

UNIVERSIDAD REGIONAL AUTONOMA DE LOS ANDES

“UNI ANDES”



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Trabajo de Titulación previo a la obtención del Título de Abogado

TEMA: LAS UNIONES DE HECHO DE PAREJAS DEL MISMO SEXO”

**AUTORES: VERONICA VANESSA ACOSTA ZAMORA
JOSE ANTONIO ZUÑIGA SANTANA**

TUTORES: D. JOSE JAMER R. OFRIO SUAREZ

QUEVEDO ECUADOR

2010

INDICE GENERAL

PORTADA	I
CERTIFICACION DEL ASESOR	II
DECLARACION DE LA AUTORIDAD	III
RESUMEN EJECUTIVO	IV

I CUERPO CAPITULAR

CAPITULO I

DERECHO NOTARIAL

1.1- EL DERECHO NOTARIAL	1
1.1.1. Historia del Derecho Notarial	2
1.1.2. Concepto de Derecho Notarial	5
1.1.3. Definiciones reflexivas sobre Derecho Notarial	8
1.2- LA FUNCION NOTARIAL	12
1.2.1. La Naturaleza pública y privada de la función notarial	12
1.2.2. Características propias	13
1.2.3. Actividad notarial en estricto sentido	14
1.3- LA COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS	18
1.3.1. Introducción	19
1.3.2. La Función Notarial	22
1.3.3. La Función Judicial	23
1.3.4. La Competencia	27
1.3.5.1. La Competencia Material	29
1.3.5.2. La Competencia Territorial	30
1.3.5.3. La Competencia en razón de la Persona	30
1.3.5.4. La Competencia Notarial en las Uniones de Hecho.	31

CAPITULO II

TECNICAS NOTARIALES

2.1.- ACTAS	34
--------------------	----

2.1.1.	Caracterización del Acta Notarial	35
2.1.2.	Estructura general del Acta Notarial	36
2.1.2.1.	Rogación o Requerimiento del interesado(a)	37
2.1.2.2.	Expresión del Objeto o Finalidad	38
2.1.2.3.	Narración fiel de los hechos percibidos por el Notario	38
2.1.2.4.	Firma o Autorización del Notario	38
2.2.-	CLASIFICACION DE LAS ACTAS NOTARIALES	
2.2.1.	Actas Notariales Pasi vas	39
2.2.2.	Actas Protocolares	40
2.3.-	VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS NOTARIALES	
2.3.1.	Fundamento Jurídico	41
2.3.2.	Validez Internacional	42
2.3.3.	El Acta Notarial como aspecto de la Función Notarial	45
2.4.-	PROTOCOLO NOTARIAL	
2.4.1.	Concepto	46
2.4.2.	Escrituras Públicas	49
2.4.2.1.	Clases	51
2.4.2.2.	Elementos Materiales	51
2.4.2.3.	Naturaleza y Objeto de la Escritura Pública	53
2.5.-	LAS CAPITULACIONES	
2.5.1.	Las Capituciones Paramatrimoniales	53
2.5.2.	Módulo de Capitución Paramatrimonial en España (Gobierno Vasco)	54
CAPITULO III		
DERECHO DOCUMENTAL		
3.1.	DERECHO DOCUMENTAL	
3.1.1.	Concepto	59
3.2.-	CLASES DE DOCUMENTOS NOTARIALES	
3.2.1.	Públicos Notariales	60
3.2.2.	Privados Notariales	63
3.3.-	IMPORTANCIA DEL DOCUMENTO	
3.3.1.	Aspectos que le pueden afectar	66
3.3.2.	El documento como prueba de la declaración de voluntad	67
3.4.-	INSTRUMENTOS PÚBLICOS	68
II	APLICACIÓN PRÁCTICA	71
III	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	84
IV.	BIBLIOGRAFIA	86

I CUERPO CAPI TULAR

CAPITULO I

DERECHO NOTARI AL

1. 1.- DERECHO NOTARI AL

La evolución de la sociedad, a través de los tiempos, ha conllevado a situaciones que han ido permitiéndolo encontrar nuevos roles de competencias para garantizar el nexo de relaciones relativas entre las personas, aquí la figura del notariado cobra una gran importancia, por su papel significativo en este nexo de las relaciones entre las personas y sus actos jurídicos, al ser la parte que le da una fuerza de credibilidad de fe pública a los acuerdos entre las mismas, la finalidad del notariado es precisamente ser el nexo intermedio de la partes enfocado en actos no contenciosos, el presente trabajo refleja en este primer capítulo la estructura sólida de la funcionalidad del notariado como garantista de los derechos de las personas en el ámbito de su competencia no contenciosa.

1. 1. 1.- Historia del Derecho Notarial

“En el comienzo de la humanidad los hombres acordaban verbalmente; el habla y el rito eran las primeras huellas de las declaraciones humanas de voluntad, los que se perdían en las sombras del olvido y muchas veces faltaban sus propios actores y los testigos presenciales del acto, por lo que devino la necesidad de recurrir a medios de pruebas

objetivos, frente al flaqueo de la probanza, de la veracidad de un acto, naciendo la grabación gráfica sobre un elemento físico para que se visible y perdurable”. VARGAS H NOSTROZA Luís, (2008).

Se dice que posiblemente la función notarial tuvo su orígenes en civilizaciones más antiguas que la romana, pues ésta nace como consecuencia de la necesidad de resguardar los vínculos jurídicos creados por la voluntad humana; surge como un elemento social proteccionista de las relaciones derivadas de la vida social y económica; el notario es producto entonces de la evolución como todas las instituciones del derecho.

Los egipcios prepararon en la clase sacerdotal a “los escribas” o “scriboe” apremiados por la necesidad de fijar un imperio social garantizado por los gobernantes, por su prosperidad creciente, vieron la necesidad de una ordenación jurídica, naciendo así el derecho, el imperio de la ley, por lo que derecho notarial es la consecuencia de un proceso evolutivo a través del tiempo y del espacio surgido como típico elemento racional.

El primer vestigio del notariado lo encontramos en las disposiciones babilónicas de Hammurabi y en la codificación de MANU

Pero sin duda los hebreos fueron los propulsores del “sello” por lo que dicen ciertos capítulos del Génesis que habla sobre los esclavos, concediendo “título”, admitiendo la compra de inmuebles, permitiendo tomar la posesión de la tierra, etc, pero la intervención de los escribas, amanuenses, no daban fe pública, sino ilustración caligráfica y la intervención de los escribas pendolistas proporcionaba la fe pública.

En Roma, se los conocía como cartularios, tabularios, escribas y con el nombre de *notarius*, ocupando este último en el senado romano el lugar de taquígrafo porque se valía de abreviaturas con los que recogían los discursos de los senadores.

“La palabra Notario se deriva de la palabra latina “NOTA” de “*NOSCERE*”, conocer, porque en la civilización romana devino el oficio de “*NOTARIUS*”, luego del senado paso a ser secretario del Consejo Público que se formaba cada vez que era necesario hacerse asesorar por los *juris consultos* mediante pruebas documentales escritas, posteriormente fue reemplazado por el “*ESCRIBA*” romano, este no fue heredero del escriba egipcio, a diferencia de este y del hebreo, actuó en funciones de elevado rango y en un símil con el logógrafo griego, hizo de calígrafo y copista, tanto en el orden judicial como extrajudicial y sus anotaciones merecían fe.”

En la época medieval con la caída del imperio romano a manos de los Bárbaros, la figura del *notarius* o *escriba* quedó a segundo plano, pero en algunos países europeos ajenos a esta invasión estaban empeñados en que los escribas refuerzan su papel.

