y reservado para que el individuo pueda desarrollar una vida personal-libre dentro de la sociedad, sin la injerencia de terceras personas, por ello lo controversial que representa demostrar que existió adulterio por parte de uno de los cónyuges y lo difícil que se torna la obtención de la prueba en estos casos, debido a que, según las exigencias del Código Civil la prueba principal es la Conjetural, misma que implica necesariamente que se exponga públicamente información personal sobre la intimidad de una de las partes procesales.

De esta forma, a continuación, se presenta una representación esquemática de la ubicación de Warren y Brandeis de su concepto del derecho a la intimidad en el corpus juris de los derechos individuales:



*Figura 1.* Concepto del derecho a la intimidad en el corpus juris de los derechos individuales

Fuente: Elaborado por la autora

El derecho a la intimidad personal, fue reconocido como un derecho humano internacional antes de que se incluyera en ninguna Constitución Estatal. En los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, cuando se concibió el sistema de derechos humanos, las constituciones estatales sólo protegían aspectos de la intimidad. Dichas garantías se referían, por ejemplo, a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia y al clásico problema de los registros corporales no razonables. Sin embargo, ninguna Constitución Estatal contenía una garantía general del derecho a la intimidad. Una garantía integral que protegiera los aspectos más

específicos en su totalidad -con un "término paraguas" como "intimidad" o "vida privada"- era desconocida en aquel momento. Esta evolución fue muy notable e inusual. Los derechos humanos internacionales son el "núcleo duro" de los derechos fundamentales garantizados por las constituciones de los Estados liberales. Suelen pasar del ámbito estatal al internacional cuando están bien establecidos y cuando es el momento oportuno, y no al revés. En el caso del derecho a la intimidad, la garantía internacional fue desde el principio más allá de las garantías nacionales. Se creó algo nuevo que no conocía ningún ejemplo en ninguna Constitución Estatal (Diggelmann & Cleis, 2014).

Asimismo, se puede mencionar que, el derecho a la intimidad es un elemento de varias tradiciones jurídicas que pretende restringir las acciones gubernamentales y privadas que amenazan la intimidad de las personas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos se redactó en los años 1946-48. Desde el principio, estaba claro que la intimidad estaría garantizada de una forma u otra. No se debatió la inclusión o no de una disposición sobre la intimidad, mismo que se encuentra determinado en el artículo 12 de dicha declaración:

Art. 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, Art. 12).

Los enfoques jurídicos, políticos y filosóficos de la privacidad han tratado de aclarar ambigüedades referentes a la privacidad y la intimidad, mediante la elaboración de taxonomías y tipologías, abordando las diferencias conceptuales entre la intimidad y otros derechos (por ejemplo, la igualdad, la propiedad, la autonomía, la libertad, la dignidad, el anonimato, la confidencialidad, la reclusión, el secreto y la seguridad), y ofreciendo evaluaciones normativas de la política y la adjudicación de la privacidad en diversas jurisdicciones. Después de haber reflexionado durante mucho tiempo sobre la cuestión, Robert Post lo resume sucintamente, pues menciona que la intimidad es un valor tan complejo, tan enredado en dimensiones competitivas y contradictorias, tan cargado de significados distintos y variados, que a veces me desespera que se pueda abordar de forma útil (Baghai, 2012)

En relación a lo mencionado por el autor, es posible mencionar que el profesor Robert Post, se preocupó principalmente por las dimensiones sociales o comunitarias de las invasiones de la intimidad. Independientemente de la dimensión dominante, se debe considerar si los elementos relativos a la existencia y al presunto carácter social del adulterio son pertinentes. Como mínimo, se debe medir si la revelación afecta a la vida privada, y si es altamente ofensiva y/o existe un agravio para una de las partes implicadas.

El derecho a la intimidad se confunde fácilmente y con frecuencia con el derecho a la propiedad (privada) y el derecho a la libertad (de los asuntos privados). De hecho, la palabra "privado" figura en tal conjunto de consideraciones morales que resulta tentador concluir, que la privacidad no es un derecho concreto en absoluto, sino una forma de hablar de un conjunto de varios derechos que conceden a los individuos soberanía sobre diversos ámbitos. De la misma forma, es posible mostrar a continuación

que el ámbito de la privacidad puede especificarse de una manera que lo distingue significativamente de otros derechos.

Aunque se han ofrecido varias teorías diferentes, la mayoría puede caracterizarse de forma justa como la afirmación de que el derecho a la intimidad es el derecho a restringir el acceso a un dominio personal. Muchas de las diferencias entre las teorías de la privacidad se basan en las distintas definiciones de este ámbito: (1) en algunas teorías el derecho a la intimidad es el derecho a restringir el acceso a la propia persona y (2) en otras teorías el derecho a la intimidad es el derecho a restringir el acceso a la información personal.

"El derecho a ser dejado en paz" "...", la famosa formulación de Warren y Brandeis (1890) del derecho a la intimidad, es un ejemplo del primer tipo de teoría. El segundo tipo de teoría, que define el derecho a la intimidad como el derecho a restringir el acceso a la información personal, puede evitar el problema anterior restringiendo el ámbito para incluir sólo aquellos contextos sociales en los que una persona tiene una expectativa razonable de dicho control. Estas teorías también pueden dar cabida a la intuición bastante fuerte de que nuestra intimidad ha sido violada cuando la gente obtiene información, no sobre nuestras personas, sino sobre nuestros asuntos personales (por ejemplo, registros médicos, posesiones financieras, hábitos de alquiler de vídeos, etc.) (Alfino & Mayes, 2003)

El juez de la Corte Suprema de Estados Unidos Cooley, señaló que el derecho a la intimidad es el derecho a quedarse en la soledad de su espíritu, al afirmar "The Right to be Alone", que es el derecho a estar solo, para que la gente no sepa, sepa, vea, oiga, lo que se refiere a nuestra vida, y que no queramos que trascienda, de tal manera que sea consecuencia o derivación del hecho a la dignidad del ser humano, cuyo análisis he realizado en artículos publicados en esta misma Sección Judicial, que no pueden ser invadidos por terceros, ya sean particulares o por el propio Estado. El distinguido abogado Ángel Osorio Gallardo, acertadamente dijo

al respecto que existe un derecho a la libertad de intimidad. El derecho de las personas a disfrutar de la intimidad pacífica de su existencia, sin enfrentar otras responsabilidades que las derivadas de sus actos. El resto, como los gustos, las aflicciones, los deseos, los modos de proceder, el carácter, el orden familiar, deben ser sagrados e invulnerables, sin que nadie tenga derecho a inmiscuirse en tales asuntos. El tratadista Recaseus Sichts, dice que la intimidad es sinónimo de conciencia de la vida interior, por lo tanto, este campo está completamente fuera del campo legal, porque desde todo punto de vista es imposible penetrar auténticamente en la privacidad de los demás (González, 2015)

Ante lo mencionado por el autor, y en base a lo mencionado por los doctrinarios citados, se puede mencionar que, el hecho de que el individuo tenga plena protección en su intimidad y en su propiedad es un principio tan antiguo como la jurisprudencia en sí; pero de vez en cuando se ha considerado necesario definir de nuevo la naturaleza y el alcance exactos de dicha protección.

En la legislación ecuatoriana, el derecho a la intimidad personal se encuentra detallado en la Constitución de la República del Ecuador en el numeral 20 del artículo 66:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:  
(...)  
20. El derecho a la intimidad personal y familiar.  
(...) (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 66).

Es posible mencionar que el derecho a la intimidad personal es toda la información propia del ser humano y la libertad de decisión que tiene en poder compartir su vida personal. Es un derecho primordial de cada

persona en reservar información que considere pertinente y no se sienta en la obligación de exponer su vida privada.

### **2.3. La familia y el derecho a la intimidad**

La dicotomía entre la esfera privada y pública está fuertemente asociada al límite entre la familia y el mundo exterior, aunque las investigaciones muestran que las unidades de privacidad, o zonificaciones, a menudo atraviesan este límite para involucrar a otras personas además de los miembros de la familia, como los compañeros de trabajo. Aunque, es necesario reconsiderar la dicotomía entre lo privado y lo público, los investigadores siguen insistiendo en el hogar como lugar principal del espacio privado. Es decir, lo consideran un espacio de retiro del escrutinio público que ofrece refugio cálido, seguro y confortante para que los individuos puedan desarrollar libremente su vida privada. Sin embargo, la familia, aislada del mundo exterior, contiene graduaciones internas de privacidad, y sostiene que hay pequeñas zonas de privacidad dentro del límite de la privacidad familiar.

A pesar de ciertas reservas, la familia puede considerarse como una unidad integrada en el estudio de la intimidad. Un fuerte sentimiento de unión o sensación de familia proporciona a muchos individuos elementos clave para la privacidad. Sin embargo, dentro de este sentimiento de familia, los miembros individuales de una familia pueden percibir la privacidad de forma diferente. Aunque se ha demostrado que el estatus socioeconómico no tiene efectos significativos en las preferencias de privacidad de los individuos, los estudios empíricos muestran que los hombres y las mujeres difieren significativamente con respecto a (1) sus preferencias de privacidad, (2) las razones por las que requieren privacidad, y (3) las formas en que la consiguen.

El valor atribuido a un elemento concreto de la intimidad, como la reserva, es una cuestión individual: una persona individual no necesita implicar a sus parejas directamente en su patrón de comportamiento en su búsqueda. Es interesante observar que existen diferencias entre la forma en que las parejas valoran la soledad y la reserva: ambas se relacionan positivamente con la satisfacción marital de los individuos. Si cada miembro de una familia tiene una preferencia de privacidad diferente y regula los límites interpersonales en consecuencia, entonces son importantes las preguntas sobre la forma en que se construyen esas pequeñas zonas.

Entonces, la intimidad personal es el derecho que tenemos todas las personas a guardar, reservar sobre lo concerniente a nuestra vida privada individual y familiar, hechos que serán desconocidos ante las demás personas. La Constitución de la república del Ecuador en el artículo 66 numeral 20 señala no solamente el derecho a la intimidad individual sino también a la intimidad familiar, señalando que se reconoce y se garantiza: “(...) El derecho a la intimidad personal y familiar. (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 66. 20).

Al ser la familia la célula primordial de la sociedad, el estado garantizará el cumplimiento de sus derechos, y desarrollo de cada uno de los miembros del núcleo familiar el cual se encuentra consagrado por lazos de consanguinidad y afinidad, es por ello que la Constitución del Ecuador al ser garantista de derechos resguardará a la familia en el cumplimiento de sus obligaciones y derechos, como es el derecho a la intimidad.

#### **2.4. Análisis jurisprudencial sobre las pruebas aplicables al adulterio como causal de divorcio**

Para determinar la aplicación y admisibilidad de hecho, tanto como de derecho en el juicio de divorcio por adulterio, se trae a colación la sentencia dictada por la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia, de la Corte Nacional de Justicia, en la cual se ventila el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de la familia, M.N y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro. La referida acción se fundamenta en la presunta falta de aplicación de que la referida sentencia vulnera el principio de la motivación, al no valorar la prueba conforme a derecho, violentando las reglas de la sana crítica previstas en la legislación nacional (Sentencia nº 0022-2015 de Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia (2012), 2015).

En este orden de ideas, la Corte argumenta el siguiente criterio doctrinal:

... las reglas pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho solo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la “maquinización” de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta... (Sentencia nº 0022-2015 de Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia (2012), 2015, p. 8).

Los argumentos probatorios que invoca la corte indican que se generó una falta al principio de inmediación, previsto en el artículo 75 de la Carta Magna, alegando que la ausencia del juez de la causa minimiza la prueba testimonial, por lo que las pruebas son desestimadas como no actuadas.

Los argumentos expuestos en la sentencia dejan claro, que la prueba testimonial es perfectamente aplicable en derecho para la comprobación de los hechos en el juicio de divorcio contencioso por adulterio, sin embargo, resulta pertinente argumentar que las mismas deben cumplir los extremos de ley y ser presentadas en los términos legales vigentes.

Si bien es cierto, la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) genera un cambio en el ámbito procesal, también es cierto que se conservan las previsiones legales de la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica y que la observancia del principio de la inmediación adquiere una relevancia significativa en la medida en que el juez pueda percibir de manera directa a través de los sentidos de la pertinencia y relevancia probatoria.

En este mismo orden de ideas, la valoración de la prueba en el juicio de divorcio contencioso por la causal de adulterio es analizada por la Corte Constitucional a la luz del derecho comparado, al hacer alusión a la jurisprudencia argentina, la cual indica lo siguiente:

El haber tenido un hijo con otro hombre que su marido comporta un hecho autónomo del de adulterio y se subsume en el concepto jurídico de "injurias graves" ya que dicho nacimiento crea una evidencia -o publicidad- permanente de la falta anterior y consistente en el ya mencionado adulterio, a la vez que añade un elemento incisivo de mortificación para el cónyuge ofendido. Puede el adulterio permanecer en cierta reserva y ser probado en juicio; pero el nacimiento de un hijo no es una hipótesis agravada de

adulterio sino un hecho independiente (Sentencia nº 0022-2015 de Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia (2012), 2015, p. 11).

