

La falta de *affectio coniugalis* como nueva o suficiente causal de divorcio

The Lack of *affectio coniugalis* as a New or Sufficient Ground for Divorce

Paúl Alejandro Centeno Maldonado 

Universidad Regional Autónoma de Los Andes
Ecuador
ur.paulcenteno@uniandes.edu.ec

Jorge Eduardo Samaniego Braganza 

Universidad Regional Autónoma de Los Andes
Ecuador
dr.jorgeesb57@uniandes.edu.ec

Iván Fernando Andrade Arrieta 

Universidad Regional Autónoma de Los Andes
Ecuador
ur.ivanandrade@uniandes.edu.ec

Fecha de enviado: 28/01/2023

Fecha de aprobado: 02/02/2023

RESUMEN: El presente trabajo de investigación tiene por objetivo analizar la falta de *affectio coniugalis* como una nueva o suficiente causal de divorcio, al ser un elemento esencial del matrimonio, pues en el Código Civil ecuatoriano, las mismas no pueden ser usadas como fundamentos de derecho para la interposición de una demanda de divorcio contra el cónyuge de una persona por falta de afecto. El estudio es predominantemente exploratorio y cualitativo. Como técnicas se emplearon la entrevista y la encuesta, con el fin conocer el criterio de la sociedad riobambeña respecto a la pérdida del afecto conyugal como causa de divorcio. Se concluye que el Derecho no puede obligar a dos personas a vivir juntas cuando al menos una de ellas es contraria a tal posibilidad. En las jurisprudencias españolas y uruguayas existe el precedente de causas donde se reconoce la falta de *affectio coniugalis* como un causal considerable para la disolución del vínculo matrimonial legalmente constituido. En consecuencia, se considera menester modificar el marco jurídico ecuatoriano que tiene preestablecidas otras causales que no consideran el *affectio coniugalis* .

PALABRAS CLAVE: marco jurídico ecuatoriano; divorcio; *affectio coniugalis* ; vínculo matrimonial.

ABSTRACT: The objective of this research work is to analyze the lack of *affectio coniugalis* as a new or sufficient cause for divorce, as it is an essential element of marriage, since in the Ecuadorian Civil Code, they cannot be used as legal grounds for the filing of a divorce suit against the spouse of a person for lack of affection. The study is predominantly exploratory and qualitative. As techniques, the interview and the survey were used, in order to know the criteria of the Riobambeña society regarding the loss of conjugal affection as a cause of divorce. It is concluded that the Law cannot force two people to live together when at least one of them is contrary to such a possibility. In Spanish and Uruguayan jurisprudence, there is a precedent for causes where the lack of *affectio coniugalis* is recognized as a considerable cause for the dissolution of the legally constituted marriage bond. Consequently, it is considered necessary to modify the Ecuadorian legal framework that has pre-established other causes that do not consider *affectio coniugalis* .

KEYWORDS: juridical Ecuadorian frame; divorce; *affectio coniugalis* ; marriage bond.

La Real Academia de la Lengua Española (2021) define el divorcio por mutuo acuerdo como la disolución del vínculo matrimonial que se obtiene gracias a una sentencia judicial que pone fin a un procedimiento, el cual se inició por una solicitud en la que ambos cónyuges estuvieron de acuerdo en realizar y han cumplido con todos los requisitos legales que la ley marca para lograr se dicte sentencia.

En el pasado, el divorcio era un derecho exclusivamente concedido al hombre, en virtud de que, si este en algún momento del matrimonio ya no sentía la voluntad de convivir con su cónyuge por diversas causas, ya sea por ignorancia, por infidelidad o por el simple repudio a la misma, el hombre hacía uso del divorcio para disolver el vínculo matrimonial que los unía. Posteriormente a la mujer le fue concedida la herramienta del divorcio para terminar con el matrimonio, pero con una efectividad muy limitada, ya que podrían acceder a la disolución del vínculo matrimonial ya sea por la crueldad del cónyuge o por excesos que provengan de este, sin mencionar que, en el caso de haber concebido hijos estos se quedarían con el varón, mientras que, por otro lado, la mujer tendría que salir del hogar al haberse terminado el matrimonio.