El autor GIRON, Eduardo, 1998 en su obra “*El Notario Práctico o Tratado de Notaría*”, manifiesta que en la época medieval el ejercicio del notariado fue patrimonio de las congregaciones monásticas, esto quiere decir que todo acto y contrato eran realizados ante un sacerdote o monje, en presencia de testigos.

Cabe señalar que en ese entonces asomaron los signos, ya que a lado de las firmas de los contratantes y del sacerdote o escribano debía ir un sello de armas o blasones, es aquí donde encontramos los antecedentes de ciertas formalidades de nuestra escritura.

En España la figura del escribano adquiere un rol significativo en el siglo XIII, en reinado de Alfonso X, el Sabio al expedir el FUERO REAL, en el que se establecía la obligación de otorgar testamento ante escribano, que eran considerados como auxiliares de los intereses de los particulares; se tomaba nota de los instrumentos que redactaban; estas notas servían en el caso de que el documento original fuere extraviado o no fuese fehaciente.

Igualmente con el Ordenamiento de Alcalá, dado por el Rey Don Alfonso XI en el año 1348, se buscó coordinar las leyes y conciliar las costumbres jurídicas, aquí es donde comienza el ordenamiento de las escrituras, por lo que el autor, LAURRAUD, Ruffino P (1999) en su "*Curso de Derecho Notarial*", expresa que la pragmática de Alcalá se señala que para celebrar las escrituras debe tomarse en cuenta a las personas, el mes, año, día, el lugar o casa donde se otorga y lo que se otorga; las partes y los testigos; si las partes las otorgantes, las firmas de sus nombres y si no supieren firmar por ellos cualquiera de los testigos, si se añadiera algo debería ser salvado al final, además el escribano debía dar fe de conocer a los otorgantes.

En nuestro país en la época pre-colombina no existía la propiedad privada, al contrario existía una propiedad social, la cual era utilizada de acuerdo a la necesidad, pero podemos citar que el antecedente del Derecho Notarial Ecuatoriano, se encuentra en los inventarios que hacía el gobernante al momento del reparto

“Con la llegada de los españoles a tierras americanas vinieron conjuntamente con las expediciones conquistadoras los primeros notarios con el título de Nao, escribano de Armada, también existieron los escribanos de raciones, de visita y los de residencia”. LARRAUD, Ruffino (1999).

El autor, antes citado, considera que el primer notario de América fue Rodrigo Escobedo, y que los primeros notarios que pisaron suelo ecuatoriano fueron Pedro Sancho y posiblemente Francisco Jerez, quienes vinieron con Francisco Hizarro.

En la época republicana, según el Dr. ABEDRABBO Luis Antonio en su “*Guía Práctica del Derecho Notarial*” (2000) manifiesta que: las disposiciones notariales se encontraban en diversas leyes, sin que exista un ordenamiento legal definido”.

Las primeras normas notariales están expresadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial del año 1907, en las que se da las nociones básicas del funcionamiento del escriba.

La Ley Orgánica del Poder Judicial del año 1907, fue derogada por la primera Ley Notarial del Ecuador expedida el 11 de noviembre de 1966 en el Registro Oficial N- 158 en la presidencia de Clemente Yerovi Indaburo.

Esta ley notarial contemplaba características especiales: como que la función notarial se regiría por esta ley y por otras afines, no se regiría por la costumbre y el único que la ejercerá será el Notario, esta persona eran funcionarios investidos de fe pública para autorizar a requerimiento de partes, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes; se estableció el ejercicio de la función, independiente de la ubicación de los bienes, los requisitos para ser notarios, deberes y prohibiciones y del registro de los protocolos.

Posteriormente, en la reforma de la ley notarial del año 1996, publicada en el Registro Oficial 594, se facultó a los notarios receptar las informaciones sumarias y de

nudo hecho, declaraciones juramentadas sobre posesiones efectivas, extinciones familiares, etc.

En el año 2006, se hace otra reforma de la ley notarial que se publicó en el Registro Oficial 406, se les dio más atribuciones al Notario, tales como las contempladas en el artículo 18: Disolución de la Sociedad de Gananciales de consuno; remate de bienes voluntarios de personas menores que tenga libre administración, protocolizar capitulaciones matrimoniales, tramitar divorcios por mutuos consentimientos en casos que no haya hijos menores de edad o bajo su dependencia, solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, extinción de usufructo, etc.

Finalmente con la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial, expedida en el año 2009, se establecen las últimas reformas referente a la funcionalidad del Notariado en nuestro país donde en su artículo 296, lo identifica como un órgano auxiliar de la Función Judicial consistente en el desempeño de una función pública que la realizan las notarias y los notarios, quienes son funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia.

1.1.2 Concepto de Derecho Notarial

El derecho notarial es la rama del derecho empresarial, corporativo y público que estudia y regula la actuación notarial al igual que los instrumentos notariales, los cuales por cierto son protocolares y extra protocolares, al igual que los procesos notariales. En cuanto a su ubicación existen pocos autores que han estudiado la del derecho notarial, Por lo cual es claro que los requisitos de los instrumentos notariales no pueden ser acordados o modificados por acuerdo de partes, sino que son los que

establecen las correspondientes normas notariales, y de otras ramas del derecho como por ejemplo del derecho civil.

Existen autores que han escrito sobre el derecho notarial, definiendo la misma, por lo cual a continuación citaremos algunas definiciones, lo cual servirá para reforzar nuestros conocimientos sobre esta importante pero descuidada disciplina jurídica.

Para MENGUAL y MENGUAL (1998) “el derecho notarial es aquella rama científica del Derecho Público que constituyendo un todo orgánico, sanciona en forma fehaciente las relaciones jurídicas voluntarias y extrajudiciales, mediante la intervención de un funcionario que obra por delegación del poder público”.

En el Tercer Congreso Internacional de Derecho Notarial celebrado en Argentina, se estableció que “el derecho notarial es el conjunto de disposiciones legislativas reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial”.

Para GIMENEZ ARNAU, Enrique (1998): “El derecho notarial es el conjunto de doctrinas de normas jurídicas que regulan la función del escribano y la teoría formal del instrumento público”.

CABABELLAS, Guillermo, en su Diccionario Jurídico define el derecho notarial “como los principios y normas reguladoras de la organización de la función notarial y de la teoría formal del documento público”.

Para los autores de este trabajo podemos afirmar que dentro del derecho positivo, el derecho notarial es el conjunto de normas jurídicas que determinan la competencia notarial, así como regulan la actuación de los notarios cuya principal función es la escritura pública. Sin embargo, es necesario precisar que la competencia

notarial comprende a los instrumentos públicos notariales protocolares, instrumentos públicos notariales extra protocolares, en tal sentido es de especial mención dedicar a la definición que sobre el notario dan un connotado tratadista como:

1.1.3 Definiciones reflexivas sobre Derecho Notarial

La Doctrina determina una serie de organizaciones notariales que ofrece el derecho comparado pero, el más general y universal es el que encasilla al notariado en dos sistemas: el primero de tipo LATINO que es el que se lo ejerce por delegación del Estado, obligatorio, reglado; el instrumento tiene valor de prueba preconstituida, salvo tacha de falsedad, el notario tiene una participación activa en actos anteriores, coetáneos y posteriores a la celebración de la actuación notarial, y el segundo es el de tipo SAJÓN en que el notario es el profesional privado, el instrumento es un principio de prueba que ha de ser convalidado vía juicio, para gozar de autenticidad, por lo que el notario se constituye apenas en un testigo calificado.

El Ecuador sigue el sistema tipo latino, pues el Estado le ha dado un poder reglado que valida el acto notariado como instrumento que goza de autenticidad, el Dr. VILLALBA Madrid (1997) señala que: “El notario por su rol activo y protagonista no solo como dador de fe pública, sino como un intérprete de la voluntad de partes se convierte en la persona más indicada para autenticar el acto notarial y por lo mismo dar fuerza probatoria al mismo, para la eficacia de los actos en los que interviene, dando seguridad jurídica.”