De tal manera que en lo que respecta a la legislación argentina, y su correcta aplicación en la jurisprudencia nacional, no puede deslindarse entre la prueba de la causal de adulterio y las injurias graves, dado el aporte probatorio de un acta de nacimiento de hijo nacido fuera del matrimonio, ya que el acta certificado correspondiente es un documento público que por sí solo genera valor, el cual incrementa la carga emocional negativa para el cónyuge afectado, y que deja expuesta la falta cometida y sometido al escarnio público, considerando que es esta legislación comparada la causal de “injurias graves” coexiste y es consecuencia del acto de adulterio, motivo por el cual el documento público escrito constituye un importante medio probatorio.

Finalmente, respecto de la sentencia que se analiza, se observa el *Ratio Decidendi*, el cual indica:

1. La prescripción de la acción de divorcio con fundamento en el adulterio, genera otra causal que es la violencia, debido a que las formas de violencia contra la mujer no requieren convivencia, sino que implican una continuidad, es decir, hechos que causan efectos severos. 2. No se puede obligar a dos personas a permanecer unidas bajo el vínculo del matrimonio, esto implicaría violación de sus derechos constitucionales. No pueden permanecer unidos cuando el proyecto de vida ya no es meta conjunta. (Sentencia nº 0022-2015 de Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia (2012), 2015, p. 15).

En consecuencia, la Corte considera que existen razones de peso suficientes para administrar justicia en el caso que se analiza, indican una concatenación de derechos vulnerados, al adminicular fundamentación del

adulterio como causa de divorcio, con las causas de violencia, ya que su comprobación genera severos efectos en el cónyuge agraviado, aunado al hecho de que las partes tienen libertad de hacer vida en común o no, y que su respeto constituye un derecho constitucional que es tutelado por el Estado ecuatoriano a través de los órganos administradores de justicia.

Del análisis jurisprudencial se desprende que el tema de adulterio como causal de divorcio es escaso, por cuanto se registran pocos casos conocidos por la Corte Nacional de Justicia, por lo que su estudio es limitado en cuanto al número de pretensiones atendidas por los órganos jurisdiccionales al demandar el divorcio, no obstante, se presentan los siguientes casos para ser analizados:

#### **2.4.1 Juicio No. 152-2012SDP**

Para el análisis jurisprudencial, es preciso recopilar la información a través de la ficha de observación, las cuales permitirán la organización y sistematización del contenido para ser procesados por medio de la hermenéutica jurídica, tal como se aprecia en la tabla 4.

#### **Tabla 4.**

Ficha jurisprudencial. Juicio No. 152-2012SDP

Identificación de la causa	Juicio N°. 152-2012SDP Resolución No. 257-2012 Corte Nacional de Justicia, Sala especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia. Juez ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo Fecha de publicación: 21 de agosto de 2012
Antecedentes del caso	Se recibe recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia dictada por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte

---

	Provincial de Justicia del Guayas, contentiva de la demanda de divorcio incoada por las partes.
Fundamentación jurídica del recurso	<p>Artículo 76.7, literal I de la Constitución Nacional</p> <p>Artículo 124, inciso primero del código Civil</p> <p>Artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil</p> <p>Artículo 9, inciso 1 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial</p> <p>Artículo 3 de la Ley de Casación</p>
Impugnaciones presentadas	<p>Falta de motivación, sin razonamiento lógico jurídico de las pruebas presentadas, valorando únicamente las pruebas testimoniales presentadas por la actora.</p> <p>Falta de valoración y oportunidad de presentación de la prueba.</p> <p>El demandado alega que el tribunal otorga un valor probatorio que la Ley niega, o no le otorgó valor a las que la ley si le aporta.</p> <p>Parcialidad en la valoración de pruebas hacia la parte actora y desestimadas las pruebas testimoniales de la parte demandada</p>
Argumentos de la Corte	<p>La motivación es un recurso formalista, riguroso, restrictivo de alta técnica jurídica, la cual debe contener los requisitos legales de forma coherente y compatible, por lo que se rechazan los cargos por falta de procedencia.</p> <p>La parte demandada alega que el juzgador de segunda instancia realiza una valoración errada de las pruebas, pretendiendo que Casación valore nuevamente, lo que constituye una actividad exclusiva de los juzgados de</p>

---

---

instancia, quienes adoptarán las reglas de la crítica racional, las cuales no constituyen derecho taxativo de carácter legal, por lo que no existe un criterio determinado que seguir, sólo apreciar la lógica, la experiencia y la razón.

El juez valora cada prueba y construye su convicción y que necesariamente debe favorecer a alguno de los litigantes, conforme a la naturaleza de los recaudos incorporados al proceso, por lo que unas son admitidas y otras negadas, sin que represente parcialidad en las resultas. Las mismas son valoradas con base al principio de la verdad procesal

Decisión de la Corte No se casa la sentencia emitida por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas

---

*Fuente:* elaboración propia a partir del Juicio No. 152-2012SDP (2012)

En el Juicio No. 152-2012SDP de la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, de fecha 21 de agosto de 2012, en el que se alega la causal de adulterio para solicitar el divorcio por parte de la parte actora, fundamentando sus alegatos en la prueba testimonial presentada por esta, y la aceptación tácita del demandado.

Al respecto la Corte define el adulterio como “la unión sexual o acceso carnal de una persona con quien no es su cónyuge, para ser causal de divorcio requiere la concurrencia de dos elementos, uno de orden material, que consiste en la relación sexual con una persona distinta del cónyuge; y, otro de orden intencional, que gravita en la libre voluntad de realizar dicho acto” (Juicio No. 152-2012SDP, 2012).

Considerando la definición, la Corte expresa con claridad que para que se considere un adulterio debe existir la intención por parte de uno de los conyugues, y la penetración sexual de uno de los conyugues con otra persona distinta, lo que atenta contra el deber de fidelidad por parte de ambos conyugues.

En cuanto a la prueba, tanto la parte demandante como la demandada presentaron prueba testimonial y documental, la cual se procedió a valorar por el juez conforme a la regla de la sana crítica establecida en el artículo 164 del COGEP, llegando a la conclusión que se ha configurado la causal primera del artículo 110 del código civil, que refiere al adulterio, pues del proceso judicial planteado entre los cónyuges, documentos públicos y testimonios rendidos, se concluye que las imputaciones proferidas por la parte actora se encuentran plenamente justificadas.

Ahora bien, en el aspecto procesal, lo relacionado con la admisión y valoración de las pruebas en el juicio de divorcio por la causal de adulterio, previsto en el artículo 110, numeral 1 del Código Civil, se evidencia que los alegatos presentados ante la Corte como lo es la falta de motivación, la valoración desproporcional de la prueba, así como la parcialidad en la valoración de las pruebas hacia una de las partes, mientras se desestiman las testimoniales hacia la otra.

Los argumentos de la corte resultan pertinentes en cuando a derecho, en este sentido, el juzgador responde a los alegatos de la parte reclamante, que la valoración de las pruebas no es un acto irracional o caprichoso, más bien es el resultado de un recurso formal, riguroso y restrictivo, en el cual se aplican los principios conforme a la pericia jurídica.

Por otra parte, es de considerar que la petición de valoración de pruebas resulta improcedente en la instancia de casación, por lo que la Sala sólo se limita a verificar que las actuaciones se encuentren ajustadas a derecho en las instancias inferiores, por lo que es el tribunal de primera instancia quien procede a sustanciar las actuaciones que conforman el expediente, y lo llevan a cabo conforme a las delgas de la sana crítica de forma racional.

Además, incorpora otro argumento que debe tenerse en cuenta en cuanto a la valoración de las pruebas en el juicio de divorcio y más aún cuando el mismo versa sobre la causal de adulterio, y es el hecho de que no existe un criterio previsto que deban regir la valoración de los juzgadores en lo que respecta a la sana crítica, ya que no se encuentra regulado por una prerrogativa en el ordenamiento jurídico

ecuatoriano, por lo tanto, cada juez fundamentará su criterio de valoración de pruebas con base a la lógica, la experiencia y la razón.

Ahora bien, este criterio fundamentado como ha sido explicado, no puede resultar contradictorio entre sí, por lo que es posible que el argumento con el cual se estime la valoración de una prueba, sirva para desestimar otras de similar naturaleza, pero que contradice los hechos, presentando una distorsión de la realidad que es apreciada por el juzgador a través de las actas procesales que poseen valor probatorio como ya ha sido referido suficientemente.

#### **2.4.2 Juicio No. 0134-2014**

En este fallo de la Corte Nacional de Justicia, se presenta en la tabla 13, la compilación de argumentos de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia:

##### **Tabla 5.**

Ficha jurisprudencial. Juicio No. 0134-2014

---

Identificación de la causa	Juicio N°. 0134-2014 Corte Nacional de Justicia, Sala especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia. Juez ponente: Dra. Merchán Larrea María Rosa Fecha de publicación: 17 de octubre 2014
Antecedentes del caso	Se instaura demanda de divorcio conforme al artículo 10 numeral 1 del Código Civil, al cual la demandada interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de la Familia Niñez, adolescencia y adolescentes infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que desechando el recurso de apelación confirmando el fallo en el cual declara con lugar la demanda.

---

---

Fundamentación jurídica del recurso	<p>Artículo 110.1 y 124 del Código Civil</p> <p>Artículo 76.7, 1 de la Constitución de la República</p> <p>Artículo 3.1 de la Ley de casación</p>
Impugnaciones presentadas	<p>La resolución se aleja de la realidad procesal</p> <p>La decisión no reúne las exigencias legales correspondientes</p> <p>No existe motivación</p> <p>No se consideran los aspectos en los cuales se produjo la traba de la litis</p> <p>No se valoran las pruebas aportadas por la accionante:</p> <p>Actas de divorcio certificadas</p> <p>Juicio ordinario por impugnación de paternidad en copias certificadas.</p> <p>Partida de nacimiento del menor.</p> <p>Solicitud de que sea practicada prueba de ADN</p> <p>Declaraciones testimoniales.</p> <p>Confesión judicial por parte del accionante.</p> <p>Objeción de la impugnación presentada por el accionante</p>
Argumentos de la Corte	<p>Una sentencia debidamente motivada expone normas o principios de las prerrogativas legales en las cuales se fundamenta o principios procesales, explicadas de forma razonable, coherente y lógica</p>

---

---

La sentencia dictada, deberá resolver los puntos objetos de litigio con base a la ley y méritos del proceso, acudiendo a las fuentes del derecho como la jurisprudencia y los principios universales de justicia aplicables

La acción para solicitar el divorcio por adulterio prescribe en el plazo de 1 año contado a partir de que el otro cónyuge tuvo conocimiento del hecho, considerando cualquier hecho noticioso, por lo que deja evidencia que la acción pretendida se encuentra prescrita

No se explica detalladamente la forma en la cual el tribunal de instancia aplicó indebidamente las normas que se consideran infringidas, por lo que en virtud del debido proceso, la norma siempre será debidamente aplicada en la motivación de una sentencia

La existencia de la prueba de la parte actora quien impugna la paternidad con base a la prueba de ADN, excluyendo las responsabilidades paternas permite probar la existencia de adulterio, concluyendo como correcta la aplicación del artículo 110.1 como causal de adulterio demostrado en actas

Decisión de la Corte NO CASA la sentencia dictada el 23 de junio de 2014, las 15h02, por la Sala de la Familia, M., N., Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en el juicio verbal sumario de divorcio, que con fundamento en la causal 1 del artículo 110 del Código Civil,

---

Fuente: elaboración propia a partir del Juicio No. 0134-2014

Este fallo de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, de fecha 17 de octubre de 2014, que se analiza, señala que “la acción de divorcio por adulterio, prescribe en el plazo de un año, contado desde que el

cónyuge perjudicado tuvo conocimiento del adulterio” (Resolución No. 231-2014, 2014), entendiendo la expresión de “tuvo conocimiento” como lenguaje común que hace referencia a cualquier información que se tenga sobre algo, sin embargo, el fallo señala que una duda, una sospecha, no constituyen conocimiento.

El Tribunal de Apelación, razona de forma acertada al referirse al conocimiento del actor sobre la existencia de la causal, una duda, una sospecha, no constituyen conocimiento, éste efectivamente se forma en el caso en análisis con el resultado de la prueba de ADN que establece como cierto el adulterio, circunstancia ésta en base a la cual y con plena certeza incoa la presente acción de divorcio (Resolución No. 231-2014, 2014).