El divorcio surge como una institución del Derecho Civil que regula la disolución del vínculo matrimonial (Herrera et al., 2013). En la actualidad, en el marco legislativo ecuatoriano, el Código Civil prescribe que el matrimonio puede terminar por diversos motivos, entre los cuales se encuentra el divorcio. El Código Civil reformado por la Asamblea Nacional indica que mediante este acto el vínculo matrimonial queda disuelto permitiendo que los cónyuges puedan

contraer nuevamente matrimonio, determinándose en el artículo 110 las siguientes causales por las que se puede llegar al divorcio:

1. El adulterio de alguno de los cónyuges.
2. Sevicia.
3. Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente en un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.
4. Amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro.
5. Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice.
6. El hecho de que dé a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en el Código.
7. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o a uno o más de los hijos.
8. El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable o contagiosa o transmisión a la prole.
9. El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general, toxicómano.
10. La condena ejecutoriada a reclusión mayor.
11. Se la entiende como malos tratos habituales o esporádicos, los cuales pueden ser de palabra u obra contra una persona, con objeto de humillarla, denigrarla, hacerle la vida insoportable y sufrir daños nos solamente físicos sino también psicológicos, logrando que la vida conyugal sea intolerable.

12. El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente. Sin embargo, si el abandono a que se refiere este artículo, hubiera durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges (Congreso Nacional de Ecuador, 2019).

Sin embargo, todas estas causales propician un novedoso debate si se considerara que únicamente el hecho de interponer una demanda de divorcio a su propio cónyuge, dimana la inexistencia de afecto conyugal dentro del matrimonio. Entonces cabe la interrogante siguiente: ¿no es acaso una posible causal la existencia de una falta de afecto dentro de la comunidad matrimonial? Si esto sucede, forzoso será cuestionarse que en caso de que, si uno de los cónyuges no se encuentra en conformidad con llevar a cabo la continuidad de dicho matrimonio, habría que obligarse en contra de la propia voluntad a convivir con quien ya no se tiene el vivo deseo de estar.

Con el paso del tiempo, la concepción de las relaciones de afectividad ha variado, disgregando el binomio compromiso-relación de afectividad, lo cual ha influido determinadamente en la concepción social del matrimonio o de pareja de hecho. De acuerdo con la realidad social que se vive, no es la convivencia el cimiento sobre el que se sustenta la solidez de una relación, sino en la estabilidad de la *affectio maritalis*; es decir, prima el vínculo emocional sobre la relación material, por lo que para justificar su existencia es preciso atender a otros factores circunstanciales, además de la convivencia (Jiménez & Ontiveros, 2020).

Teniendo en cuenta que se identifica como problema la limitada causalidad prevista para la disolución del vínculo matrimonial, la presente investigación se plantea como objetivo analizar si se debería considerar a la falta de *affectio coniugalis* como una nueva o suficiente causal de divorcio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Fundamentos teóricos

Previamente, a lo largo de la historia, el elemento de repudio ha sido una forma de disolver el vínculo matrimonial, sin embargo, es necesario aclarar que era exclusivamente un derecho del hombre hacer uso de la causa del repudio para terminar con el matrimonio. El hombre podía repudiar a su mujer ya sea por adulterio, esterilidad, imprudencia, torpeza, una vida licenciosa, entre otras causas adecuadas a la época y claro, posteriormente, de manera excepcional este derecho a disolver el vínculo matrimonial por medio del repudio, llegó a serlo de la mujer también (Baquero & Buenrostro, 2019).

En Atenas, por ejemplo, a la mujer le fue otorgado el derecho a divorciarse o a repudiar a su marido ya sea por crueldad o excesos de este, empero la efectividad de este derecho era escasa debido a su limitación de salir del hogar o acudir al arconte para poder entablar de esta forma, una demanda de divorcio, esto ante la tétrica realidad de que, en ese entonces, sus hijos se quedarían con el cónyuge si el vínculo matrimonial llegara a disolverse.

En Roma, los divorcios fueron rarísimos durante los primeros siglos, aunque existía la igualdad conyugal, destacándose por ello la facultad tanto del hombre como de la mujer de repudiar al cónyuge. Luego surgió en cierta

forma la consideración actual del divorcio, tanto consensual como contencioso, aunque para este último debían esgrimirse causas debidamente justificadas (Espín, 2016).

En el Derecho Romano existieron tres causales de divorcio: por la muerte de alguno de los cónyuges, por la pérdida de capacidad y por la pérdida de la *Affectio Maritalis*. En primer lugar, la pérdida de capacidad concernía a que el cónyuge cayera ya en manos del enemigo o fuera esclavo. Respecto a la pérdida de la *Affectio Maritalis* por parte de cualquier cónyuge, sería causal suficiente para disolver un matrimonio, por ser un elemento primordial de la constitución de un matrimonio (Belluscio, 1995).