De ahí que la función notarial es parte de la potestad del Estado, es una función estática, reguladora de derechos, ejercida por el notario público, el que como profesional-tipo investido de poder y autoridad, actúa en función dinámica de fuerza-agente; para poner en ejecución, en tiempo y lugar y por medio de instrumento público,

toda declaración de voluntad humana referida, en el terreno de la normalidad a hechos y actos de índole puramente patrimonial.

La función notarial tiene tres autonomías:

a.-) La del Estado que por su soberanía dicta su ordenamiento jurídico;

b.-) La del Notario que debe actuar dentro de las atribuciones y deberes como lo dispone la Constitución, Código Orgánico de la Función Judicial, Ley Notarial y de más leyes y disposiciones reglamentarias.

c.-) La de los declarantes o contratantes que tiene su voluntad suprema, en el marco de la libertad contractual.

Por lo tanto el notario ecuatoriano es un funcionario público libre, autónomo, siendo administrativo, certificante de situaciones de hecho y de derecho, ordenado y regido por la Constitución y de más leyes.

En virtud del otorgamiento del Estado, de la facultad de una de sus funciones, que le son propias de este ente (que tiene el *IUS IMPERIUM*), esto es la el valor de autenticidad que tiene como fin proveer de seguridad, del documento, con fe pública, por lo que el notario ecuatoriano es un dador de fe pública y precisamente por ello es un funcionario, mientras que es público por normas orgánicas que enmarcan y reglamentan su actividad.

Para que el notario pudiera cumplir su misión fue necesario dotarlo de Fe Pública. La expresión “fe pública” es una especificación del sustantivo “fe” (que deviene del latín “*fides*” (el cual a su vez deriva del griego “*peithein*”) y por lo tanto

admite varios sentidos; para nuestro idioma actual “Fe” significa creencia, convicción, persuasión, certeza, seguridad o confianza.

Como explicara GIMÉNEZ ARNAU, Enrique (1998): “La fe pública en sentido jurídico se entiende como una “verdad oficial”, cuya creencia se impone en virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decir individualmente si queremos o no queremos creer en ellos.”

Pero la potestad de atestiguar solemnemente no puede encomendarse de modo habitual a cualquier persona privada sin una especial investidura previa, sino que debe ser exclusiva de los funcionarios o autoridades a quien el Estado les encomienda tal función. Por ello en su acepción técnica puede definirse la “Fe Pública” como la función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo.

Para los autores del presente trabajo la fe pública notarial: “Es la potestad que el Estado confiere al notario o escribano para que a requerimiento de parte, y con sujeción a determinadas formalidades, asegure la verdad de hechos y actos jurídicos que le constan, con el beneficio legal, para que sus afirmaciones sean tenidas por auténticas mientras no se impugnen por querrela de falsedad”. - Los aspectos de la fe pública son: I) **Autenticación** Carantiza mediante un acto oficial, la certeza de un hecho, convirtiendo en creíble públicamente aquello que por sí mismo no merece tal credibilidad. - II) **Legalización** Es el contraste de la norma con el derecho aplicable, se compone de tres operaciones; la adaptación del acto a la norma, la confrontación del acto con la norma y por último, la declaración auténtica de hallarse el primero conforme con la segunda. - III) **Legitimación** Es la conexión del acto con la situación jurídica que

le sirve de base o que condiciona su eficacia - I V) **Configuración Jurídica:** Acción de aplicar a un determinado hecho, los conceptos formativos necesarios para la realización del supuesto previsto en la ley, conforme al interés de las partes. - V) **Ejecutoriedad:** Es la aptitud del acto jurídico para provocar un acto coactivo de ejecución; es decir, es la cualidad del acto en virtud de la cual el acreedor o sujeto agente puede, en caso de inobservancia del obligado, obtener la ejecución de su derecho mediante la fuerza.

1.2 - LA FUNCIÓN NOTARIAL

1.2.1 La Naturaleza pública y privada de la función notarial.

La labor del notario bien entendida y bien desempeñada, constituye un verdadero apostolado.” La función notarial en amplio sentido origina dificultades para generalizar su concepto de manera exclusiva; sin embargo, de modo general se le atribuyen características propias de acuerdo al sistema de gobierno imperante, con base en la doctrina y disposiciones normativas vigentes que dan luz para su comprensión.

Las nociones de servicio público y función pública sirven para el análisis de la función notarial, y específicamente la posibilidad de inclusión de la figura del notario público en el tratamiento jurídico-administrativo correspondiente.

En su obra “*Naturaleza Jurídica de la Función Notarial*”, NETO VEGA María del Carmen. (1996) señala “La denominación de servidor público, se compone entonces, de dos palabras que son el resultado de

cualidades de personas con aptitud técnica y preparación dadas para realizar una función determinada dentro o para la administración pública”.

Mientras que el servicio público se le da el calificativo de “público” por el solo hecho de que la organización, oficina o institución forma parte de la administración pública en cualquiera de sus manifestaciones; el servicio “al público” es un adjetivo del servicio como una finalidad en general.

La labor del notario público es más amplia que la de ser un simple autentificador de documentos, en algunos países escribano es sinónimo de notario, por considerarse como depositarios de la fe pública proveniente del Estado a través de la Ley.

1.2.2 Características propias

Existen elementos sustanciales que hacen propia a la función notarial como:

a). La función notarial es unipersonal, está a cargo del notario público y no de la notaría, pues ésta constituye el ámbito material de la función.

b). El notario tiene una función de prevención de conflictos legales, nunca tendrá facultad de juzgar; pues aunque el notario requiere de interpretar y aplicar el derecho, lo hará a manera de orientación, a la que está obligado antes de conformar los actos jurídicos para lograr equilibrar la tutela de intereses individuales y públicos, así como dar seguridad jurídica que permita lograr los fines de los interesados.

Nace entonces, la idea de que el Estado deba investir de fe pública a personas que reúnan ciertos requisitos y valores personales para cumplir dicha función, como el de honorabilidad, dignidad y preparación jurídica.

Esta idea se conforma en virtud de que el “Estado, en sí mismo no es un ser pensante y con facultad de decisión, por lo que debe organizarse mediante poderes. A su vez, la función de fe pública, que en principio corresponde al Estado debe vestirse eficazmente no solo a través de los órganos públicos, sino de personas honorables con la sapiencia jurídica suficiente para dar seguridad a las personas que quieran o deban formalizar los actos jurídicos”. (CARRAL Y TERESA 1998).

1.2.3. Actividad notarial en estricto sentido.

Conviene hacer una separación de los términos notariado, notaría y notario público; y para ello, es de hacer notar primeramente al notariado como una institución.

Para GIMÉNEZ ARNAU, Enrique (1999): “El notariado se estima como función o como grupo de quienes la desempeñan. La naturaleza del notariado se exterioriza en la práctica en el conjunto de facultades que constituyen el ejercicio de la función notarial, la que a su vez, es una prerrogativa del poder

público que va encaminada a declarar el derecho mediante una manifestación con la que da forma al acto.”

OLIVARRÍA TÉLLEZ (1990) Afirma que “El notariado no es una figura nacida por alquimia doctrinal, sino surgida al calor de necesidades prácticas”, esto es, que como institución la actividad notarial es para un particular punto de vista, únicamente un servicio para la sociedad en la cual, se formalizan los actos de los particulares para garantizar seguridad jurídica de los mismos”.