Cabe resaltar, que, en el presente caso, la parte demandante introduce como medio de prueba el acta de nacimiento de la hija habida en el matrimonio y la solicitud de prueba de ADN para determinar la paternidad de la misma. Tales pruebas son consideradas como indirectas, sin embargo, pueden determinar si hubo o no adulterio por parte de uno de los conyugues.

Para la valoración de la prueba, tanto la parte demandante como la demandada presentaron prueba testimonial y documental, la cual se procedió a valorar por el juez conforme a la regla de la sana crítica establecida en el artículo 164 del COGEP, llegando a la conclusión que se ha configurado la causal primera del artículo 110 del código civil, que refiere al adulterio, pues del proceso judicial planteado entre los cónyuges, documentos públicos y testimonios rendidos, se desprende que la hija nacida en el matrimonio, no fue concebida con el marido.

En síntesis, para la Corte Nacional de Justicia el adulterio es una causal de divorcio que puede ser alegada por ambas partes, dentro del plazo de un año contado a partir del momento en el que uno de los conyugues tiene el conocimiento del hecho, el cual debe ser probado, admitiendo todos los medios de pruebas legales en el país, los cuales pueden ser pruebas directas e indirectas, y que serán valoradas por el juez en el juicio. Sin embargo, para que este proceda es necesario que el demandante deba probar los hechos expuestos en su demanda, y en ese sentido, el juez valorar la prueba conforme a la sana crítica. En este sentido, para que el juez dicte sentencia

aceptando la demanda, debe existir prueba plena y suficiente aportada por el accionante.

## **2.5. El divorcio por adulterio y el derecho a la intimidad**

Si partimos del hecho de que el principio a la intimidad es una parte fundamental, un pilar irremplazable en la vida de una persona que no debe ser visto desde fuera y que exclusivamente pertenece sólo a la persona misma. Es derecho de todo ser humano el poder excluir o limitar la injerencia que tienen los demás sobre el conocimiento de su vida privada, es decir, sobre aspectos íntimos, tales como sentimientos y conductas que se van desarrollando paulatinamente con el libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, es por ello que cada persona tiene derecho a controlar cuándo y quién accede a varios aspectos de su vida personal.

Lo que no pasa a menudo en un juicio de divorcio por la causal de adulterio, en donde el Código Civil, exige la PRUEBA CONJETURAL a la hora de validar que se ha configurado fehacientemente el hecho, como es obvio suponer, en la generalidad de los casos, el adulterio suele efectuarse con todas las precauciones posibles, de tal manera que muy difícilmente habrá prueba testimonial procedente. ¿Pero se pregunta será posible si la parte inocente tiene conocimiento del adulterio cometido por el otro cónyuge quede ésta burlada por no tener prueba plena a fin de fundamentar su demanda para esta causal?, lamentablemente en nuestra legislación pasa, por lo difícil que es obtener la prueba controvertida. A ello es menester enfatizar que no solo la causal de divorcio por adulterio exige una prueba poco viable, sino además una prueba que transgrede indiscutiblemente el derecho a la intimidad personal del cónyuge demandado, tras quedar expuesta su vida sexual públicamente.

En el campo civil, se exige la prueba indiciaria o conjetural, es decir de elementos para llevar el ánimo del juzgador a la convicción precisa de que el adulterio se ha consumado, lo que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes, así se ha considerado como prueba de adulterio, las anotaciones de la esposa sobre su conducta irregular, el reconocimiento de un hijo fuera del matrimonio.

Es necesario comprender que, en el país, nunca se ha sostenido que el adulterio sea un derecho, y menos aún un delito. La Carta Magna ha conferido protección constitucional a ciertas formas de comportamiento sexual y reproductivo en nombre de la "intimidad". De esta forma, la Constitución ha protegido ciertas relaciones familiares.

Por tanto, la Carta Magna ofrece protección a las decisiones personales relacionadas con el matrimonio, la procreación, la anticoncepción, las relaciones familiares, la crianza de los hijos y la educación. En este sentido, la libertad de contraer matrimonio ha sido reconocida desde hace mucho tiempo como uno de los derechos personales vitales esenciales para la búsqueda ordenada de la felicidad. El matrimonio es un derecho civil básico que es fundamental para nuestra propia existencia y supervivencia.

Por ende, si la libertad de elección personal en asuntos de la vida familiar se interpreta de forma amplia, ¿entonces podría argumentarse que la libertad de tener una aventura adúltera está incluida dentro de los intereses de la libertad fundamental? De hecho, en este sentido, los sistemas judiciales que han abordado la cuestión han llegado a la conclusión de que el adulterio es antitético al matrimonio y a la familia y,

por tanto, no puede incluirse de forma plausible en el derecho a la intimidad. Sin embargo, la situación cambia cuando se requiere obtener una prueba de dicho adulterio partiendo desde su más básica definición.

El divorcio controvertido se produce cuando la Litis se bloquea, por lo que el cónyuge afectado presentará una demanda de divorcio estableciendo las causas por las que desea terminar el vínculo matrimonial. En general, el divorcio se considera un proceso catastrófico que pone de relieve la culpabilidad o el fracaso de las partes y que conduce a situaciones de culpa y vergüenza después del divorcio.

El Código Civil Ecuatoriano determina el adulterio como la primera causal de terminación del contrato matrimonial, al ser un proceso judicial debe llevarse bajo las normas que establece el Código Orgánico General de Procesos, el cual indica que se llevará a cabo mediante un procedimiento sumario, realizado en una sola audiencia con dos fases, la primera fase es la de saneamiento, fijación de puntos de discusión y conciliación, y la segunda fase es la de pruebas y alegatos.

Tal y como establece el COGEP, los diferentes medios de prueba que las partes llevarán a cabo para poder convencer al juez, serán a través de la prueba documental, testifical, pericial, y la inspección judicial, es aquí donde la mayoría de los profesionales en derecho encuentran una dificultad probatoria a la hora de demostrar la causal de adulterio, ya que al estar mal visto por la sociedad y llevarse a cabo en un ambiente íntimo con todas las precauciones posibles, es casi inverosímil demostrar a través de una prueba directa la existencia de acceso carnal por parte de una persona con otra diferente a su cónyuge.

Debido a la intimidad en la que se realiza el acto de adulterio, la prueba que se realice será conjetural, aportando presunciones serias, precisas y concordantes que lleven al juez a través de la sana crítica a tomar una decisión, es por ello que los profesionales en Derecho, en el intento de probar el adulterio, presentan diferentes pruebas que tendrán como objetivo llevar al juez a la condena del acto de adulterio. Pruebas que al ser practicadas en el juicio oral revelan la práctica sexual y en general la vida íntima de las personas involucradas en el proceso judicial, así como la vida íntima familiar de los cónyuges, como el acto de adulterio realizado en el vínculo matrimonial. Resultando así imposible que el adulterio pueda ser demostrado por los diferentes medios de prueba directa que la ley establece sin violar el derecho a la intimidad personal de una de las partes procesales.

Las pruebas presentadas por las partes suponen una evidente violación a la intimidad sexual de los individuos que participan dentro del proceso judicial, tomando en cuenta que la principal prueba para validar la configuración del hecho exige que se ventile la práctica sexual del cónyuge adúltero, de igual forma se estaría vulnerando la intimidad emocional del mismo que recaen sobre los aspectos de su vida amorosa, momentos dolorosos, y la intimidad familiar ya que las pruebas presentadas se habrán producido cuando existía el vínculo familiar. En general, hechos desconocidos por terceros que tienen lugar dentro de su intimidad individual y familiar.

Aunque podría decirse que el adulterio constituye un "daño" al vínculo matrimonial, el argumento a efectos del derecho constitucional es bastante más complejo. Si la intimidad sexual extramatrimonial del adúltero

estuviera incluida en su derecho a la intimidad, entonces una ley que prohibiera el adulterio por motivos de daño sería bastante excesiva y poco inclusiva. Tampoco se puede decir sin problemas que el adúltero haya "renunciado" a algunos de sus derechos a la intimidad al casarse, porque el derecho a casarse está en sí mismo constitucionalmente protegido por el derecho a la intimidad. Por lo tanto, las leyes sobre el adulterio estarían condicionando el ejercicio de un derecho "fundamental" a la renuncia a ejercer otro, una situación que suele considerarse constitucionalmente inaceptable. A saber, con quién se decide tener relaciones sexuales es una decisión íntima sobre la propia vida que, según el razonamiento que subyace en estos casos, debe protegerse de la intromisión injustificada de cualquier persona.

En este sentido, las pruebas presentadas por las partes suponen una evidente violación de la intimidad física de las personas que participan en un proceso judicial como es su práctica sexual, así como la violación de la intimidad psicológica que son aspectos de su vida amorosa, momentos dolorosos, y la intimidad familiar ya que las pruebas presentadas se habrán producido cuando existía el vínculo familiar. En general, hechos desconocidos por terceros que tienen lugar dentro de su intimidad individual y familiar.

En consecuencia, se determina que en lo que respecta al juicio de divorcio por la causal de adulterio, se deben considerar los medios probatorios pertinentes para su comprobación, de tal manera que la consideración de medios testimoniales, los mismos no conducen a una ilustración pertinente para el administrador de justicia, ya que debería referirse a testigos que presenciaron el acto consensuado, lo que sería contrario a la moral y la buenas costumbres, lo que sería manifiestamente

contrario al derecho de la intimidad. Del mismo modo, si son admitidas las pruebas documentales, quedaría la duda sobre la legalidad de su procedencia, y cuya ventilación en audiencia pública produciría menoscabo del derecho a la intimidad de las partes.

En este mismo orden de ideas, como es indicado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Ley debe garantizar la protección contra cualquier inherencia en la vida privada de los individuos, en consecuencia, el mismo Estado ecuatoriano, a través de los administradores de justicia, deben velar por que en el desarrollo del juicio de divorcio contencioso por la causal de adulterio se realice con la más absoluta discreción, sin que las actuaciones procesales derivadas de las pruebas admitidas vulneren el derecho de la intimidad, lo que dejaría una limitada concentración de pruebas para demostrar los hechos que se investigan, y podrían generar la inoperatividad de la causal de adulterio para disolver el vínculo matrimonial.

## **Capítulo III**

### **Derecho comparado**

En el presente apartado, se efectúa un estudio comparativo, con el que se abordará la figura del adulterio dentro de las legislaciones de los países miembros de la Comunidad Andina.

#### **3.1 Legislación peruana**

El adulterio en el caso peruano se registró con la promulgación del Código Civil de 1852 en su artículo 192 donde señala, trece causas por las cuales se podía obtener la separación. La primera de ellas era "el adulterio de la mujer", dejando claro que sólo la mujer podía cometer adulterio, un claro ejemplo de la posición dominante de la época. En el caso del marido, se podía invocar la disolución del vínculo, si ella violaba lo estipulado en la segunda causa que indicaba el "concubinato o incontinencia pública del marido" (Quevedo G., 2015)

El Código Civil de 1936 se guiaba por una tendencia divorcista, ajena a la voluntad de quienes lo elaboraron, pero presente por imposición del Ejecutivo de la época. La noción de que sólo la mujer podía cometer adulterio cambió, por lo que el artículo 247 ° primer párrafo indicó "el adulterio" como una causa de divorcio, donde no se especifica quién, como ocurrió con el predecesor, lo que demuestra que el adulterio se podría cometer por ambos cónyuges; En otras palabras, sea el hombre o la mujer (Quevedo G., 2015)

Por su parte, el Código Civil de 1984, que rige en la actualidad, no introdujo cambios esenciales respecto al adulterio; de hecho, el legislador no ha definido como tal el concepto de adulterio, por lo que resulta habitual remitirse a lo que disponible la Doctrina y Jurisprudencia referente a esta materia, en el código vigente el adulterio está regulado en el artículo trescientos treinta y tres, numeral uno, que enuncia: "Artículo 333.-

Causales: Son causas de separación de cuerpos: 1. El adulterio” (Código Civil, 1984, Art. 333).

Dentro de los criterios para probar la causal de adulterio en el Perú En principio, el comportamiento realizado por el adúltero tiene que cumplir con dos elementos fundamentales, uno objetivo o material y otro subjetivo o intencional. Es decir, el objetivo material hace referencia a la consumación misma del acto sexual del cónyuge con una persona distinta a su consorte, por otra parte, el elemento subjetivo o intencional se refiere a la libre voluntad de realizar este acto. En este sentido, la causal de adulterio se fundamenta en la violación de fidelidad, requiriéndose necesariamente la existencia de la cópula sexual, consecuente de ahí que la simple tentativa de adulterio resulta insuficiente para que se produzca la disolución del vínculo matrimonial, por ende, no se constituye por sí sola como causal de divorcio.