Es necesario aclarar que el divorcio, a lo largo de la historia no era una potestad que podía tomar cualquiera de los cónyuges, más bien este era un derecho exclusivo del varón, dejando de lado a la mujer en lo concerniente a poder tomar un papel protagónico en la decisión de disolver el vínculo matrimonial. Claro está que, en distintos territorios o épocas se le había concedido este derecho, pero con una efectividad muy escasa, es decir, solo a base de causales muy limitadas, a diferencia del hombre, quien podía terminar con el matrimonio por el sólo hecho de sentir repudio hacia su cónyuge.

La mujer podía hacer uso del divorcio solo en los casos en que su cónyuge actuara de manera cruel, sin la garantía de que pudiera continuar su vida con los hijos ya procreados debido a que estos se quedaban con el cónyuge. Esto al menos en Atenas, lugar que resaltaba por su alto nivel intelectual y filosófico, mientras que en las civilizaciones romanas procedía por las causales previamente mencionadas.

De esta forma queda definida la institución del divorcio, como un instrumento legal que

representa la falta de voluntariedad de mantener vivo el vínculo matrimonial que une a una persona con otra en calidad de cónyuges, manifestando así el repudio hacia su cónyuge, al encontrarse renuente a convivir con la misma y dando paso a contraer un nuevo matrimonio con una persona ajena al ambiente matrimonial previamente contraído.

Ciertamente, la historia de la demografía revela que el celibato, el matrimonio, la natalidad, el divorcio y las segundas nupcias han sido regulados a través de las distintas formas de gobierno (Masciadri, 2012). A medida que la humanidad evolucionaba, el divorcio también se fue adaptando a diversas situaciones por medio de las cuales las personas que contraían matrimonio legalmente terminaban con el mismo. A la mujer también le fue concedido este derecho como una herramienta para poder disolver el vínculo matrimonial en base a su propia iniciativa.

Tratadistas y doctrinarios del Derecho Civil y de Familia se han encargado de estudiar esta institución del divorcio, analizando tanto su definición, como sus elementos y causas por las cuales se puede llevar a cabo para terminar con el vínculo matrimonial legalmente constituido.

Cabanellas (2014) plantea que el divorcio es una forma de terminar con el matrimonio legalmente constituido, pero este no vendría a ser una causa de nulidad ya que, si se hablara de nulidad, correspondería analizar el hecho de que se ha contraído matrimonio por encima de ciertos vicios o impedimentos legales, circunstancias que dejarían por completo sin efecto el vínculo matrimonial. Se trataría más acertadamente de una ruptura del vínculo matrimonial por medio del divorcio antes que de una nulidad.

Por tanto, para este autor el divorcio puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás legalmente, a causa de impedimentos esenciales (Cabanellas, 2014).

Por otro lado, se puede mencionar que al disolverse el vínculo matrimonial se deja a los cónyuges en condiciones de contraer uno nuevo o unirse de otra forma análoga al matrimonio, por medio de un juez con la debida competencia para separar a las personas unidas en matrimonio por medio de una sentencia legal (Baqueiro & Buenrostro, 2019).

Una vez que procede el divorcio con efectividad, cualquiera de los dos cónyuges que han disuelto el vínculo matrimonial, se encontrará totalmente libre para contraer un nuevo matrimonio con personas distintas y claro, sin perjuicio de que posterior al divorcio, estos vuelvan a contraer matrimonio nuevamente en base a las voluntades de cada uno.

Habrá que entender también que el acto de divorcio es consecuencia de una falta de voluntariedad respecto a continuar con el vínculo matrimonial que se ha llevado a cabo sobre la base de lo que prescribe la ley. Según Baqueiro y Buenrostro (2019, existe una forma de divorcio denominada como unilateral o también como repudio, en la cual, con la sola voluntad de uno de los cónyuges, es causa suficiente para poner fin al vínculo matrimonial legalmente constituido.

Actualmente, el Código Civil ecuatoriano prescribe que la forma de terminar un matrimonio por medio del divorcio es a base de las causales indicadas en el artículo 110 antes mencionado, siendo estas las causales necesarias o establecidas como fundamento de derecho al

momento en que un ciudadano interpone una demanda de divorcio contra su cónyuge.