Dentro de esta noción podemos configurar a la función notarial como:

1. Fedación		2. Certificar	3. Autorizar
ORIGEN	Se adquiere directamente del Estado	Vierte materialmente la fe pública	Aprueba y confirma la autenticidad de documentos
FUNCIÓN	Función Pública	Función pública notarial Función pública notarial	Función pública notarial
MANIFESTACIÓN	Se manifiesta por lo general de manera	Se manifiesta en cada actuación	Se manifiesta dando eficacia Jurídica a cada

	tácita	notarial	documento
--	--------	----------	-----------

Cuadro No. 1.- Elaborado por: Verónica Acosta y Antonio Zúñiga, 2010.

La función notarial es por lo tanto de carácter público, en virtud de que es un atributo del Estado que, a través de su *ius imperium* es ejercitado a través de los órganos estatales y del notario; lo cual se traduce en una verdad oficial, pero no como consecuencia de una resolución al libre juicio del notario, si no únicamente con el objetivo de no dejar dudas sobre la voluntad de las partes que soliciten o deban solicitar su intervención.

El Estado a través de la ley otorga al notario la fe pública; eso significa que la fe pública notarial es desempeñada en nombre del Estado. Aunque tiene el mismo fundamento de toda la fe pública, que consiste en buscar el fin de seguridad jurídica; tiene diferente manifestación y consecuencias que la fe pública de las autoridades públicas propiamente dichas, estas características van enfocadas en que:

1. La fe pública notarial actúa en manos del notario en el instante mismo de que se produce el hecho, y en la fe pública general, procuran comprobar el hecho una vez ocurrido éste.
2. De la característica anterior, se deriva que la fe pública notarial no opera sobre el derecho objetivo, si no sobre el hecho con base en el derecho objetivo; ya que las demás van encaminadas a autenticar

disposiciones, acuerdos y resoluciones (legislativa, administrativa o judicial respectivamente).

3. Los hechos sobre los cuales opera son únicamente aquellos que originan derechos subjetivos y no los que engendran principalmente sanciones u obligaciones.

4. El notario actualiza la fe pública una vez que se lo solicita una persona física o moral.

Por lo tanto la denominación del fedatario surge precisamente de la ley, ya que le da la facultad al notario de autenticar. Como consecuencia, para el Doctor en Derecho PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, (1999) “Los hechos y actos contenidos en los instrumentos que certifica el notario, tienen el carácter de auténticos, su valor es *erga omnes*”.

El llamado poder certificante es la posibilidad de dar validez o eficacia jurídica predominante a ciertas aseveraciones, que haya instituido en la ley, cuando ella establece que determinadas instrumentos “hacen fe”. Nos lleva lo anterior, a que el primer requisito, para certificar es el establecimiento en el texto legal, posteriormente adecuarlo a la autoridad, funcionario o

persona de que se trate, según se trate de las razones políticas, sociales o jurídicas que en la ley se instituyan.

Ahora bien, la certificación se materializa dentro de la actividad del notario al dar fe, adecuando la función notarial al caso particular. El Doctor en Derecho PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo, (1999): conceptúa como “la parte donde manifiesta el contenido de su fe pública”, y agrega que “el notario por su calidad de fedatario al certificar formula un juicio de certeza que se impondrá a los demás.”

Cabe agregar, que si el notario tiene fe pública, tendrá entonces la facultad completa y definitiva de dar certeza a los actos.

La firma y el sello del notario son por las razones expuestas, elementos sine qua non en la actividad del notario, ya que constituyen la identificación plena de la persona del notario, que diferencia de los funcionarios públicos, son la única posibilidad de dar autenticidad a los documentos, además de que los organismos públicos tienen calidad de dirección, centro, órgano, etcétera; mientras que del notario no se habla de notaría sino del notario como depositario de la fe pública pues incluso no requiere de un organigrama o estructura administrativa.

1.3.- LA COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS.

1.3.1. Introducción

La intervención del notario latino en asuntos no contenciosos nos obliga a revisar conceptos importantes.

Uno de los pilares esenciales de la función notarial es evitar conflictos entre los particulares. Así el notario se ha ido erigiendo en “el profesional del derecho que previene los litigios”.

A través del tiempo la figura del notario de tipo latino fue adquiriendo cada vez un mayor respeto en la sociedad, lo que fue generando que se le encomendasen nuevas incumbencias, respondiendo siempre con profesionalismo y capacitación permanente, generando la seguridad jurídica que toda sociedad necesita.

Entre ellas, las más importantes son las atribuciones a la competencia notarial de la materia de los Asuntos No Contenciosos no fue la excepción.

De manera constante, aunque no pareja en todos los países de Iberoamérica, se fue delegando o permitiendo la opción del proceso vía notarial a los particulares en dichos asuntos.

Las experiencias en Iberoamérica en este vasto campo han sido más que satisfactorias, logrando descongestionar la justicia y acelerar los procesos no contenciosos, sin significar aumentos de costos a los particulares y disminuyendo gastos al Estado.

La demostración es clara, al establecerse cada vez más procesos no contenciosos vía notarial, y no habiendo caso alguno en que esa nueva incumbencia haya sido derogada.

En consecuencia, es necesario analizar estas experiencias de la intervención del notario en los Asuntos No Contenciosos en Iberoamérica y en especial en nuestro país, para ello será necesario el estudio de la importancia como la Función Judicial y Notarial, con las similitudes y diferencias entre sí; el contenido de la llamada Jurisdicción Voluntaria, con su necesario reemplazo (para el caso de la intervención notarial) por el término “Asuntos No Contenciosos” y las razones y ventajas por la cual se ha ido encomendando a los notarios esta materia.

1.3.1. La Función Judicial

El Estado Ecuatoriano ejerce su potestad a través de funciones o poderes fundamentales:

- a) Ejecutiva o administrativa.
- b) Legislativa
- c) Judicial o Jurisdiccional.
- d) Electoral
- e) Transparencia y Control Social

Desde la óptica orgánica, la Función Ejecutiva es la llevada a cabo por los órganos de gobierno, y tiene esencia naturalmente administrativa; la Legislativa a cargo de los órganos representativos; la Judicial a cargo de la administración de justicia, la función electoral encargada de los procesos electorales y el de transparencia y control social, encargada de controlar las entidades y organismos del sector público y de las instituciones del sector privado con relación directa en actividades de interés público.

Conocemos sin embargo que esta delimitación de los poderes no es taxativa y cada poder del Estado tendrá algunas funciones del otro, entrecruzándose en consecuencia las mismas. Así por ejemplo el Poder Legislativo tendrá potestades jurisdiccionales por ejemplo en los juicios políticos; o el Poder Judicial en determinar la constitucionalidad o no de alguna norma; o el ente administrativo en resolver casos de recursos administrativos, entre otros.

Por lo cual lo importante en la división de las funciones del estado es la materia esencialmente natural de cada una de ellas, y no realizar la división sólo por el sujeto encargado de cumplirla.

Así el término “jurisdicción” tiene distintos sentidos: como por ejemplo: ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o de autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia.”

También en un sentido más general se utiliza haciendo mención al poder de determinados órganos públicos.

Desde la óptica de la función estatal, la jurisdicción se trata de aquella encomendada a la administración de justicia; lo cual significa resolver una controversia entre distintas partes. Si embargo se aplica no solo a los casos contenciosos entre ellas, sino también en aquellos donde hay intereses que marchan hacia un mismo sentido, y consiste en la aplicación de la norma abstracta y general a un caso concreto a efecto de decidir cuál de los intereses encontrados es el jurídicamente protegido.

Otro elemento de suma importancia en la función judicial es su posibilidad de hacer cumplir sus resoluciones, así se aplica el poder de policía del Estado; que redundará

en la ejecutoriedad de las sentencias, que tienen la posibilidad jurídica de hacerse cumplir con la fuerza, si el obligado no se allana a cumplirlas de manera voluntaria, o de que se adopten medidas reparatoras o sustitutivas, si el cumplimiento es materialmente imposible.