Consecuentemente, es necesario probar las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges con una tercera persona ajena al vínculo matrimonial para que se configure la causal de adulterio, lo que resulta difícil y bastante complicado demostrar. Tomando en cuenta el grado de dificultad que representa el método directo para llegar a demostrar esta causal, la legislación peruana admite medios de convicción indirectos, como es el caso de la partida de nacimiento de un hijo extramatrimonial del cónyuge, concebido y nacido fuera del matrimonio, con el fin de demostrar la conducta infiel.

A más de ello, toda prueba es admisible de acuerdo al artículo ciento noventa y uno del Código Procesal Civil, que enuncia:

Simulación relativa. Artículo 191.- Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero (Código Civil Peruano, 1984, Art. 191).

Como los hechos que dan lugar al divorcio por adulterio ocurren en la intimidad del hogar, la prueba es difícil. Por ello, el criterio con el que se debe apreciar las pruebas producidas debe ser amplio, y deben ser consideradas en su conjunto para tratar de obtener una idea exacta de la situación real del matrimonio y determinar, dentro de la relatividad de las cosas humanas, la culpabilidad si es el caso del cónyuge adúltero.

La diferencia más saltante en relación a nuestra legislación, es que la legislación peruana hace referencia a la caducidad de la acción más no a la prescripción de la misma, como se establece en nuestro código civil en el artículo 124 (la acción de divorcio por adulterio prescribe en el plazo de un año, transcurrido desde el conocimiento del hecho por parte del cónyuge ofendido); el Código Civil Peruano señala que la acción de divorcio por la causal de adulterio establecida en el artículo 333 inciso primero, caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge ofendido y en todo caso a los 5 años de producida.

Finalmente, la caducidad es el medio por el cual se existe tanto el derecho como la acción por el transcurso de un tiempo determinado en la ley, en razón de la inacción de su titular.

### **3.2 Legislación boliviana**

El Código de Familia Boliviano, en su artículo ciento treinta establece: El divorcio puede ser demandado por las siguientes causales "por adulterio o relación homosexual de cualquiera de los cónyuges" (Código CF, 1972).

A diferencia de nuestra legislación, es imprescindible enfatizar que la legislación boliviana enmarca en un solo artículo la causal de adulterio y la relación homosexual. Por su parte el adulterio presupone el acceso carnal del cónyuge con una tercera persona distinta a la de su vínculo

matrimonial, mientras que la relación homosexual implica una relación entre el casado con una persona del mismo sexo.

Sin embargo, en esta legislación como en la legislación Peruana no se ha definido un concepto exacto de adulterio por parte del legislador, recurriendo así a la Doctrina y Jurisprudencia en relación a este tema.

Por otro lado, lamentablemente en esta legislación los medios probatorios se ven sumamente restringidos, debido a que no se le otorga la debida seguridad jurídica al ofendido por la misma naturaleza del adulterio, por ello, el adulterio en la mayoría de los casos puede resultar una causal inverosímil de probar, ya que para ello se tiene que demostrar fehacientemente el acto sexual cometido por el cónyuge; dado que en la mayoría de los casos las relaciones sexuales se realizan en forma clandestina, consecuentemente el cometimiento del mismo es bastante difícil demostrar, llegando así en el mejor de los casos a poder probar el adulterio solo de forma indirecta, resultando así, que el ofendido se incline a demandar el divorcio por otra causal de adulterio en donde los medios probatorios sean más factibles y viables.

Bajo esta premisa, es evidente que en la legislación Boliviana al igual que la nuestra existe una seria complejidad en la obtención de pruebas que demuestren la configuración del adulterio de uno de los cónyuges, primero porque el acto se da en la intimidad, lo que resulta casi imposible demostrar a través de prueba directa, pues no solo resulta suficiente el acto sexual sino también es necesario que exista el coito, bajo estas circunstancias es necesario tomar en cuenta que las pruebas que se obtengan para demostrar fehacientemente el hecho, tienen que ser obtenidas de forma meticulosa y legal, pues; las mismas podrían ser declaradas ilegales por haber sido obtenidas de forma contraria a la ley y a

su vez el demandado tomando en cuenta las mismas pruebas dentro del proceso civil puede acatarse a una acción legal en contra del demandante por daños y perjuicios hacia su persona.

Por otra parte, las causales de divorcio especificadas en el artículo 130 del Código de Familia Boliviano, pueden ser probadas por todos los medios legales, así como moralmente legítimos, sin embargo, esto no sucede cuando se trata de probar la veracidad de los hechos y acciones en que se basa específicamente la causal de divorcio por "Adulterio" dado el hecho de que no se encuentran definidos los medios probatorios válidos de una manera específica dentro del Código de Familia para que la causa de adulterio se admita como prueba suficiente y sea más viable demostrar esta causal.

Finalmente, dado que el adulterio es una falta a la fidelidad conyugal que se configura al sostener relaciones sexuales con una persona distinta a su cónyuge, se considera a la prueba directa como casi imposible de probar, consecuentemente lo único que se logra en muchos casos son presunciones graves cuya calificación queda al arbitrio de la sana crítica del juzgador, además debemos tomar en cuenta que tanto doctrinalmente como por su definición, el adulterio todavía en algunas legislaciones se castiga penalmente a diferencia de otras que ha pasado de ser castigado penalmente a ser una simple causal de divorcio.

Por último, la legislación boliviana fija el plazo de caducidad de la causal de adulterio de 6 meses contado desde que el cónyuge ofendido conoció el hecho y en todo caso de 5 años de producido el adulterio.

### **3.3 Legislación colombiana**

El Código Civil colombiano, en su artículo sexto de la Ley 25 de 1992, que modificó el artículo cuarto de la Ley 1 de 1976, señala los hechos o causales para solicitar y obtener el divorcio.

Art. 154. Modificado. L. 1ª/76, art. 4º. Modificado. L. 25/92, art. 6º. Son causales de divorcio: 1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, \*(salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado) \* (Código Civil Colombiano, 1992, pág. Art. 154)

En este sentido, el numeral primero señala "las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges". A menos que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado".

Se afirma que no se ha querido utilizar el término adulterio o infidelidad, aunque signifique lo mismo que relación sexual, tal vez porque no deja dudas en ningún caso, respecto a las personas que violan la norma, sean hombres o mujeres. Toda relación sexual es un acto de infidelidad, pero no todo acto de infidelidad se traduce en una relación sexual; existe la infidelidad objetiva o moral, que no implica necesariamente relaciones sexuales (Verbel, 1993).

Cabe enfatizar lo que se indicó anteriormente, la expresión utilizada no es "adulterio", sino "relaciones sexuales extramatrimoniales", por ser una expresión con un sentido mucho más amplio. Ahora bien, no se tenía claro en la legislación colombiana, sí para la conservación del término "relaciones sexuales" en plural, se exigía para la disolución del vínculo matrimonial que se dé a través de una pluralidad de actos con la misma persona, en la misma ocasión o necesariamente se requería la relación sexual en diferentes momentos.

En este sentido, la sentencia emitida por la Corte Constitucional Colombiana el 19 de julio de 1989, referente a la expresión en plural de "relaciones sexuales extramatrimoniales" puntualizó, que basta un solo acto de adulterio por parte de cualquiera de los cónyuges (varón o mujer) con un tercero que no sea su consorte para que se configure la causal de divorcio, a más de ello dicha sentencia aclaró que esta causal también se constituye frente a una relación anormal (lesbianismo, homosexualismo, necrofilia, bestialismo, etc.)

Por otro lado, un punto favorable que debemos destacar de la legislación colombiana frente a nuestra legislación en relación a la causal de “relaciones sexuales extramatrimoniales o adulterio en nuestro caso, es la mención de la honorable Corte Colombiana referente a la infidelidad moral como causa determinante del divorcio, esta manifestó que la infidelidad moral se configura como causal de divorcio, si “las secuelas de tal conducta afectan la unidad de la vida matrimonial”.

Consecuentemente se puede ver que la Corte Suprema de Justicia en términos generales, afirmó que, en cuanto a las relaciones sexuales extramatrimoniales, no sólo se entienden como tales los actos terminados en una relación sexual (la mayoría de las veces difíciles de probar) sino también toda conducta de infidelidad moral que afecte significativamente el lazo emocional, ambiente fraterno, respeto, entre otros; dentro de la convivencia del vínculo matrimonial.

Finalmente, con el pasar del tiempo se fue haciendo precisiones sobre el tema y se define a la infidelidad desde dos ámbitos, el material y el moral. Así, la infidelidad material es aquella que se consuma en un acto sexual, es decir se materializa en adulterio, mientras que la moral es aquella en donde no se llega a concretar el acto o no se logra obtener la prueba directa del mismo por la dificultad que representa.

Con lo anterior podemos resumir que la legislación colombiana, tiene una connotación especial, pues para demostrar la infidelidad material o moral son admisibles entre otras las siguientes pruebas: cartas románticas, correos, fotografías en donde se identifique al cónyuge demandado con el tercero involucrado o en su defecto fotografías con dedicatorias sugerentes al trato sexual, videos íntimos obtenidos de forma legal, grabaciones de voz, mensajes de texto, registros bancarios, registros en línea, registros de hoteles y cualquier otro registro que aporte prueba de adulterio, así también la partida de nacimiento del hijo adulterino o bautizo,

etc. que a diferencia de nuestra legislación no son consideradas como pruebas válidas admisibles en la actualidad para demostrar esta causal.

Por último, la legislación colombiana señala que se puede alegar esta causal dentro del término de un año contado a partir del momento que se tuvo conocimiento de la infidelidad.

### 3.4 Comparación de las legislaciones.

**Tabla 6**

*Comparación de las legislaciones*

País	Ecuador	Perú	Colombia	Bolivia
<b>Instrumento</b>	Código Civil	Código Civil	Código Civil	Código de Familia
<b>Artículo que contiene el adulterio como causal de divorcio</b>	<p>Artículo 110.-</p> <p>Son causas de divorcio:</p> <p>1. El adulterio de uno de los cónyuges. (...)</p>	<p>Artículo 333.-</p> <p>Son causas de separación de cuerpos:</p> <p>1. El adulterio. (...)</p>	<p>Artículo 154.-</p> <p>&lt;CAUSALES DE DIVORCIO&gt;. Son causales de divorcio:</p> <p>1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado. (...).</p>	<p>Artículo 130.- Enumeración.</p> <p>El divorcio puede demandarse por las causas siguientes:</p> <p>1º Por adulterio o relación homosexual de cualquiera de los cónyuges. (...).</p>

Fuente: Elaborado por la autora

De lo antes expuesto, es posible aseverar que lo concerniente al divorcio y sus causales es abordado por los Códigos Civiles de las legislaciones analizadas a excepción de Bolivia, pues en la legislación de este país el divorcio es analizado en el Código de Familia. En este sentido, puede señalarse que la existencia de un instrumento que regule jurídicamente las instituciones familiares: matrimonio, divorcio, relaciones paterno-parentales, obligación de alimentos, adopción y tutela, familia y relaciones, permite contribuir al fortalecimiento de los matrimonios legalmente reconocidos sobre la base del afecto, el apoyo y el respeto mutuo entre sus integrantes, así como la plena igualdad de derechos de hombres y mujeres.

Asimismo, es necesario recalcar que el adulterio es causal de divorcio en todos los instrumentos legales analizados a excepción del Código Civil colombiano, pues si bien, no reconoce explícitamente el adulterio como causal, sí reconoce las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges. En este sentido, es necesario considerar las aportaciones doctrinarias antes revisadas referentes a la definición de adulterio, y si se tiene en cuenta que el adulterio se refiere al acto de mantener relaciones sexuales extramaritales en donde uno o ambos implicados están casados con otra persona, se puede aseverar que el Código Civil Colombiano reconoce al adulterio como causal de divorcio, pero de una forma muy implícita.

Por otro lado, es imperante señalar que, en la legislación boliviana, en el mismo numeral que se reconoce el adulterio como causal de divorcio, también se menciona que es causal el hecho de que uno de los cónyuges de alguna forma mantenga una relación homosexual fuera del matrimonio. En este sentido, se puede mencionar que si bien no se especifica qué tipo de relación homosexual debe mantener uno de los cónyuges, si se tratase de una relación sexual homosexual, independientemente del sexo de los implicados, se estaría también incurriendo en un acto de adulterio.

De la misma forma, es necesario analizar los procesos probatorios utilizados para comprobar la causal de adulterio en los juicios de divorcio empleadas y permitidas en las legislaciones estudiadas.