Estas causales que se han mencionado y se encuentran vigentes en el actual Código Civil ecuatoriano, cuentan también como fundamento de Derecho para la interposición de una demanda de divorcio ante un cónyuge. Dependiendo de cómo se lleve a cabo el proceso, de cómo se aporten las debidas pruebas y de cómo se logre fundamentar o argumentar, el juez que conozca la causa deberá discernir todo lo expuesto por la parte accionante y por medio del principio de contradicción lo expuesto por la parte demandada, para que, por medio de una sentencia dé paso a la disolución del vínculo matrimonial solicitado por la parte demandante.

Al dar paso a la demanda de divorcio y disolverse el vínculo matrimonial por medio de una sentencia ejecutoriada, vienen consigo ciertos efectos para las personas que han terminado con su matrimonio. Las personas divorciadas quedan en la entera libertad de contraer un nuevo matrimonio y de igual forma, la persona accionante, es decir quien haya interpuesto una demanda de divorcio contra su cónyuge, queda expresamente prohibido por medio del artículo 106 del Código Civil a contraer un nuevo matrimonio dentro del año siguiente al divorcio cuando el fallo se haya producido aun sobre la rebeldía del cónyuge demandado. Cabe recalcar que el mencionado artículo colige prescribiendo que dicha prohibición no tendrá lugar en caso de que el accionante contraiga matrimonio con su último cónyuge.

Si contrario a esto, la parte accionante no logra exponer de manera eficaz sus fundamentos tanto de hecho como de Derecho y respaldarlos adecuadamente, ya sea por medio

de sus pruebas o argumentos, el juzgador competente que haya conocido dicho proceso, no tendrá más remedio que negar la demanda interpuesta por el cónyuge accionante y continuaría manteniendo el vínculo matrimonial que previamente se ha intentado disolver, y que se ha negado debido a los requerimientos procesales y legales para el caso en mención.

Affectio coniugalis

El vocablo *affectio coniugalis* proviene del latín *affectio* que podría traducirse como cariño u amor, y *coniugalis* que se traduciría como conyugal o relacionado al matrimonio. En concreto, se traduciría al español como afecto conyugal o incluso como afecto marital. El *affectio coniugalis* se refiere al cariño, amor o afecto que constituye un elemento primordial del matrimonio, tomando como eje fundamental la voluntad y el deseo de contraer un matrimonio y decidir pasar el resto de su vida y tiempo con quien se ha elegido como cónyuge.

Habrá que conocer la noción del término italiano *Communio vitae* o traduciéndolo al español, comunidad de vida, donde este vendría a reflejarse con el amor o el afecto entre las personas que han contraído voluntariamente un vínculo matrimonial, también conocido como *affectio coniugalis*. En este aspecto, el amor forma parte sustancial del matrimonio (Fumagalli, 1979).

De entre las relaciones humanas, la relación de pareja tiene características únicas, pues los procesos, sentimientos y expectativas que se desarrollan en ella son diferentes a los que tienen lugar en otro tipo de interacciones sociales (Urbano, Martínez & Iglesias, 2021). Esta comunidad de vida necesariamente tendrá que contar con cierto afecto, lejos de algún tipo

de disturbio. La comunidad de vida concebida al contraer matrimonio presume ya la existencia de un afecto y amor conyugal entre dos personas unidas en matrimonio. Al no presentarse dicho elemento tan primordial, ya tendría lugar una causa para disolver el vínculo matrimonial contraído en base a lo que prescribe la ley.

La *communitas vitae* fue tratada inicialmente junto con el amor conyugal, sobre todo porque el Concilio había usado la expresión del latín *communitas vitae et amoris coniugalis* en modo tal, que parecía que quisiese indicar con ella la naturaleza misma del matrimonio (Caballero, 1994).

Lener (citado por Gil, 1995), en uno de sus escritos respecto al matrimonio y el amor conyugal, concebía al amor y a la institución matrimonial como elementos concernientes a una misma línea, es decir que el uno no prevalece sin el otro y son tratados de manera unitaria, tratándose de dichos elementos como paralelamente esenciales.

Difiriendo de esta línea de pensamiento, Gil (1995) manifiesta que el amor o afecto conyugal responde a un elemento constitutivo de la institución matrimonial, más no como un elemento unitario, sino que, el instituto matrimonial y el amor conyugal vienen presentados como aspectos totalmente distintos, sin embargo, estos son estrechamente complementarios dentro del matrimonio como tal, en este caso, el matrimonio vendría a ser como el amor o afecto conyugal institucionalizado.