Podríamos definir entonces a la función jurisdiccional o judicial como: “aquella función llevada a cabo por los órganos competentes del Estado, y por la cual, cumplidas las formalidades exigidas por la ley, se determinan los derechos de las partes, a los efectos de dirimir una contienda de intereses con relevancia jurídica, a través de las decisiones que tienen autoridad de cosa juzgada, y con fuerza propia para ser ejecutadas”.

Es una función que compete exclusivamente al ente estatal y que por lo de más también se encamina a la realización del bien común, atribución y obligación del mismo.

Históricamente se ha dividido a la Jurisdicción en Contenciosa y Voluntaria, en la primera se busca ante el órgano judicial la obtención de una sentencia que dirima un conflicto entre partes.

En cambio en la segunda, el órgano judicial constituye y da eficacia a relaciones jurídicas existentes, y en las cuales no hay oposición de intereses entre quienes acuden a hacer valer sus derechos. Y se comprueba la existencia de hechos con contenido jurídico, en relación a los cuales no se ha presentado conflicto alguno.

1.3.3. La Función Notarial

La causa y origen de todas las demás es la de investir todos los actos que intervienen en una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse a sí

ni s ms en las relaciones jurí d cas y para ser impuestos por su propia virtualidad, por el poder coactivo del Estado.

Se trata en esencia de aquella función estatal o delegada por el Estado, de autenticar hechos, dotándolos de cualidad fedataria. Tiene en parte un interés particular (el del compareciente o requirente), si n embargo obedece a un interés superior que es el de la sociedad en tener la confianza que aquello autenticado por el notario no puede ser destruido solamente por si mple prueba en contrario”.

“La función notarial es esencial mente diferente de la judicial o jurisdiccional, si n embargo ambas se ejercitan por delegación del poder público”, señala ZUMILIMA Marina, en su obra *El Notario y la Seguridad Jurídica* (2008).

Los jueces tienen como función zanjar conflictos y/o declarar (sentencia declarativa) y/o acordar (sentencia constitutiva) derechos. En cambio los notarios ni tienen función natural de dirimir conflictos (aunque como veremos luego pueden ser Árbitros), siendo su función primordial de dotar de fe pública los hechos pasados en su presencia.

Por ello la función notarial es esencial mente autenticante de acontecimientos que ocurren ante el notario, quien sólo da fe de hechos sensibles (óidos y vistos por él) que, respecto de los otorgantes pueden configurar diversas figuras jurídicas.

1.3.4 Características

Puntos de Contactos entre la Función Judicial y la Función Notarial.

<u>SIMILITUDES/ DIFERENCIAS</u>	<u>FUNCIÓN JUDICIAL</u>	<u>FUNCIÓN NOTARIAL</u>
Funcionario a cargo.	Público	Público o Privado a cargo de función pública
Capacitación del titular.	Profesional del Derecho	Profesional del Derecho
Nómina	Por el Estado	Por el Estado
Remoción del titular	Por incumplimiento/ mal desempeño de funciones	Por incumplimiento/ mal desempeño de funciones
Fe pública	Si. Organizada por el Estado.	Si. Organizada por el Estado.
Declara Derechos/ Obligaciones	Si	Si
Competencia Territorial/ Material	Fijada por el Estado	Fijada por el Estado
Imparcialidad	Si	Si
Aplicación de la norma especial al caso concreto	SI	SI
Documentos que otorgan/ autorizan	Instrumento Público	Instrumento Público

Incumbencia en litigios	SI	SI (Mediación/ Arbitraje)
Cosa Juzgada	SI	NO

Cuadro No. 2. Elaborado por: Leandro y Selene POSTERARO SANCHEZ. Ponencias XIV Jornadas Notarial en República Dominicana (2010)

En nuestra legislación el término jurisdicción se refiere en el Código de Procedimiento Civil en su artículo 1, diciendo: “*La jurisdicción*, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes”.

La naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria ha recibido varios análisis veamos algunos : DE MARIÑO concluye: La jurisdicción contenciosa y la voluntaria tienen elementos de un sustrato común, que es la actuación del derecho objetivo en el caso concreto para la tutela de intereses particulares reconocidos por el mismo derecho por obra de un órgano estatal imparcial, y siendo precisamente este sustrato común la definición de jurisdicción generalmente admitida, la jurisdicción voluntaria debe estimarse verdadera jurisdicción.

CARNELUTTI, Francisco, en su obra *La Figura Jurídica del Notario* (1997): distingue entre “proceso contencioso” y “proceso no contencioso”, entendiéndose que en la primera existe un conflicto actual, mientras que en el segundo un conflicto eventual. Por lo tanto, la función jurisdiccional en la primera es de carácter represiva y en la segunda es preventiva.

Para otros tratadistas como TROYA CEVALLOS, José, (2002) señala que: La “Jurisdicción es un poder ejercido por el Estado, mediante el órgano especializado de administrar justicia” señalando textualmente que “ Certo que los jueces accidentalmente se mezclan sobre ellos, pero esta función secundaria que comprende un sinnúmero de actos, de documentación, homologación, reconocimiento, complementación, etc., se halla asignada también a la Función Judicial, tales son el notariado, las registraduras de la propiedad, etc..

Por ello la jurisdicción voluntaria formaría parte de la actividad social y no de la actividad jurídica del Estado; ya que para ésta, lo mismo que para la actividad administrativa, el derecho no es el fin sino el medio para la satisfacción de otros fines, esto es, para la constitución de nuevas relaciones correspondientes a intereses sociales dignos de especial asistencia.

CHIOVENDA, José en su obra “ *La Jurisdicción Voluntaria*” (1999) por su parte, señala que: “El nombre de la jurisdicción voluntaria deriva de la función habitual del órgano jurisdiccional, puesto que una gran parte de estos actos se confían a los jueces, lo cual no priva que tales actos sean actos de simple administración, pero al tratarse de actos que requieren una formación especial y especiales garantías de autoridad en los órganos a los cuales son confiados, es natural que el Estado utilice a este fin la más alta jerarquía judicial.”

Esta concepción última se ciñe a lo que establece el Artículo 296 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dice “El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarias y los notarios, quienes son funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y de la existencia

de los hechos que ocurran en su presencia. El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial.” En concordancia con el artículo 200 de la Constitución de la República del Ecuador que manifiesta “Las notarias y notarios son depositario de la fe pública ...”

Se concluye que la actuación del notario tiene lugar en el momento inicial en que se forman los derechos, creando un título legitimador de tráfico jurídico, con relevancia en la esfera judicial, en definitiva el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, los contratos y demás actos extrajudiciales, por lo que la actividad extrajudicial de la jurisdicción voluntaria para el notariado es como la arena del mar, dándole certeza al asunto de la jurisdicción voluntaria en las competencias en asuntos no contenciosos que autoriza el notario, lo que equivale a la seguridad jurídica, tomando en cuenta que los actos jurídicos son el fruto del consentimiento de una o más partes, las mismas que se desarrollan en el ámbito de la libertad que le da la ley.

1.3.5. La Competencia

La esencia de la competencia, denominada también *ratione materiae*, es el obrar del oficio público, dentro de los límites o marco de sus atribuciones para que sus actos sean válidos.

La facultad de tutelar el derecho y restablecerlo corresponde al Estado; es decir, al orden público, para el ejercicio declarativo y coercitivo, por esta circunstancia es importante revisar el alcance de la función notarial, que incunbe a las facultades del notario para actuar.