**Tabla 7**

*Comparación de los procesos probatorios*

<b>Criterio</b>	<b>Ecuador</b>	<b>Perú</b>	<b>Colombia</b>
<b>Instrumento</b>	Código Orgánico General de Procesos	Código Procesal Civil	Código de Procedimiento Civil
<b>Finalidad/ Objetivo/ Necesidad</b>	Art. 158.- Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.	Artículo 188.- Finalidad.- Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.	Art. 174.- Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.
<b>Admisibilidad / Pertinencia</b>	Art. 160.- Admisibilidad de la prueba. Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y	Artículo 190.- Pertinencia e improcedencia. - Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los	

	se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal. (...)	que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez. (...)	
<b>Métodos probatorios.</b>	Art. 174.- Prueba testimonial.	Artículo 192.- Medios probatorios típicos. - Son medios de prueba típicos:	Art. 175.- Medios de prueba. Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.
	Art. 193.- Prueba documental.	1. La declaración de parte; 2. La declaración de testigos; 3. Los documentos; 4. La pericia; y 5. La inspección judicial.	El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones
	Art. 205.- Documento público.		
	Art. 216.- Documento privado.		
	Art. 227.- Finalidad y contenido de la prueba pericial.		
	Art. 228.- Inspección judicial.		

---

que regulen  
medios  
semejantes o  
según su  
prudente juicio.

---

Fuente: Elaborada por la autora

En este sentido, es posible observar que, en los instrumentos analizados, para un juicio de divorcio en donde la causal es el adulterio, la prueba testimonial o también llamada declaración, sea de las partes implicadas o de testigos, es una de las más comúnmente utilizadas. Por otro lado, se encuentran las distintas pruebas documentales, mismas que son todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho.

La pre-constitución de la prueba directa es ciertamente difícil porque el concepto está empantanado por una naturaleza repetitiva y extremadamente íntima, y proporcionar una prueba que es una clara violación de la confidencialidad de la situación no puede ser asumida como tal en un tribunal de justicia, pues daría paso al ataque a otro derecho fundamental, como es el de la intimidad personal.

## **Conclusiones**

A partir de la investigación realizada, en el presente apartado se detallan las principales conclusiones obtenidas.

- El adulterio es un hecho humano universal. Amenaza el núcleo de la vida familiar y la estabilidad de la institución del matrimonio, y puede crear incertidumbre sobre la paternidad de la descendencia conyugal. No es una mera cuestión moral, sino una cuestión que, a lo largo de los dos últimos milenios, los sistemas jurídicos han utilizado numerosas vías para abordar. El adulterio en el Ecuador se encuentra normado como una causal para la disolución del vínculo conyugal en el Código Civil, sin embargo, existe una gran dificultad de probarlo en un juicio de divorcio, debido a que para la obtención de la prueba se estarían transgrediendo derechos humanos básicos, y reconocidos por la Constitución de la República de una de las dos partes.

- Indudablemente, una invasión procesable del derecho a la intimidad es la publicación y /o exposición de los asuntos privados de una persona que no conciernen legítimamente al público, o la intromisión indebida en las actividades privadas de una persona de tal manera que escandaliza o causa sufrimiento mental, vergüenza o humillación a una persona de sensibilidad ordinaria, como ocurriría en el caso de que se expusiera material audiovisual en el que observara a una de las partes procesales cometiendo plenamente un acto de adulterio.

- La obtención de pruebas en juicio de divorcio por la causal de adulterio, es limitada en los procedimientos judiciales porque las pruebas admitidas no son suficientes para comprobar la consumación del adulterio del cónyuge demandado. Es por esta razón la complejidad de verificar esta acción sin pretender atentar contra el derecho a la intimidad personal, considerando que la prueba promovida en la demanda, contestación o reconvencción debe ser pertinente, útil y conducente a demostrar el hecho que se alega.

- Por último, es posible observar que tanto las legislaciones: ecuatoriana, peruana y boliviana coinciden en que el adulterio es una causal directa para la disolución del vínculo matrimonial, a pesar de que, en la colombiana, este acto se encuentre implícito. Por otro lado, también coinciden en que, para probar esta causal, difícilmente se lo podrá hacer por una prueba directa, lo que hace admisibles pruebas indirectas para tal cometido.

## Recomendaciones

En adición al apartado anterior, se detallan las principales recomendaciones obtenidas a partir de la investigación.

- Se recomienda al Estado ecuatoriano tomar en consideración que la familia es el núcleo de la sociedad, por lo cual, se deberían crear políticas públicas que precautelen esta institución, incentivando un ambiente familiar saludable, por medio de programas que brinden atención psicológica, terapias familiares y de pareja de forma gratuita a todos los hogares ecuatorianos.
- Es esencial que la recopilación de información para un juicio de divorcio en donde la causal sea el adulterio se realice sin vulnerar el derecho a la intimidad. En este sentido, la información personal se debe mantener confidencial, libre de usos indebidos y recopilarse, de manera legal, sólo cuando sea estrictamente necesario. Esto requiere además garantizar que los datos se recogen con el conocimiento y el consentimiento del sujeto, que son accesibles para él y que son precisos, completos y actualizados. El acceso a esta información debe estar claramente regulado y el intercambio de información debe limitarse estrictamente a los intercambios necesarios para el funcionamiento del sistema.
- Del mismo modo, al tratarse de un juicio cuyas pruebas se evacuan en audiencia pública, las mismas deben ventilarse a la luz del juzgado en pleno, lo que además somete a las partes involucradas, vulnerando el derecho constitucional a la intimidad, por lo que se recomienda establecer incidencias procesales *sui géneris* a fin de evitar comprometer la intimidad, la reputación y el honor de las partes y de la familia propiamente dicha.

- Finalmente, se recomienda trabajar en la unificación de ciertos criterios en materia probatoria, en cuanto a la valoración de las pruebas en el divorcio por adulterio para mejorar la resolución de los futuros casos de divorcio.

## Bibliografía

- Asamblea Nacional . (8 de Julio de 2019). *Código Civil*. Obtenido de <https://bde.fin.ec/wp-content/uploads/2021/02/CODIGOCIVILultmodif08jul2019.pdf>
- Asamblea Nacional. (22 de Enero de 1971). *Código Penal de Ecuador*. Obtenido de <http://www.pucesi.edu.ec/webs/wp-content/uploads/2018/03/C%C3%B3digo-Penal-2014.pdf>
- Alanya, J., & Aliaga, L. (2018). *LA IMPRECISIÓN EN LOS PLAZOS DE CADUCIDAD EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS CONYUGES EN LA CIUDAD DE HUANCAYO- 2016*. UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES.
- Asamblea Nacional . (8 de Julio de 2019). *Código Civil* . Obtenido de <https://bde.fin.ec/wp-content/uploads/2021/02/CODIGOCIVILultmodif08jul2019.pdf>
- Baghai, K. (2012). *Privacy as a Human Right: A Sociological Theory*. SAGE.
- Chimborazo, L. (2015). *EL ADULTERIO Y EL JUICIO DE DIVORCIO CONTENCIOSO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA*. UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO.
- Código Civil Colombiano. (1992). *Código Civil Colombiano*. Bogotá: Congreso de Colombia. Obtenido de [https://www.cvc.gov.co/sites/default/files/Sistema\\_Gestion\\_de\\_Calidad/Procesos%20y%20procedimientos%20Vigente/Normatividad\\_Gnl/Codigo%20Civil%20Colombiano.pdf](https://www.cvc.gov.co/sites/default/files/Sistema_Gestion_de_Calidad/Procesos%20y%20procedimientos%20Vigente/Normatividad_Gnl/Codigo%20Civil%20Colombiano.pdf)
- Código Civil del Ecuador. (2005). *Oficio No. 0110-CLC-CN-05*. Obtenido de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>

- Código de Procedimiento Civil. (1976). *Código de Procedimiento Civil*. La Paz: República de Bolivia. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0850.pdf>
- Código Orgánico General de Procesos. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Asamblea Nacional del Ecuador.
- Código Orgánico General de Procesos. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Asamblea Nacional del Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Asamblea Nacional. Obtenido de <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Constitucion.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. (1989). *Corte Suprema de Justicia, Sentencia 19 de julio de 1989*. Bogotá: M.P Eduardo García Sarmiento.
- Cruz, D., López de León, F., Pascual, L., & Battaglia, M. (2010). *Guía Técnica de producción de hongos comestibles de la especie de Hongos Ostra*.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Asamblea General de las Naciones Unidas - Resolución 217 A (III).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Organización de las Naciones Unidas.
- Diggelmann, O., & Cleis, M. N. (2014). How the Right to Privacy Became a Human Right. *Human Right*, 441-458.
- Escobar, M. (2010). *LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, EN LA MOTIVACION DE UNA SENTENCIA EN LA LEGISLACION*.

ECUATORIANA. UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR, SEDE ECUADOR.

Girgis, S., George, R., & Anderson, R. (2011). WHAT IS MARRIAGE? *Harv. JL & Pub. Pol'y.*

González, A. (2015). *El juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos Cooley, señaló que el derecho a la intimidad, es el derecho a ser dejado en la soledad de su espíritu, al manifestar "THE RIGHT TO BE ALONE", El juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos Cooley, señal.* Universidad de Castilla - La Mancha.

Guerrero, K. (2016). *ESTUDIO DOGMÁTICO Y JURIDICO DE LA PRUEBA EN EL DIVORCIO INICIADO POR LA CAUSAL DE ADULTERIO.* Universidad Técnica de Machala.

Hernández García, Y., & Pérez Gallo, V. H. (2007). Un análisis feminista de la infidelidad conyugal. *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences.*

Hernández, M., Cantín, S., Lopez, N., & Rodríguez, M. (2010). *Estudio de encuestas.*

Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación.* McGraw-Hill.

Hurtado, J. (2010). *Metodología de la Investigación.* Quirón Ediciones.

Juicio No. 152-2012SDP, Juicio No. 152-2012SDP (Corte Nacional de Justicia agosto 21, 2012).

Ministro de Justicia. (1984). *Código Civil.* Lima: Ministerio de Justicia de Perú.

Mora, N. (2020). *El adulterio como causal de divorcio y el derecho a la intimidad.* Riobamba: Universidad Nacional de Chimborazo. Obtenido de <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/7473/1/8%20TESIS%2>

0DE%20NICOLE%20ANDREA%20MORA%20S%c3%80NCHEZ%  
20CORREGIDA-DER.pdf

Prieto, B. (2017). El uso de los métodos deductivo e inductivo para aumentar la eficiencia del procesamiento de adquisición de evidencias digitales. *Cuadernos de Contabilidad*.

Ramírez, C. (2017). *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*. Quito: Corte nacional de Justicia. Retrieved noviembre 24, 2020, from [https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion\\_CNJ/La%20prueba%20en%20el%20COGEP.pdf](https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/La%20prueba%20en%20el%20COGEP.pdf)

Resolución No. 231-2014, Juicio verbal sumario No. 134-2014 (Corte Nacional de Justicia octubre 17, 2014). Retrieved marzo 31, 2021, from <https://vlex.ec/vid/593138306>

Ruiz, E. (2013). *NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASIGNACIÓN OTORGADA AL CÓNYUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO*. UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA.

Ruiz, L. (2007). EL DERECHO A LA PRUEBA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL. *Estudios de derecho*, 181-206.

Sentencia nº 0022-2015 de Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia (2012), 0255-2014 (Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia febrero 10, 2015). Retrieved marzo 2022, from <https://vlex.ec/vid/594179618>

Toaquiza, M. (2018). *El proceso de identificación y prueba de la causal de adulterio en el divorcio controvertido*. UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR.

Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica

Vega-Malagón, G., Ávila-Morales, J., Vega-Malagón, A., Camacho-Calderón, N., Becerril-Santos, A., & Leo-Amador, G. (2014). PARADIGMAS EN LA INVESTIGACIÓN. ENFOQUE CUANTITATIVO Y CUALITATIVO. *European Scientific Journal*, 523-528.

Vieyra, G. (2016). *Efectos que produce el matrimonio*. México: Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.

## ANEXOS

Cuenca, 19 de abril 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 las estudiantes **DAYSE MARGARITA PERERO MORALES Y JESSICA GABRIELA TELLO LOJA** con número de cédulas **2400258337 y 1400517718** respectivamente, titulado "**LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA EN UN JUICIO DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE ADULTERIO FRENTE AL DERECHO DE INTIMIDAD DE UNA DE LAS PARTES PROCESADAS**", indica un 6% de índice de similitud.

Para los fines legales pertinentes,

Atentamente,



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

[www.ucacue.edu.ec](http://www.ucacue.edu.ec)

## CENTRO DE IDIOMAS

### RESUMEN

En el caso de un litigio por divorcio en donde el adulterio sea la causal, es necesario presentar pruebas que sustenten el reclamo, por ende, esto implicaría *exponer la vida sexual del cónyuge adúltero, vulnerando un derecho fundamental del ser humano como es el derecho a la intimidad, cuya base y aspectos de protección buscan precisamente que aspectos íntimos de la información de las personas, como sus prácticas religiosas, sexuales, políticas, filosóficas, etc., no sean públicos* Es por esto que, el principal objetivo de la investigación fue determinar si la obtención de la prueba en un juicio de divorcio por adulterio de una de las partes vulnera el derecho a la intimidad de la otra. La metodología utilizada fue de carácter cualitativo, en donde se empleó el método analítico y el método documental. Se concluye que, el adulterio en el Ecuador se encuentra normado como una causal para la disolución del vínculo matrimonial en el Código Civil, sin embargo, existe una gran dificultad a la hora de probar fehacientemente el hecho en un juicio de divorcio, debido a que para la obtención de la prueba conjetural que exige el Código Civil se estaría necesariamente transgrediendo derechos humanos básicos y reconocidos por la Constitución de la República de una de las dos partes.