Métodos

Se realizó una investigación descriptiva-transversal con metodología cualitativa y de carácter exploratorio.

Se utilizaron los siguientes métodos:

- Método inductivo: permitió comprender las causas consagradas en el Código Civil ecuatoriano que originan un fundamento de derecho para una demanda de divorcio
- Método deductivo: permitió realizar un estudio detallado acerca del *affectio coniugalis* y su incidencia como una nueva causal de divorcio.
- Método histórico-lógico: permitió ubicar sucesos pasados respecto al divorcio a lo largo de la historia y utilizando el razonamiento para establecer las conexiones referentes a los antecedentes históricos respecto al divorcio y el *affectio coniugalis*.
- Método analítico-sintético: permitió un desmembramiento del todo en sus partes por medio de una recolección de información, desde fuentes de carácter bibliográfica como pueden ser la jurisprudencia y textos doctrinarios.
- Método exegético: Facilitó la interpretación de los textos normativos por medio del respectivo análisis de su contenido, tiempo y características con las cuales se crearon.
- Método hermenéutico jurídico: permitió analizar la normativa aplicable al objeto de estudio y concerniente a leyes o códigos

jurídicos, que permiten relacionar dimensiones jurídicas.

Como técnicas se emplearon la entrevista y la encuesta, con el fin conocer el criterio de la sociedad riobambeña respecto a la pérdida del afecto conyugal como causa de divorcio. Para el diseño y aplicación de la encuesta se utilizó la herramienta *Google Forms*, conformada por cinco preguntas.

Se escogió una muestra no probabilística por juicio de experto, conformada por 180 personas.

Resultados

Los resultados obtenidos a partir del procesamiento de las respuestas de la encuesta se muestran a continuación.

En relación a si consideraban que la falta de afecto conyugal constituía una causa de divorcio, el 97 % de los encuestados respondió afirmativamente. Mientras que solo 5 consideran que la falta de afecto conyugal no puede ser una causa de divorcio, basándose fundamentalmente en que existen otras condicionantes ligadas a la convivencia, factores económicos y psicológicos que repercuten preponderantemente en la decisión de disolver el matrimonio (ver Figura 1).

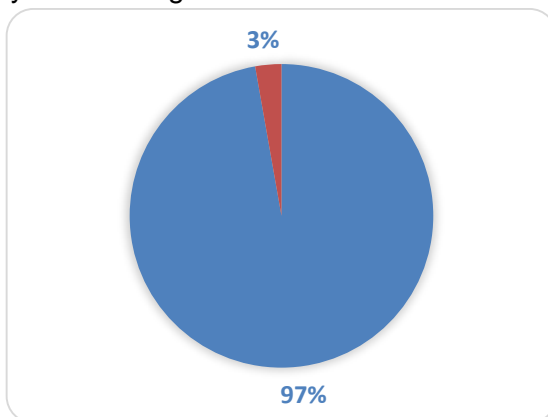


Figura 1. Falta de afecto como causa de divorcio.

Seguidamente se indagó acerca de los elementos primordiales en la conservación del vínculo matrimonial, proponiéndose en elegir entre aspectos económicos, estatus social y afecto conyugal como pilares del mantenimiento del matrimonio. Los resultados obtenidos evidencian que el 42 % de los encuestados

considera que el elemento primordial de un matrimonio es la economía, el 3 % considera que el estatus social, mientras que el 55 % manifiesta que el afecto conyugal prima en el vínculo matrimonial.

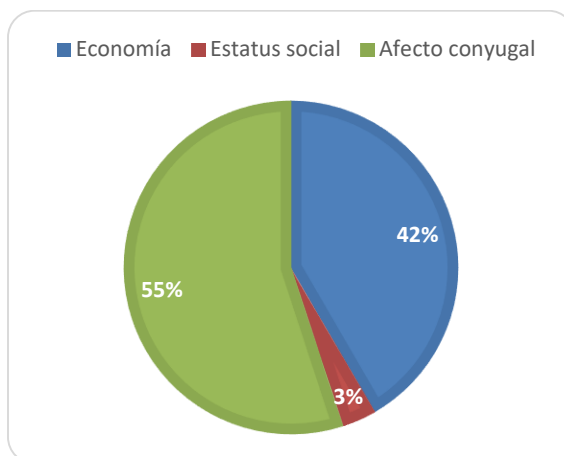


Figura 2. Elementos primordiales de conservación del matrimonio.