En este fenómeno peculiar de la dación de fe pública, por la imposición de la limitación de la ley que implica a su vez disciplina que exige el cumplimiento de la función, porque el notario, por su altísima investidura de dador de fe pública está obligado a actuar sin invadir funciones, dentro del marco legal y moral.

Podemos señalar entonces que: competencia es la actuación de poder que pertenece (compete) a cada oficio o cada componente de oficio, en comparación con los demás.

El procesalista ecuatoriano BAHAMONDE CRUZ, Armando, (2001) dice: “Como consecuencia de esta realidad social, económica, y política, la distribución de las funciones de la jurisdicción en los distintos órdenes que exige la organización del Estado es lo que en general se denomina “competencia” ... La competencia es función práctica; aquella existe como función abstracta del Estado y del Derecho.

En el ámbito notarial la competencia se la puede conceptuar “Como la aptitud del oficial público para autorizar instrumentos específicos, en los actos solemnes, la competencia notarial obligada, deriva de la ley; en los actos formales, la fuente de la competencia notarial es la voluntad de las partes; que se someten a ella porque le encuentran alguna cualidad que les resultan conveniente.”

Para nuestra legislación en su artículo 1 del Código de Procedimiento Civil establece “Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad de administrar justicia, está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de las cosas, de las personas, y de los grados”.

Por lo tanto la competencia equivale a la habilitación jurídica para conocer y actuar en ejercicio de la función propia, del funcionario público, por delegación del órgano del Estado que a su vez actúa en nombre de él, según el principio de la

distribución de funciones en la ley que aplicado en el ámbito notarial podemos señalar que “La competencia siempre nace de la ley y no de la voluntad del notario, según la distribución de sus funciones que implica que esta función debe ser legítima y legitimadora del acto jurídico o contrato, dentro del marco del conjunto de sus facultades, que comprende en general la *rogatio* que implica la solicitud al notario, pues este no puede actuar de oficio, la *cognitio* que es el conocer, formarse un criterio sobre el negocio jurídico, para encuadrarlo en el acto y adoptar a la forma y distribución de sus funciones que implica que esta función debe ser legítima y legitimadora del acto jurídico o contrato, dentro del marco del conjunto de sus facultades, que comprende en general la *rogatio* que implica la solicitud al notario, pues este no puede actuar de oficio, la *cognitio* que es el conocer, formarse un criterio sobre el negocio jurídico, para encuadrarlo en el acto y adoptar a la forma instrumental, que es lo que se conoce como *instrumenti*, para luego redactar y aclarar la voluntad al molde del instrumento.”

La legalización notarial que nace de la competencia, por la cual el notario encuadra dentro de la norma legal, o el molde legal el acto o negocio que las partes declaren; esa calificación determina, el acto o figura y la legaliza.

GATTARI, Carlos. (1998), dice: “ Que tiene función de legitimación que recae sobre la eficacia del acto o negocio jurídico, se dice que por la legitimación el notario admite a una persona como sujeto instrumental, la individualiza, verifica su capacidad y habilidad, justifica la titularidad de su derecho o situación relativa al negocio o acto, depura la situación impositiva, bastea la facultad del representante y autoriza el otorgamiento de las partes y dice que el valor fundamental de la legitimación es la vida posterior del acto notarial instrumentado.”

1.3.5. 1. La Competencia Material

Esta competencia se relaciona con los actos, materias o funciones que el Escribano puede realizar, que van desde una simple certificación de fotocopias, pasando por la certificación de firmas, por la extensión de un certificado de escritura en trámite, hasta la redacción de escrituras y actas.- Esta competencia está muy relacionada con la función notarial, en virtud de la cual el Escribano actuaría a petición de parte y solo en el campo alitigioso, es decir donde no hay litigios o contienda.

De lo expuesto, podemos decir que la competencia del Notario en razón de la Materia es amplia, no están delimitadas sus facultades, ni tipificadas normativamente, sino muy por el contrario la misma se encuentra abierta y esencialmente creciente, ya que tiene por finalidad la seguridad jurídica y se habilita siempre que las funciones de que trate, no estén asignadas expresamente a otro órgano.

1.3.5. 2. La Competencia Territorial

Es decir que el Escribano debe actuar dentro de la demarcación o espacio territorial que se le ha atribuido.

Si guiendo al Escribano PELOSI, Carlos, (1998) podemos decir que “Somos Profesionales del Derecho en cualquier lugar del país, pero órgano de fe pública solo dentro del territorio que se nos ha asignado”.

La Competencia al delimitar el poder de obrar del Escribano, es impuesta para garantizar la mayor eficacia de nuestra función, desarrollada en un marco de imparcialidad, seguridad, confianza y transparencia, bases fundamentales del alto prestigio del Notario mantenido a lo largo de siglos.

1.3.5. 3. La Competencia en razón de la Persona.

En orden a preservar la imparcialidad que debe regir en el ejercicio de la función notarial se establece esta competencia.- El valor Imparcialidad requiere excluir situaciones donde la prestación del servicio no pueda desenvolverse en relaciones de igualdad y equidad, anteponiéndose intereses personales o allegados, que puedan enturbiar el resultado procurado, razón por lo que se prohíbe al Escribano actuar en aquellos casos en que tenga un interés personal, o lo tengan sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad.- Pero si puede actuar en los casos en que dichos parientes lo fueran sólo por tener parte en sociedades anónimas o ser gerentes o directores de ella.- Osea que el Escribano no puede hacer una Escritura de Compraventa donde su primo sea el Comprador, pero si puede en caso de que actúe como Presidente de una Sociedad Anónima, ya que la que compraría sería no ya el primo, sino la Sociedad.- La Doctrina Notarial considera que si bien la cónyuge no es pariente del Escribano, pero implícitamente se halla incluida en la prohibición.- La sanción que se impone al acto extendido en esas condiciones es que, es de “NINGUN VALOR”, es decir es Nulo.

1.3.6.3. La Competencia Notarial en las Uniones de Hecho.

En el año 2006, la última reforma de la ley notarial que se publicó en el Registro Oficial 406, El Notario, asume un rol significativo al convertirse en actor fundamental de la jurisdicción no contenciosa o voluntaria como ya lo expusimos en páginas anteriores, competencias como las contempladas en el artículo 18: Disolución de la Sociedad de Gananciales de consuno; remate de bienes voluntarios de personas menores que tenga libre administración, protocolizar capitulaciones matrimoniales, tramitar divorcios por mutuos consentimientos en casos que no haya hijos menores de edad o bajo su dependencia, solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia

de las unión de hecho, extinción de usufructo, fueron algunas de las nuevas acciones de fe pública que el notario asume.

Nos referiremos particularmente a facultad de solemnizar la existencia de Uniones de Hecho, esta figura antigua en el desarrollo de la humanidad, en nuestro país la regulación de misma aparece en el año 1982, bajo el gobierno constitucional del Dr. Osvaldo Hurtado Larrea, se promulga como ley N- 115 en el Registro Oficial 399 del 29 de diciembre de año antes indicado, y que contenía 11 artículos, con esta primera normativa, se dejaba de lado la absurda creencia de que el concubinato llamado actualmente Unión de Hecho es una institución ilegal y que atentaba contra la moral y el matrimonio, el problema de regular las Uniones de Hecho tuvo como base un carácter social y moral antes que un carácter jurídico, debido al alto número de porcentaje de Uniones de Hecho, se trató de proteger tanto al conviviente como a sus hijos e hijas, procurando regular de alguna manera el aspecto de filiación, con el reconocimiento de los hijos e hijas nacidas dentro de esta unión, y en cuanto al aspecto económico se expresa que el régimen de bienes deberá constar en escritura pública, así como la constitución del patrimonio familiar, aunque no se establecía el estado en que quedaría uno de los convivientes cuando el otro decidía dar fin a esta unión. Posteriormente con las reformas y codificación que se dio al Código Civil, publicada en el Registro Oficial N- 46 del 24 de junio de 2005, se anexo el procedimiento de reconocimiento de las uniones de hecho en el Libro I, Capítulo I, Título V, de los artículos 222 al 232, de este cuerpo legal hasta la actualidad.