**Palabras Clave:** Adulterio, divorcio, intimidad personal, matrimonio, COGEP



[www.ucacue.edu.ec](http://www.ucacue.edu.ec)

Cuenca: Av. de las Américas y Tarqui. ☎ Telf: 2830751, 2824365, 2826563 Azogues: Campus Universitario "Luis Cordero El Grande", (Frente al Terminal Terrestre).  
☎ Telf: 593 (7) 2241 - 613, 2243-444, 2245-205, 2241-587 Cañar: Calle Antonio Avila Clavijo. ☎ Telf: 072235268, 072235870 San Pablo de la Troncal: Cda. Universitaria  
km.72 Quinceava Este y Primera Sur ☎ Telf: 2424110 Macas: Av. Cap. José Villanueva s/n ☎ Telf: 2700393, 2700392

---

CENTRO DE IDIOMAS

ABSTRACT

In the case of divorce litigation, where adultery is the cause, it is necessary to present evidence to support the claim. Therefore, this would imply exposing the sexual life of the adulterous spouse, violating a fundamental human right such as the right to privacy, whose basis and aspects of protection seek precisely that intimate aspects of the information of people, such as their religious, sexual, political, philosophical practices, etc., are not public. Then, the main objective of the research was to determine whether obtaining evidence in a divorce trial for adultery of one of the parties violates the right to privacy of the other party. The methodology used was qualitative, using the analytical and documentary methods. The conclusion is that adultery in Ecuador is regulated as a cause for the dissolution of a marriage bond in the Civil Code. However, there is great difficulty in proving the fact in a divorce trial because obtaining the conjectural evidence required by the Civil Code would necessarily be transgressing fundamental human rights recognized by the Constitution of the Republic of one of the two parties.

**Keywords:** Adultery, divorce, personal intimacy, marriage, COGEP.



[www.ucacue.edu.ec](http://www.ucacue.edu.ec)

**CENTRO DE IDIOMAS**

Cuenca, 20 de abril 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

  
**Janneth Adriana Suquinagua Alvarado**  
**SECRETARIA CENTRO DE IDIOMAS**



[www.ucacue.edu.ec](http://www.ucacue.edu.ec)

Cuenca: Av. de las Américas y Tarquí. Telf: 2830751, 2824365, 2826563 Azogues: Campus Universitario "Luis Cordero El Grande", (Frente al Terminal Terrestre).  
Telf: 593 (7) 2241 - 613, 2243-444, 2245-205, 2241-587 Cañar: Calle Antonio Ávila Clavijo. Telf: 072235268, 072235870 San Pablo de la Troncal: Cda. Universitaria  
km.72 Quinceava Este y Primera Sur Telf: 2424110 Macas: Av. Cap. José Villanueva s/n Telf: 2700393, 2700392

Cuenca, 19 de abril del 2022

**Señor Doctor**

Mauricio Vasquez Illescas

**DECANO (S) DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

**Su despacho**

De mis Consideraciones

**DR. IVÁN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO**, docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutor de las estudiantes **JÉSSICA GABRIELA TELLO LOJA, DAYSE MARGARITA PERERO MORALES** con números de cédula **1400517718, 2400258337** quienes han realizado su Trabajo de Titulación denominado "**LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA EN UN JUICIO DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE ADULTERIO FRENTE AL DERECHO DE INTIMIDAD DE UNA DE LAS PARTES PROCESADAS**", debo informar a usted que dicho trabajo ha sido realizado 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:

  
**DR. IVÁN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO, MGS.**  
**DOCENTE TUTOR**

Jéssica Gabriela Tello Loja, Dayse Margarita Perero Morales, portador(a) de la cédula de ciudadanía Nº 1400517718, 2400258337. En calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación "LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA EN UN JUICIO DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE ADULTERIO FRENTE AL DERECHO DE INTIMIDAD DE UNA DE LAS PARTES PROCESADAS" 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, 19 de abril de 2022

F: 

Jéssica Gabriela Tello Loja

C.I. 1400517718

F: 

Dayse Margarita Perero Morales

C.I. 2400258337



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

INFORMA:




Que, **PERERO MORALES DAYSE MARGARITA C.C. 2400258337** y **TELLO LOJA JESSICA GABRIELA C.C. 1400517718**, de la carrera de **DERECHO**, presentaron su diseño de Trabajo de Titulación con el Título **“LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA EN UN JUICIO DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE ADULTERIO FRENTE AL DERECHO DE INTIMIDAD DE UNA DE LAS PARTES PROCESADAS”**, el mismo que fue aprobado en Sesión de Consejo Directivo de fecha **15 de octubre de 2021**, previo a la obtención del Título de Abogada 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, 19 de abril de 2022.

  
AB. FLOR CASTILLO VILLAVICENCIO



Elaborado por:	Ing. Paola Campoverde, Mgs	
Revisado por:	Ab. Flor Castillo Villavicencio	
Autorizado por:	Ab. Flor Castillo Villavicencio	

[www.ucacue.edu.ec](http://www.ucacue.edu.ec)



# **UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

## **UNIDAD ACADÉMICA CIENCIAS SOCIALES**

### **CARRERA DE DERECHO**

LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA EN UN JUICIO DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE ADULTERIO FRENTE AL DERECHO DE INTIMIDAD DE UNA DE LAS PARTES PROCESADAS.

**TRABAJO DE TITULACIÓN O PROYECTO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.**

**AUTOR: JÉSSICA GABRIELA TELLO LOJA**

**DAYSE MARGARITA PERERO MORALES**

**DIRECTOR: DR. IVAN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO, Mgs**

**CUENCA - ECUADOR**

**2021**

**DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO**

## **TEMA**

LA INFIDELIDAD CONYUGAL COMO CAUSAL DE DIVORCIO

## **TÍTULO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.**

LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA EN UN JUICIO DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE ADULTERIO FRENTE AL DERECHO DE INTIMIDAD DE UNA DE LAS PARTES PROCESADAS.

## **MARCO CONTEXTUAL DE LA INVESTIGACIÓN**

El Ecuador como Estado debidamente organizado que se rige por normas establecidas a través del derecho positivo, derecho que se ejerce en las distintas funciones del Estado establecidas por la Constitución, pero que recae mayoritariamente en la Función Legislativa la cual se encarga de regular el comportamiento de la sociedad a través de las leyes, con el fin de garantizar una convivencia pacífica y armoniosa en la sociedad. Esta área del buen vivir se interpreta como una relación entre los individuos que componen la sociedad con una ética, moral y estricto respeto a las leyes que se enmarcan en el estado.

La institución del divorcio tiene su origen en el derecho romano, conocido por la voz latina "Divortium", históricamente se han acentuado dos marcadas tendencias, en virtud de las cuales se pretende sostener el divorcio como un medio legalmente válido para la culminación del vínculo matrimonial, que se conoce como: sancionar el divorcio y remediar el

divorcio. La doctrina coincide en que la idea fundamental del divorcio remedial es que el divorcio no se concibe como una sanción (cónyuge culpable y cónyuge inocente) atribuida a uno de los cónyuges por incumplimiento de sus deberes maritales, sino propiamente como una salida, reservada para casos en que el conflicto ha alcanzado tal grado de agravación que hace imposible la vida conyugal.

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 110, sobre las causales de divorcio, establece el adulterio como uno de ellos, además el primero. La terminación del matrimonio con causa implica el establecimiento de una acción judicial, que según establece en este caso, el Código Orgánico General de Procedimiento, será por vía sumaria, durante la cual se deberá acreditar la existencia de esta causa a fin de proceda a la sentencia de divorcio. El hecho es que, al tener que acreditar esta acción en el proceso, a través de los diferentes tipos de prueba que establece la ley, como la prueba documental y testimonial en este caso, la práctica sexual y la vida íntima de quien la cometió será hechos públicos, así como la vida íntima de la familia, y estos hechos vulnerarían el derecho a la intimidad de las personas involucradas, especialmente del imputado como adúltero. Y cabe mencionar que el derecho a la privacidad está reconocido como un derecho humano fundamental en la legislación internacional y en la Constitución del Ecuador.

También se entiende por adulterio la relación carnal ilegítima de un hombre con una mujer, estando uno o ambos casados; es decir que lo que sanciona es el hecho de haber tenido relaciones sexuales fuera del matrimonio, carnal o simplemente sexo. En primera instancia no llama mucho la atención que esta causal de divorcio sea una posibilidad para exigir la terminación del contrato matrimonial, pero en la práctica merece cierta atención el hecho de que no es una causal de uso frecuente, siendo

que el adulterio sí lo es realmente una de las razones más comunes por las que las personas desisten de seguir casadas.

Bajo esta apreciación, dado el caso de un litigio de divorcio por esta causa, será necesario presentar pruebas que sustenten el reclamo en este orden, y esto implicaría lógicamente exponer la vida sexual de la persona involucrada, de la persona que cometió el acto, y esto vulneraría un derecho fundamental y muy personal del ser humano como es el derecho a la intimidad, cuya base y aspectos de protección buscan precisamente que aspectos íntimos de la información de las personas, como sus prácticas religiosas, sexuales, políticas, filosóficas , etc., no son públicos.

De esta forma es que a través de la investigación propuesta se pretende establecer la realidad de todos estos elementos normativos y doctrinarios que se han mencionado y que están involucrados en la opinión del autor dentro del matrimonio, el divorcio, el adulterio, y la obtención de la prueba controvertida.

## **FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿La obtención de la prueba para demostrar la causal de adulterio en un juicio de divorcio podría vulnerar el derecho a la intimidad de una de las partes procesadas?

## **OBJETO DE ESTUDIO.**

El objeto de estudio de la investigación propuesta se enmarca en el área del Derecho procesal, debido a que se requiere abordar la obtención de la prueba en un juicio de divorcio por la causal de adulterio frente al derecho de intimidad de una de las partes procesadas en la legislación ecuatoriana con la finalidad de aclarar los elementos normativos y doctrinarios inmersos, y de ser el caso, elaborar una propuesta que subsane el problema de estudio.

### **CAMPO DE ACCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.**

- Constitución de la República del Ecuador
- Convenios y Tratados Internacionales
- Código Civil del Ecuador
- Código Orgánico General de Procesos
- Legislación comparada

### **LÍNEA DE INVESTIGACIÓN.**

Derecho y administración de justicia

### **3. OBJETIVO GENERAL**

Determinar si la obtención de la prueba en un juicio de divorcio por adulterio de una de las partes vulnera el derecho a la intimidad de la otra.

#### **4. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

Definir el alcance del derecho a la intimidad de una persona y su afectación en la obtención de la prueba controvertida.

Determinar los motivos de la ineficacia del adulterio como causal de divorcio en la legislación ecuatoriana.

Realizar un estudio comparativo sobre cómo se regula el término adulterio en las legislaciones de los países que integran la Comunidad Andina.

#### **5. TIPO DE INVESTIGACIÓN.**

En función de la naturaleza de la investigación propuesta, esta tendrá un enfoque cualitativo, que se basa en métodos de recolección de datos sin medición numérica como la descripción y observación del fenómeno, donde el proceso es flexible y se mueve entre los eventos y su interpretación, además, es de uso frecuente en fenómenos sociales, su énfasis no está en medir las variables involucradas en el fenómeno, sino que en su comprensión no realiza análisis estadísticos (Vega et al., 2014).

Esto, principalmente a que los datos recolectados de las variables de estudio no serán estandarizados, y serán analizados por medio de evaluaciones con carácter no numérico. Este tipo de investigación se elige cuando quieres comprender o explicar el comportamiento de un grupo

objetivo, pero también si estás buscando nuevas ideas o productos, o si simplemente quieres probar algo.

Ante este enfoque, se propone un diseño fenomenológico, en donde su principal propósito es explorar, describir y comprender las vivencias de las personas con respecto a un fenómeno y descubrir los elementos comunes de dichas vivencias. El fenómeno se identifica desde el enfoque y puede ser tan variado como la amplia experiencia humana (Hernández et al., 2014).

Por lo tanto, el análisis fenomenológico propuesto es un enfoque de investigación cualitativo, que, alineado a lo antes mencionado, busca comprender los significados asociados a la experiencia vivida en lo que respecta a la obtención de la prueba en casos de adulterio.