Posteriormente, se indagó el criterio de los encuestados acerca de si se debe obligar a una persona a mantener el matrimonio con alguien a quien ya no profesa afecto conyugal, y este tipo de situación no se encuentra prevista como causal de divorcio. Los resultados obtenidos evidencian que el 97 % de los encuestados

considera que no se debe obligar a una persona a mantener un matrimonio con alguien al que no tiene afecto. En tanto, el 5 % considera que la pérdida del afecto conyugal no es motivo para disolver el vínculo matrimonial, debiendo mantenerse aun cuando alguno de los cónyuges ya no lo profese a su pareja (ver Figura 3).

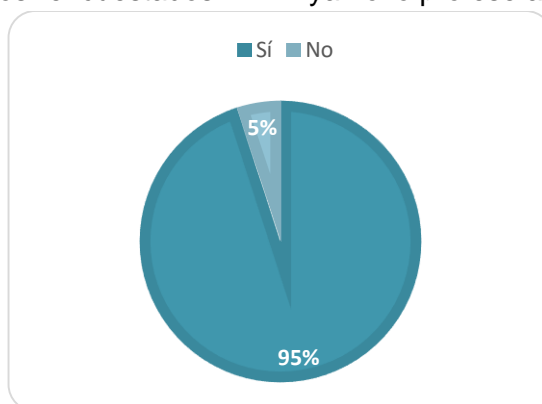


Figura 3. Obligatoriedad a mantener el matrimonio.

El cuarto aspecto de la encuesta indagó en el parecer acerca de que si uno de los cónyuges interpone una demanda de divorcio es porque no existe afecto conyugal. Con relación a esto, el 60 % de la muestra, considera que una persona que pone una demanda de divorcio contra su cónyuge ya no conserva afecto conyugal en su matrimonio, otorgándole importancia primordial como causal de divorcio. Refieren que otras causales previstas pueden resolverse o tratarse mediante alternativas, incluso considerándose la

asistencia de profesionales de apoyo emocional y terapia de pareja, resolución de conflictos económicos y de fidelidad, siempre y cuando exista afecto conyugal. En contraste, el 40 % de los encuestados manifestó que puede seguir existiendo el afecto conyugal, so pena de existir otras causales de mayor importancia o trascendencia que impiden a los efectos del cónyuge afectado el mantenimiento del matrimonio (ver Figura 4).

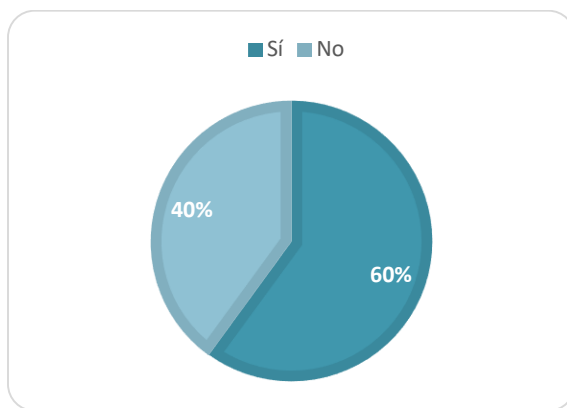


Figura 4. Conservación del afecto conyugal.

Finalmente, se preguntó a los encuestados si consideran necesario actualizar la normativa vigente incluyendo como causal de divorcio la pérdida del afecto conyugal. En este caso, el 100 % de la muestra coincide en afirmar que es necesario tener en cuenta un elemento tan importante como el afecto y el amor de pareja entre los cónyuges como elemento primordial tanto para establecer una relación matrimonial como para disolver este vínculo, debiendo actualizarse en este sentido el marco jurídico que tiene preestablecidas otras causales que no consideran el afecto conyugal.

Discusión

Ahora bien, en vista de que se ha considerado que el *affectio coniugal* viene a ser un elemento sustancial en la vida matrimonial, no es menos cierto que sin este elemento, no se daría por completo constituido un matrimonio, al menos no uno con la total voluntad de los cónyuges. Cabría poner en discusión si la falta de afecto conyugal dentro de un matrimonio tendría el suficiente sustento para terminar con el vínculo matrimonial legalmente constituido.