Este reconocimiento de la existencia de las Uniones de Hecho, hasta antes de la expedición de la Ley 115, se consideraba como Cuasi Contrato de Comunidad de Bienes o de una Sociedad de Hecho regido por el Código Civil, en la actualidad esta debe probarse por quien o quienes alegan su existencia conforme a los principios

probatorios que rigen al respecto, como sería mediante una escritura pública, una acta notarial o un documento reconocido.

Precisamente este acto no contencioso, nacido de una voluntad propia de los interesados, no pierde sus características propias de un acto jurídico convencional, modificado o extinguido por los propios contratantes, el Notario asume su rol de dador de Fe Pública, el mismo que se sustenta en el artículo 18 numeral 24 de la Ley Notarial vigente.

La unión civil entre dos personas significa que el Estado reconoce y vela por los derechos y obligaciones mutuas de esas dos personas. Significa fundamentalmente dos cosas: primero, que la sociedad reconoce esa unión; segundo, que esa unión acarrea derechos y obligaciones, entre los que pueden encontrarse los derechos de herencia, de patrimonio, de tutela, cargas impositivas y beneficios de diversa índole.

CAPITULO II

TECNICAS NOTARIALES

2.1.- ACTAS

En nuestro país el Acta Notarial puede ser definida por exclusión como todo instrumento público notarial, emanado de competente notario y que no tiene carácter de escritura pública.

El Acta Notarial expresamente aparece definida en el diccionario de la Academia de la Lengua Española como "relación que extiende el notario, de uno o más hechos que presencia o autoriza".

La tratadista LECARO DE CRESPO Gloria, en su *ensayo Actas Notariales en el Ecuador*, (2007) indica que. "Las actas notariales son los documentos originales, que deben, por seguridad incorporarse al protocolo en que el notario, a instancia de parte, consigna los hechos y circunstancias que presencia o le constan y que, por su naturaleza, no sean materia de contratos."

Podemos señalar entonces que las actas notariales son instrumentos públicos cuyas finalidades principales son comprobar, por medio del notario y a solicitud de parte interesada, hechos, sucesos o situaciones que le consten u

ocurran en su presencia, darles carácter de auténticos, o bien hacer constar notificaciones, prevenciones o intimaciones procedentes según la ley.

2.1.1. Caracterización del Acta Notarial

Contrariamente a lo que acontece en el derecho comparado, no existe en Ecuador un régimen jurídico de las "Actas Notariales", situación que origina en la práctica una gran cantidad de problemas que es preciso subsanar.

Nuestro ordenamiento jurídico no se preocupa de una manera genérica de normar la materia relativa a las actas notariales, y es así como no se consagran disposiciones que establezcan las formalidades y las solemnidades que deben cumplirse en su otorgamiento, quedando además su valor probatorio sujeto a las reglas generales.

Las Actas Notariales son parte de la jurisdicción voluntaria. El notario es competente para realizar asuntos extrajudiciales. Por ejemplo:

- 1.- Para todos aquellos actos en los que haya o no controversia judicial, los interesados le soliciten haga constar bajo su fe y asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate.
- 2.- Todos aquellos en que, exista o no controversia judicial, lleguen los intereses voluntariamente a un acuerdo sobre uno o varios puntos del asunto, o sobre su totalidad y se encuentren conformes en que el notario haga constar bajo su fe y con su asesoría los acuerdos hechos o situaciones de que se trate, siempre que se haya solicitado su intervención mediante rogación.

El Lcdo. RUIZ ARMJO Aníbal en su obra , *Las Actas Notariales y su Recepción el Derecho Nicaragüense*, indica que :

a.- En primer lugar, son siempre instrumentos públicos (artículo 3 de la Ley del Notariado), independientemente de que consten o no en el protocolo;

b.- Normalmente se refieren a hechos jurídicos cuya existencia se constata por el notario o a actos realizados por él mismo notario a petición de parte interesada (por ejemplo, el ofrecimiento de pago por consignación, la notificación del desahucio);

c.- Deben referirse a hechos lícitos; son lícitos los hechos que no son contrarios a la ley, ni causan perjuicio a terceros ni ofenden la moral o las buenas costumbres.

d.- Por regla general, deben figurar en el protocolo como instrumento matriz, salvo excepciones derivadas de la ley o de la naturaleza del hecho que se recoge en el acta

e.- Las actas no siempre requieren unidad de acto, ni de contexto, pues cada actuación notarial puede hacerse en diligencia separada, en la que constará el lugar, hora y fecha. Es decir, que al Notario se le hace la rogación y en ese mismo acto puede practicar el hecho objeto del acta (como en la dación de fecha cierta a un documento privado), o bien se le hace la rogación y posteriormente en una o más diligencias separadas se practican las actuaciones pertinentes, aunque respetando en cada una de ellas la unidad de acto (caso del protesto de un título-valór).

2.1.2. Estructura general del Acta Notarial

El autor arriba señalado, expone que toda acta notarial debe tener una estructura básica, y plantea la siguiente.

2.1.2.1. Rogación o Requerimiento del interesado(a)

El notario tiene legalmente prohibido "... dar certificación sobre hechos que presencie y en que no intervenga por razón de su oficio..", de modo que el requerimiento de parte será siempre indispensable para legitimar la actuación del notario

Para la validez de ese requerimiento o rogación de parte se exige: que sea previo a la actuación del notario, que esté claramente delimitado, y que provenga de persona legitimada para expresarlo.

El carácter necesariamente previo de la rogación se justifica porque siendo ella una condición sine qua non de la legitimidad de la intervención del notario, cualquier actuación suya no precedida de esa rogación será absolutamente nula, por infringir el principio de imparcialidad.

Ade más de previa a la actuación del notario, la rogación de parte debe ser concreta, pues la falta de precisión en el contenido de la actuación que se pide al notario, en definitiva, implican falta de rogación, desde luego que en ese caso el notario actuará por su cuenta, es decir, de oficio.

Por último, el petente debe acreditar interés legítimo en las consecuencias jurídicas que se deduzcan del hecho sobre el que va a recaer el acta. A diferencia de lo que ocurre en la autorización una de escritura pública, la manera de acreditar el interés de la parte, y los medios para hacerlo variarán en amplitud en los diversos casos: Por ejemplo, será más amplia en un acta de notificación al deudor de la cesión de un crédito, y más reducido en un acta de mera percepción de cosas.

2.1.2.2 Expresión del Objeto o Finalidad

La finalidad de la rogación debe ser lícita, circunstancia que el notario está en el deber de examinar. GIMÉNEZ ARNAU, Enrique (1999), admite que se recoja en un acta notarial la comisión de un ilícito penal o civil realizado por un tercero, por ser conveniente que se haga oficialmente esa constatación para facilitar la prueba del hecho ilícito y su posterior sanción y reparación patrimonial, pero no así cuando el autor del hecho ilícito es el propio requirente, y cita a López Palomino, quien opina que “cuando se requiera al notario para dar fe de un acto del requirente constitutivo de delito, no sólo debe negarse a ello, sino que debe denunciar el hecho a la autoridad competente”.

Aquí es necesario acotar, con SALAS MARRERO Y VALLE HERNÁNDEZ, que como el acta notarial no contiene declaraciones de voluntad del requirente, sino que únicamente expresa una relación de hechos, no se exige que en ella “se consignen los fines mediatos del requirente de la misma”.