Además, se propone que el alcance de la investigación sea descriptivo, que busca precisar las propiedades, características y perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis. Es decir, solo buscan medir o recopilar información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o variables a los que se refieren, es decir, su objetivo no es indicar cómo se relacionan entre sí (Hernández et al., 2014).

Se propone este tipo de investigación principalmente debido a que se pretende describir la realidad inmersa que implica la obtención de la prueba en un juicio de divorcio por la causal de adulterio frente al derecho de intimidad de una de las partes procesadas.

## **6. MARCO CONCEPTUAL Y TEÓRICO.**

### **11.1 Matrimonio.**

El matrimonio constituye una de las instituciones sociales más antiguas, puesto que, desde el comienzo de la organización de las personas surge el mismo, por tanto, se establece como institución jurídica a partir de la creación del derecho y a través de las medidas que la sociedad fue adquiriendo acorde a su desarrollo.

El matrimonio es la unión o vínculo conyugal entre un hombre y una mujer, que consienten en forma libre y voluntaria ante la ley, con el fin de hacer una vida común, en la que se procuran fidelidad, igualdad, respeto, ayuda mutua, entre otras.

Para enfatizar lo mencionado en líneas precedentes es necesario precisar lo que manifiesta Toaquizza (2018) acerca del matrimonio.

El matrimonio, como institución jurídica, puede concebirse como una regla en conjunción con la aparición del Derecho y de las normativas jurídicas positivas que la sociedad adoptó como desarrollo social se manifestó y lo hizo necesario. Varios fueron los factores que lo configuraron, así como durante el tiempo de adopción consuetudinaria primero, y positivo segundo, ha sufrido una serie de cambios, de evoluciones en torno a su consideración, tratamiento y consecuencias tanto morales, éticas, sociales y jurídicas lógicamente. El matrimonio es una institución no solo jurídica, sino esencial e inicialmente social, por la cual se establece un vínculo de unión entre un hombre y una mujer, aunque hoy

este concepto ha cambiado por el de dos seres humanos independientemente de su sexo; mediante el cual permanecen juntos para procrear, organizar una familia, vivir juntos y ayudarse mutuamente de por vida (Toaquiza, 2018, p. 16).

Por otro lado, Girgis (2011) define al matrimonio de la siguiente manera:

El matrimonio se distingue de cualquier otra forma de relación por su carácter integral. Implica compartir vidas y recursos, y una unión de mentes y voluntades; de ahí, entre otras cosas, el requisito del consentimiento para formar un matrimonio. Pero, desde el punto de vista conyugal, también incluye la unión corporal orgánica. Esto se debe a que el cuerpo es una parte real de la persona, no sólo su disfraz, vehículo o propiedad (Girgis et al., 2011, p. 247).

Esta definición denota que el matrimonio es una de las decisiones más importantes de la existencia humana, puesto que de él surge la familia como la célula básica de la sociedad, por ello es de vital importancia que el matrimonio se dé a través de un acuerdo de voluntades a realizar una comunidad de vida entre los futuros cónyuges.

## **11.2 Divorcio.**

El divorcio es la terminación del vínculo conyugal entre el hombre y la mujer, este se da a través de un proceso judicial o administrativo, por mutuo acuerdo o por las diferentes causales que señala la ley dentro del

Código Civil ecuatoriano en su artículo 110, cabe mencionar que el divorcio tiene consecuencias jurídicas propias.

Para tener una idea clara de la palabra divorcio, se analizará algunas definiciones:

El divorcio es una institución que se introdujo en los ordenamientos jurídicos europeos especialmente a través de la Reforma Protestante, acelerando su acogida a partir del siglo XVIII con el impulso de la Revolución Francesa y consolidándose definitivamente en el Estado Liberal, que nació en el año 1850. Pero la historia del divorcio se remonta a la existencia misma del matrimonio, por lo que podríamos decir que ver la historia del divorcio en el mundo es ver la historia del matrimonio en primera instancia, ya que estas instituciones legales dependen unas de otras. Y así se tiene que el Código de Hammurabi de finales del año 300 a.C., ya trata del divorcio, pero de forma restringida. Porque la intervención de esta figura es mínima; ya que solo hablaba de la separación de la vida conyugal de la pareja (Chimborazo, 2015, p. 57).

Esta definición nos lleva a analizar al divorcio como una institución jurídica que se remonta a la existencia misma del matrimonio, puesto que estas dos instituciones coexisten mutuamente, al no existir matrimonio entre una pareja no existiría divorcio, por tanto, estas instituciones legales dependen una de la otra para poder existir.

Para Toaquizá el divorcio puede establecerse como la disolución legal o religiosa del matrimonio (en este caso por algunas causas

excepcionales), lo que implica un consenso entre ambas partes para que se lleve a cabo. Las leyes de las diferentes naciones protegen a los niños, ya que las condiciones posteriores a la ruptura pueden ser injustas para la descendencia (Toaquiza, 2018, p. 37).

El divorcio es la vía judicial por medio del cual se termina la unión o vínculo conyugal existente entre un hombre y una mujer, este se da por mutuo acuerdo entre las partes o en su defecto la parte que se creyere afectada puede recurrir a cualquiera de las causales que estable la ley dentro del Código Civil en su artículo 110 que contempla la disolución del matrimonio. Los efectos del matrimonio son múltiples, no obstante, uno de ellos es velar por la educación, crianza y bienestar de los hijos que han sido procreados dentro del matrimonio, de existir estos.

Por tanto, el divorcio es una de las formas de terminar la relación matrimonial o el matrimonio. Desde el punto de vista del derecho procesal, el divorcio es el proceso mediante el cual uno de los cónyuges demanda al otro con el mismo fin mencionado anteriormente. El divorcio es entonces un procedimiento judicial establecido por la ley mediante el cual, un juez competente declara en sentencia la disolución del matrimonio y sus efectos. (Toaquiza, 2018, p. 38).

Finalmente, al divorcio se lo puede definir como la vía judicial para dar por terminado la unión conyugal existente entre un hombre y una mujer, mediante una demanda ante la autoridad competente, quién de ser el caso, declarará en sentencia la terminación de la sociedad conyugal, con ello la terminación de la cohabitación que existía entre las partes litigantes y la liquidación de los bienes, no obstante; si en dicho matrimonio se ha procreado hijos, dentro de este proceso judicial se velará por el cuidado, crianza y educación de los mismos.

### **11.3 Fidelidad.**

La fidelidad es aquella virtud moral que inclina a la voluntad de una persona a cumplir, con exactitud, sinceridad e intención aquellas promesas hechas hacia otra. Por ello, la fidelidad es una pieza clave dentro de un matrimonio, es decir la fidelidad, es la expresión de la necesaria limitación vital de la libertad y de su buen ejercicio. Por ello, la lealtad es el fundamento humano más importante de la fidelidad, al ser este el indicador de cuando una persona está haciendo un uso correcto de su libertad y cuando moralmente no, dentro de los compromisos y obligaciones que fueron adquiridos libremente hacia su pareja de vida.

En el derecho romano se establecía el deber de fidelidad recíproca entre los cónyuges y así la Ley Julia de Adulteris coercendis, calificaba el adulterio como delito de carácter público y social, pero al igual que la Ley Julia se consideraba que el marido disfrutaba fuera de su libertad irrestricta por actos de fornicación con personas solteras, pero la mujer culpable y su cómplice fueron castigados en cambio con el relevo a una de las islas penales, bajo el Imperio de Constantino el cómplice recibió la pena de muerte y la mujer relegada y de reclusión de Justiniano en un convento (Chimborazo, 2015, p. 31).

### **11.4 Adulterio**

El adulterio se produce por mantener relaciones sexuales libre y voluntariamente con otra persona que no es su cónyuge, instituyendo así una causal de divorcio establecida en nuestro Código Civil, pudiendo así con esta concluir el vínculo matrimonial que legalmente ambos cónyuges contrajeron libremente.

Este acto sexual realizado por uno de los cónyuges, es un incumplimiento total de las obligaciones legales y morales que adquirieron al momento de casarse. Debido a su complejidad en la obtención de la prueba, se debe ser muy minucioso en cada parte del proceso legal.

El adulterio consiste en mantener relaciones sexuales por parte de uno de los cónyuges con un tercero que no es su cónyuge. Esta sería una causa indirecta, inculpatoria y perentoria que daría lugar a la ruptura de la unión marital, que vendría de la violación del deber de fidelidad, por la relación sexual que se mantiene con una persona que no es su cónyuge, porque los cónyuges tienen el privilegio de que su otro cónyuge solo mantenga tales actos sexuales entre ellos. Su base se encuentra en la transgresión del deber de fidelidad que tiene como consecuencia la inestabilidad conyugal, esto porque hace insoportable la convivencia. El deber de fidelidad se entiende como el respeto entre ambos, por eso desde una perspectiva moral, el adulterio del hombre es tan repudiable como el cometido por la mujer; pero desde otra perspectiva las consecuencias jurídicas del adulterio del cónyuge podrían asumir mayor gravedad, ya que cuestiona el principio *pater is est* y, con ello, quizás, la introducción de un extraño en la familia (Alanya & Aliaga, 2018, p. 53).

Por lo tanto, la fidelidad que debe existir entre los cónyuges, es primordial para constituir un matrimonio en armonía que no existía la inestabilidad entre ambos cónyuges. En definitiva, el adulterio es una trasgresión directa a la concepción de fidelidad que mantiene el matrimonio monogámico.

En la mayor parte de la época pasada fue objeto de críticas y controversias, aunque en ese período, el castigo contra el adulterio no fue tan severo contra los hombres, aunque sí lo fue con respecto a las mujeres. Ya en nuestra era, paulatinamente con la equidad de la ley que se ha establecido para ambos sexos se ha ido igualando la sanción legal y moral, hasta que, en la actualidad, el adulterio es una perniciosa violación para cualquier parte del casado. Es un error señalar que el adulterio no tiene el mismo concepto que la infidelidad, ya que el primero implica inexorablemente el acto sexual, mientras que la infidelidad no necesariamente. El adulterio es, de hecho, una violación de un acuerdo legal que, además de atentar contra las consignas legislativas, atenta contra la integridad sentimental de la víctima, así como la prole de sangre por la incertidumbre que genera la relación de un individuo con otros (Toaquiza, 2018, p. 45).

Probablemente uno de los problemas más controvertidos que ha tenido que afrontar la humanidad en su tránsito por sus diferentes periodos históricos hasta la actualidad es el de la infidelidad conyugal. Ha de ser considerado un problema controvertido ya que se construye, entre muchos otros factores clave, sobre un pilar también controvertido y básico de la cultura: la sexualidad, cataclismo iniciático de la aventura humana, con significados divididos para hombres y mujeres, que anclan en el Figura de Eva, causa de la "perdición" del hombre hasta hoy, confirmada en los marcos de la Literatura, la Historia, la Mitología, la Religión, la Ciencia e incluso coercitivamente, por el Derecho. La infidelidad conyugal constituye un fenómeno muy complejo, en cuyo origen, si asumimos la teoría engelsiana de la formación de la familia, la propiedad privada y el Estado, encontramos la base del rumbo tomado por el fenómeno como construcción sociocultural que legitima y estigmatiza de forma diferenciada para hombres y mujeres respectivamente. Se podría decir que es un apéndice del orden social establecido por el patriarcado (Hernández & Pérez, 2007, p. 77).

## **11.5 Prueba Judicial**

La prueba judicial debe tener validez jurídica en su obtención, para que el juzgador considere pertinente y valida esta prueba en el proceso legal que está en desarrollo. Debe ser clara y precisa en los hechos que se pretende demostrar en un juicio y poder así llevar al convencimiento total del Juez.

Para que el adulterio sea una causal en un proceso de divorcio se debe demostrar que uno de los cónyuges mantuvo relaciones sexuales con otra persona que no sea su cónyuge. La complejidad de la obtención de la prueba surge si al momento de exhibir las pruebas que certifiquen que realmente hubo este acto sexual, vulnera el derecho a la intimidad de una de las partes procesadas

La prueba judicial puede entenderse como los argumentos o motivos que surgen de las fuentes o medios de conocimiento utilizados por las partes o intervinientes en el proceso para formar la convicción del juez sobre los hechos que son los presupuestos de sus intereses materiales perseguidos. Este concepto aglutina los tres significados de la prueba judicial: como argumentos sobre la existencia de los hechos, como instrumentos que contienen dichos argumentos y como convicción del juez sobre los hechos formados a partir de los argumentos. La prueba como instrumento debe entenderse como fuente o como medio; el uno y el otro son iguales, pero en momentos diferentes; la fuente es el momento principalmente sensible y el medio es esencialmente la formalización legal. Finalmente, la prueba como condena del juez es la misma verdad fáctica que el juez como autoridad jurisdiccional del Estado declara en el proceso; esta condena del juez es la que las partes o los intervinientes en el proceso buscan que el juez reconozca en su decisión a fin de que se reconozca el derecho o el interés perseguido (Ruiz, 2007, p. 198).