En consideración a los resultados obtenidos a partir de la aplicación de la encuesta la respuesta a este cuestionamiento es que sí, y

teniendo en cuenta la jurisprudencia también la respuesta es afirmativa. Para ello deben considerarse sentencias de la Corte Nacional de Justicia donde se puede encontrar que en un par de ocasiones se toma la potestad de citar la doctrina y jurisprudencia extranjera, precisamente la española y uruguaya, donde analiza y propone que la falta de afecto conyugal vendría a ser una causa suficiente para disolver el vínculo matrimonial.

Jurisprudencia y doctrina respecto a divorcios por falta de *affectio coniugalis*

Es el caso del proceso Nro. 148-2012, donde la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, el 16 de julio de 2012, recibe un recurso de casación que interpone la parte demandada de la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, el 28 de abril del 2011, que confirma la sentencia dictada por el juez Vigésimo Primero de lo Civil de Pichincha el 30 de agosto del 2010, que acepta la demanda de divorcio interpuesta por Enrique Alfonso Molestina Avilés contra Gloria María Verduga Vélez. Inconforme con lo resuelto, la parte demandada interpone un recurso de casación que ha sido admitido por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia. La Corte Nacional de Justicia niega el recurso de casación por evidenciar la falta de *affectio coniugalis*, también citando la jurisprudencia española y doctrina uruguaya de la siguiente forma:

Considera que el artículo 82 CC debe interpretarse de manera flexible y amplia, de ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia admita como

*motivo de separación matrimonial el genérico constituido por la quiebra de la convivencia conyugal y en definitiva por la desaparición de la *affectio coniugalis*, principio básico del matrimonio, sin necesidad de imputar a la parte demandada hechos o conductas concretas constitutivas de separación matrimonial, pues ello por sí mismo acredita la existencia de ruptura matrimonial y de violación grave de los deberes conyugales. (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, 2012)*

No se puede obligar a dos personas a vivir juntas cuando al menos una de ellas es contraria a tal posibilidad, siendo la mera presentación de la demanda de separación indicativa de ese contrario deseo. En palabras de Ordoqui (2000), el Derecho no puede obligar a vivir juntos a una persona con otra, lo que puede hacer es regular las consecuencias de sus actos.

Por otra parte, la presentación de la demanda de separación pone de manifiesto la ruptura de la *affectio maritalis*, fundamento del matrimonio y sin la que este carece de sentido. En esta línea de pensamiento, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador (2012) expresa que la ley está para proteger la institución del matrimonio, así como para velar por los derechos de cada uno de los cónyuges, preservando su autonomía. Teniendo en perspectiva la nueva familia que emerge de una nueva visión, entendiéndola, como lugar privilegiado de afirmación y realización de la personalidad de los individuos, y de responsabilidad y cuidado de la prole, el afecto conyugal si bien es un elemento importante en la relación, existen otros que confluyen para mantener el vínculo.

Es así como la Jueza Ponente del caso en mención, Dra. María Del Carmen Espinoza Valdiviezo refiere a la falta de *affectio coniugalis* como un causal considerable para la disolución

del vínculo matrimonial legalmente constituido. Al no existir lo considerado como un elemento primordial del matrimonio que es el afecto conyugal, no hay razón suficiente para mantener un matrimonio si, aunque sea uno de los cónyuges se encuentra renuente a convivir o mantener el vínculo matrimonial latente con su cónyuge (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, 2012).

Se ha evidenciado también por medio de la jurisprudencia, que a pesar de la existencia de lo que menciona el artículo 81 y 86 del Código Civil español, el juzgador ponente de lo civil Joaquín Bayo Delgado, en Audiencia Provincial de Barcelona el 15 de septiembre del 2014 en sentencia número 553/2014 del recurso 489/2014 expresa que el legislador ha optado por esa solución no causal porque da por supuesto que el ejercicio de la acción por uno de los cónyuges entraña que ha desaparecido la *affectio coniugalis* , que es en definitiva la causa implicada (Audiencia Provincial de Barcelona, 2014).

Conclusiones

El divorcio es el instrumento legal por medio del cual se representa la falta de voluntad de mantener vivo el vínculo matrimonial que une a una persona con otra en calidad de cónyuges, manifestando la renuencia de una persona a convivir con su cónyuge, lo que da paso a contraer un nuevo matrimonio con una persona ajena al ambiente matrimonial previamente contraído.