Dentro de la clasificación de la prueba judicial, según su contradicción, se encuentran las pruebas controvertidas, que son aquellas que han sido presentadas a la parte contraria precisamente para ser controvertidas. Por tanto, si esta prueba no ha sido debidamente controvertida, por ejemplo en un proceso penal, no se podrá dictar acusación ni condena, ya que ello estaría actuando en contra del derecho a la defensa y al debido proceso (Escobar, 2010, p. 25).

Dentro de la Doctrina y jurisprudencia de la legislación ecuatoriana, que es descendiente del Derecho Romano, existen dos tipos de prueba, la directa y la indirecta, siendo la directa la prueba concluyente de que se cometió el adulterio, es decir, la prueba del coito entre los adúlteros; mientras que la indirecta estaría centrada en la prueba testimonial, confesión judicial, etc. Bueno, la única forma de probar estas teorías sería mediante video y cintas magnéticas, igual que el Código Procesal Civil en su art. 121 expresa medios de prueba, pero porque los administradores de justicia en la legislación ecuatoriana no ceden al trámite pertinente en los juicios contenciosos de divorcio que interponen esta causa para disolver el vínculo matrimonial (Chimborazo, 2015, p. 44).

### **11.6 Intimidad Personal**

La intimidad personal es un derecho que tenemos todas las personas y no debe ser vulnerado por ninguna circunstancia, es la facultad que nos permite resguardar aspectos personales que no son de conocimiento público. Los seres humanos tenemos la libertad de poder decidir qué información compartir con los demás o mantener en confidencialidad aspectos de la vida personal.

Es por esto, que poder demostrar que existió adulterio por parte de uno de los cónyuges es controversial y lo difícil que es la obtención de la prueba en estos casos, debido que, la prueba principal es exponer la

intimidad de una de las partes procesales y si esto vulnera así su derecho a la intimidad personal.

Por último, es necesario abordar el derecho a la intimidad personal, el cual, fue reconocido como un derecho humano internacional antes de que se incluyera en ninguna constitución estatal. En los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, cuando se concibió el sistema de derechos humanos, las constituciones estatales sólo protegían aspectos de la intimidad. Dichas garantías se referían, por ejemplo, a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia y al clásico problema de los registros corporales no razonables. Sin embargo, ninguna constitución estatal contenía una garantía general del derecho a la intimidad. Una garantía integral que protegiera los aspectos más específicos en su totalidad -con un "término paraguas" como "intimidad" o "vida privada"- era desconocida en aquel momento. Esta evolución fue muy notable e inusual. Los derechos humanos internacionales son el "núcleo duro" de los derechos fundamentales garantizados por las constituciones de los Estados liberales. Suelen pasar del ámbito estatal al internacional cuando están bien establecidos y cuando es el momento oportuno, y no al revés. En el caso del derecho a la intimidad, la garantía internacional fue desde el principio más allá de las garantías nacionales. Se creó algo nuevo que no conocía ningún ejemplo en ninguna constitución estatal (Diggelmann & Cleis, 2014, p. 3). La Declaración Universal de los Derechos Humanos se redactó en los años 1946-48. Desde el principio, estaba claro que la intimidad estaría garantizada de una forma u otra. No se debatió la inclusión o no de una disposición sobre la intimidad.

Los enfoques jurídicos, políticos y filosóficos de la privacidad han tratado de aclarar ambigüedades referentes a la privacidad y la intimidad, mediante la elaboración de taxonomías y tipologías, abordando las diferencias conceptuales entre la intimidad y otros derechos (por ejemplo, la igualdad, la propiedad, la autonomía, la libertad, la dignidad, el

anonimato, la confidencialidad, la reclusión, el secreto y la seguridad), y ofreciendo evaluaciones normativas de la política y la adjudicación de la privacidad en diversas jurisdicciones. Después de haber reflexionado durante mucho tiempo sobre la cuestión, Robert Post lo resume sucintamente, pues menciona que la intimidad es un valor tan complejo, tan enredado en dimensiones competitivas y contradictorias, tan cargado de significados distintos y variados, que a veces me desespera que se pueda abordar de forma útil (Baghai, 2012, p. 952).

El juez de la Corte Suprema de Estados Unidos Cooley, señaló que el derecho a la intimidad es el derecho a quedarse en la soledad de su espíritu, al afirmar "The Right to be Alone", que es el derecho a estar solo, para que la gente no sepa, sepa, vea, oiga, lo que se refiere a nuestra vida, y que no queramos que trascienda, de tal manera que sea consecuencia o derivación del hecho a la dignidad del ser humano, cuyo análisis he realizado en artículos publicados en esta misma Sección Judicial, que no pueden ser invadidos por terceros, ya sean particulares o por el propio Estado. El distinguido abogado Ángel Osorio Gallardo, acertadamente dijo al respecto que existe un derecho a la libertad de intimidad. El derecho de las personas a disfrutar de la intimidad pacífica de su existencia, sin enfrentar otras responsabilidades que las derivadas de sus actos. El resto, como los gustos, las aflicciones, los deseos, los modos de proceder, el carácter, el orden familiar, deben ser sagrados e invulnerables, sin que nadie tenga derecho a inmiscuirse en tales asuntos. El tratadista Recaseus Sichs, dice que la intimidad es sinónimo de conciencia de la vida interior, por lo tanto, este campo está completamente fuera del campo legal, porque desde todo punto de vista es imposible penetrar auténticamente en la privacidad de los demás (González, 2015, p. 108-109).

Podemos concluir que el derecho a la intimidad personal es toda la información propia del ser humano y la libertad de decisión que tiene en poder compartir su vida personal. Es un derecho primordial de cada

persona en reservar información que considere pertinente y no se sienta en la obligación de exponer su vida privada.

## **7. HIPÓTESIS O IDEAS A DEFENDER EN LA INVESTIGACIÓN**

La obtención de la prueba controvertida en el adulterio como causal de divorcio transgrede el derecho a la intimidad de una de las partes implicadas.

## **8. MÉTODOS A UTILIZARSE EN LA INVESTIGACIÓN**

Para la etapa de fundamentación teórica, se propone utilizar el método analítico, el cual, será llevado a cabo por medio de una revisión bibliográfica con la finalidad de obtener las bases teóricas necesarias para la investigación. A lo cual, Hurtado (2010) menciona que, el análisis es un procesamiento cognitivo reflexivo, lógico que implica abstraer los patrones de relación interna de un evento: hecho, situación, proceso, comportamiento. La investigación analítica tiene como objetivo analizar un evento y comprenderlo en términos de sus aspectos menos obvios. La investigación analítica incluye tanto análisis como síntesis.

Para el diagnóstico situacional, se propone la utilización de la revisión documental con el propósito de obtener la información necesaria sobre el estado actual del problema propuesto. A lo cual, Hurtado (2010) menciona que, la revisión documental es un proceso que implica localizar, recopilar, seleccionar, revisar, analizar, extraer y registrar la información contenida en los documentos. La técnica de revisión documental se puede

utilizar para varios propósitos. De hecho, se utiliza para la construcción del fundamento noológico de la investigación y, en este caso, la búsqueda de información se orienta a configurar un punto de partida teórico, conceptual, histórico, jurídico y contextual.

Por último, para la etapa de propuesta, se propone el empleo del método deductivo, con el propósito de obtener una propuesta de soluciones al problema de estudio. También Prieto (2017) menciona que el método deductivo, que en términos de sus raíces lingüísticas significa conducir o extraer, se basa en el razonamiento, al igual que el método inductivo. Sin embargo, su aplicación es totalmente diferente, ya que en este caso la deducción intrínseca del ser humano permite pasar de principios generales a hechos particulares. Esto se traduce esencialmente en el análisis de los principios generales de un tema específico: una vez que se ha probado y verificado que un principio dado es válido, se aplica a contextos particulares.

## **9. POBLACIÓN Y MUESTRA**

Por la naturaleza de la investigación no aplica.

## **10. CRONOGRAMA DE TAREAS**

**Tabla 1** Cronograma de tareas

Actividades Calendario	es 1	es 2	es 3	es 4	es 5	es 6
Revisión y selección de la información bibliográfica de las teorías y conceptos		x				
Elaboración de la fundamentación teórica		x	x			
Elaboración de los instrumentos para la recolección de información			x			
Validación de los instrumentos para la recolección de información			x			
Aplicación de los instrumentos para la recolección de información				x		
Procesamiento y				x		

análisis de información						
Elaboración del diagnóstico de la investigación					>	
Contrastación con las teorías, elaboración de la propuesta, conclusiones y recomendaciones					>	>
Elaboración del informe final en la secretaría de la Unidad Académica						>
Sustentación individual ante un tribunal de grado						>

## BIBLIOGRAFÍA

Alanya, J., & Aliaga, L. (2018). *LA IMPRECISIÓN EN LOS PLAZOS DE CADUCIDAD EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS CONYUGES EN LA CIUDAD DE HUANCAYO- 2016*. UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES.

Baghai, K. (2012). *Privacy as a Human Right: A Sociological Theory*. SAGE.

Chimborazo, L. (2015). *EL ADULTERIO Y EL JUICIO DE DIVORCIO CONTENCIOSO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA*. UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO.

Código Civil del Ecuador. (2005). *Oficio No. 0110-CLC-CN-05*. Obtenido de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>

Código Orgánico General de Procesos. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Asamblea Nacional del Ecuador.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Asamblea Nacional. Obtenido de <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Constitucion.pdf>

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Asamblea General de las Naciones Unidas - Resolución 217 A (III).

Diggelmann, O., & Cleis, M. N. (2014). How the Right to Privacy Became a Human Right. *Human Right*, 441-458.

Escobar, M. (2010). *LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, EN LA MOTIVACION DE UNA SENTENCIA EN LA LEGISLACION ECUATORIANA*. UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR, SEDE ECUADOR.

Girgis, S., George, R., & Anderson, R. (2011). WHAT IS MARRIAGE? *Harv. JL & Pub. Pol'y*.

González, A. (2015). *El juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos Cooley, señaló que el derecho a la intimidad, es el derecho a ser dejado en la soledad de su espíritu, al manifestar "THE RIGHT TO BE ALONE"*, *El juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos Cooley, señal*. Universidad de Castilla - La Mancha.

Guerrero, K. (2016). *ESTUDIO DOGMÁTICO Y JURIDICO DE LA PRUEBA EN EL DIVORCIO INICIADO POR LA CAUSAL DE ADULTERIO*. Universidad Técnica de Machala.

Hernández García, Y., & Pérez Gallo, V. H. (2007). Un análisis feminista de la infidelidad conyugal. *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*.

Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill.

Hurtado, J. (2010). *Metodología de la Investigación*. Quirón Ediciones.

Prieto, B. (2017). I uso de los métodos deductivo e inductivo para aumentar la eficiencia del procesamiento de adquisición de evidencias digitales. *Cuadernos de Contabilidad*.

Ruiz, E. (2013). *NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASIGNACIÓN OTORGADA AL CÓNYUGE PERJUDICADO EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO*. UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA.

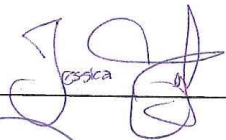
Ruiz, L. (2007). EL DERECHO A LA PRUEBA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL. *Estudios de derecho*, 181-206.

Toaquizza, M. (2018). *El proceso de identificación y prueba de la causal de adulterio en el divorcio controvertido*. UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR.

Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica.

Vega-Malagón, G., Ávila-Morales, J., Vega-Malagón, A., Camacho-Calderón, N., Becerril-Santos, A., & Leo-Amador, G. (2014). PARADIGMAS EN LA INVESTIGACIÓN. ENFOQUE CUANTITATIVO Y CUALITATIVO. *European Scientific Journal*, 523-528.

17. FIRMAS DEL TUTOR Y DEL RESPONSABLE DE INVESTIGACIÓN QUE  
APRUEBA EL DISEÑO



Jéssica Gabriela Tello Loja

Investigador



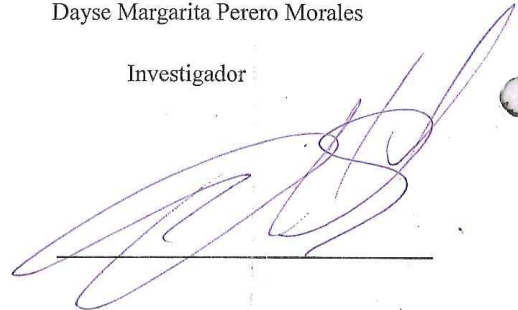
Dayse Margarita Perero Morales

Investigador

Dr. Ivan Patricio Culcay Villavicencio

Tutor



Dra. Paola Priscila Vallejo Cárdenas

RESPONSABLE DE LA TITULACIÓN