El *affectio coniugalis* en español, refiere al afecto o amor que constituye un elemento primordial del matrimonio, tomando como eje fundamental la voluntad y el deseo de contraer matrimonio y decidir pasar el resto de su vida y

tiempo con la persona que se ha elegido cónyuge.

En base a los resultados obtenidos en la encuesta previamente realizada, se puede colegir que parte de la sociedad riobambeña sí considera al afecto conyugal como un elemento esencial en el matrimonio; que el ejercicio de la acción de una demanda de divorcio, evidencia la falta de afecto conyugal, y que no se debería obligar a dos personas a vivir juntas en matrimonio si ya no existe afecto conyugal. En consecuencia, se considera menester modificar el marco jurídico que tiene preestablecidas otras causales que no consideran el afecto conyugal.

El Derecho no puede obligar a dos personas a vivir juntas cuando al menos una de ellas es contraria a tal posibilidad, la mera presentación de la demanda de divorcio es una clara indicación de encontrarse renuente al deseo de mantener vivo el *affectio coniugalis* dentro del matrimonio legalmente constituido. Tal evidencia se patentiza al existir en las jurisprudencias españolas y uruguayas el precedente de causas donde se reconoce la falta de *affectio coniugalis* como un causal considerable para la disolución del vínculo matrimonial legalmente constituido.

Referencias bibliográficas

- Audiencia Provincial de Barcelona. (2014). Sentencia número 553/2014 del recurso 489/2014 Pensión alimentos hijos mayores de edad divorcio y legitimidad procesal.
- Baqueiro, E. & Buenrostro, R. (2019). *Derecho de Familia. 3ra Ed. Estados Unidos: Oxford University Press.*
- Belluscio, A. C. (1995). *Manual de Derecho de Familia. 5ta Ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma.*

- Caballero, F. J. (1994). La relación sacramental, esencia del matrimonio. *Cuadernos doctorales*, 12, 86-170. <https://hdl.handle.net/10171/10789>
- Cabanellas, G. (2014). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Congreso Nacional de Ecuador. (2019). *Código Civil*. Ecuador: Comisión de legislación y codificación.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador. (2012). *Juicio No 148-2012*. Ecuador: Sala especializada de la familia, Niñez y Adolescencia
- Espín López, R. (2016). Los pleitos de divorcio en Castilla durante la edad moderna. *Studia Historia*, 38(2), 167-200. <https://doi.org/10.14201/shhmo2016382167200>
- Fumagalli, O. (1979). Il matrimonio canonico dopo il Concilio. *Ius Canonicum*, 19(38). <https://doi.org/10.15581/016.19.20878>
- Gil, F. (1995). *El matrimonio y la vida conyugal*. España: Comercial Editora de Publicaciones.
- Herrera Izaguirre, J. A., Salinas Salinas, R. A., Salazar Bernal, R. & García Govea, M. (2013). Derecho de las personas y la familia. El divorcio: el Código Civil para el estado de Tamaulipas vs Divorce Act canadiense. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 136, 349-376. www.juridicas.unam.mx
- Jiménez, A. & Ontiveros, N. (2020). La desnaturalización de la excusa absolutoria: pérdida de affectio. *Economist&Jurist*. <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-desnaturalizacion-de-la-excusa-absolutoria-perdida-de-affectio/>
- Masciadri, V. (2012). ¿Transmisión intergeneracional del divorcio? Tensiones epistemológicas entre disciplinas de confluencia. *Papeles de población*, 18(74). https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252012000400004
- Ordoqui, G. (2000). Matrimonio de Hecho en la Jurisprudencia Uruguaya. En *El derecho de familia y los nuevos paradigmas* (pp. 125-196).
- Real Academia Española de la Lengua. (2021). <https://www.rae.es/>
- Urbano Contreras, A., Martínez González, R. A. & Iglesias García, M. T. (2021). Revisión de la investigación sobre relaciones de pareja en países hispanohablantes (2000-2018). *Interdisciplinaria*, 38(3), 25-48. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1668-70272021000300024

Conflicto de intereses

Los autores declaran que no existe conflicto de intereses.

Contribución de los autores

Paul Alejandro Centeno Maldonado: Investigación, metodología y redacción.

Jorge Eduardo Samaniego Braganza: Investigación y redacción

Iván Fernando Andrada Arrieta: Investigación, metodología, y conclusiones.