Finalmente, la actividad que la parte le pide al notario debe estar dentro del ámbito de las facultades de este, es decir, debe cerciorarse de que los hechos o actuaciones sobre los que se ha pedido su intervención no estén privativamente encargados a funcionarios judiciales o administrativos.

2.1.2.3. Narración fiel de los hechos percibidos por el Notario

Esta es, por supuesto, la parte principal del acta, y debe redactarse en lenguaje “claro, llano, sencillo”, y los hechos asentarse en el orden cronológico en que sucedieron, incluyendo la relación circunstanciada de las diligencias practicadas y de sus resultados.

2.1.2.4. Firma o Autorización del Notario

La autorización, es el momento final de producción del instrumento público, el acto que le da vida y carácter de tal, y corresponde en exclusiva al notario, que lo realiza mediante la imposición en él de su firma y, en ciertos casos de su sello, además, siempre

de acuerdo el otorgamiento tiene la finalidad formal de provocar la intervención autorizante del notario.

Si en embargo, al no recoger actos ni negocios jurídicos, y por lo tanto, tampoco prestación de consentimiento, en las actas no existe otorgamiento, por lo que únicamente resulta indispensable la firma del notario que autoriza el instrumento. La firma del rogante, esté o no presente al realizarse la diligencia notarial, no es indispensable para la validez del acta; y claro, tampoco resulta necesaria la firma de la persona requerida.

En las actas notariales no hay otorgamiento, aunque existe manifestación de voluntad (por ejemplo, la del requirente que dirige su rogación al notario) esta no constituye un negocio jurídico, sino tan solo un hecho jurídico; y que aun en el caso de que el requerido conteste al requerimiento con una manifestación positiva.

2.2 - CLASIFICACION DE LAS ACTAS NOTARIALES

Como es usual en nuestra ciencia, partiendo de criterios similares la doctrina ha desarrollado una amplia variedad de clasificaciones de las actas notariales.

2.2.1. Actas Notariales Pasivas

GONZÁLEZ PALOMINO en su obra *Las Actas Notariales*, (1998), que en parte de la conducta a observar por el notario al realizar las diligencias correspondientes, divide a estas en actas activas y actas pasivas. Las primeras documentan aquellas diligencias en las que el notario adopta una actitud de enérgica intervención en los

hechos, mientras que las segundas documentan diligencias en las que el notario asume una actitud más distante o neutral de lo que percibe o le es manifestado.

En ella, el notario es convocado en carácter de testigo rogado, y presencia los hechos sin participar en ellos, aunque tomando nota de cuanto ocurre para luego plasmarlo en el instrumento correspondiente. Se exige al notario, entonces, más que una simple “presencia” física, un simple “estar ahí”: debe adoptar una actitud receptiva, que le permita captar la realidad o verdad de los hechos que presencia, pues la calificación de “pasiva” de la actuación notarial en estas actas no debe llevar a olvidar que el notario no es una máquina que simplemente capta acríticamente lo que sucede ante él. Por el contrario, el notario debe empeñar sus facultades cognitivas para comprender lo que percibe, interpretarlo y comprenderlo para luego poder narrarlo de forma exacta; concretando, lo que el vocablo “pasivo” así utilizado lo que quiere significar, es que el notario debe abstenerse de adelantar juicios subjetivos acerca de lo percibido.

2.2.2. Actas Protocolares

Las actas de protocolización son las específicamente dirigidas a plasmar el hecho por el que el notario incorpora un documento al protocolo.

Se destaca esta especificidad porque también en una escritura pública o en un acta notarial de distinta naturaleza habitualmente se incorporan al protocolo diversos documentos (por ejemplo, el testamento de un poder, la certificación de un acta de toma de posesión de cargo público, la certificación de un acta de una junta directiva, etc.).

La protocolización se hace agregando al Registro, en la fecha que le fueren presentados al notario, los documentos y diligencias mandados a protocolizar. El notario pondrá al fin de dichos documentos una razón firmada en la que conste el lugar, hora,

día, mes y año en que se protocolizan, el número de hojas que contienen, y el lugar que, según la foliación, ocupan en el protocolo, designando los números que corresponden a la primera y última hoja”.

2.3.- VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS NOTARIALES

2.3.1. Fundamento Jurídico

El artículo 1218 del Código Civil y 166 del Código de Procedimiento Civil dicen que “Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”

Para algunos civilistas siempre han considerado que estos artículos consagra, al menos en el primer párrafo, un caso de prueba legal y tasada: los extremos del documento público de directa percepción por parte del funcionario público autorizante (fecha, hecho que motiva su otorgamiento, presencia de las partes ante el mismo, identidad de las partes y del funcionario, así como veracidad de las manifestaciones contenidas en el documento se han realizado ante el mismo funcionario) hacen prueba sin necesidad de comprobación alguna y se imponen al Juez autorizante. Todo ello salvo prueba de la falsedad que se hubiere cometido en su caso por las partes o por el notario autorizante, lo que debe probarse en un notario aparte.

Puede ser, un hecho que algunas legislaciones exijan hacer constar en acta, como el protesto de una letra de cambio, o cualquier otro hecho jurídico que no consista en presentación de consentimiento y que voluntariamente se quiera probar por medio de acta.

En el acta, el notario actúa básicamente en su calidad de fedatario público puesto que el ejercicio de la función notarial en estos casos se reduce a autenticar un hecho, quedando eliminadas o en un segundo plano, las actividades asesoras y modeladoras que tanto relieve tienen en la función de una escritura.

2.3.2. Validez Internacional

La relación creciente de los negocios jurídicos entre diversos países obligó a considerar el problema a que se refiere el epígrafe. Por eso, la Unión Internacional del Notariado Latino, en su II Congreso, reunido en Madrid el año 1950, formuló esta declaración: "De acuerdo con la regla *locus regit actum*, el documento notarial formalizado con arreglo a la ley de su celebración será considerado válido en los demás países en cuanto a su forma y autenticidad. Las cuestiones que se susciten acerca de la validez formal del documento notarial deberán resolverse conforme a la referida ley del lugar de su celebración. En los documentos notariales sujetos o susceptibles de inscripción en los registros públicos de los países en que hayan de surtir efecto, el notario autorizante procurará expresar las circunstancias relativas al bien o elementos registrales que exijan las leyes respectivas para su inscripción". Con respecto a la eficacia extraterritorial del documento, se resolvió también que, en cuanto a su materia o contenido sustantivo, el notario procurará sujetarse a las normas de la ley reguladora de la relación jurídica o de la ley del país en que el documento haya de producir efectos, sin perjuicio del orden público territorial del país del otorgamiento.

El Ecuador es signatario del Convenio de la Haya sobre la Apostilla. Desde el 2 de abril de 2005 está en vigencia la aplicación de las disposiciones de este Convenio.

El Artículo 1 de este Convenio dispone: "La presente Convención se aplicará a los documentos públicos que han sido ejecutados en el territorio de uno de los

Estados contratantes y que deben ser exhibidos en el territorio de otro Estado contratante".

La Convención de la Haya sobre la Apostilla suprime el REQUISITO DE LEGALIZACIÓN CONSULAR posterior de los documentos apostillados que se originen en uno de los 90 países miembros de dicha Convención y que deban utilizarse en otro Estado que ha ratificado la Convención.

Para fines de la apostilla, los siguientes serán considerados documentos públicos:

- a) documentos que emanen de una autoridad o funcionario, relacionados con las cortes o tribunales del Estado, incluyendo aquellos que emanan del Ministerio Público, de un secretario o de un agente judicial;
- b) documentos administrativos;
- c) actas notariales;
- d) Declaraciones oficiales, menciones de registro, visados de fecha fija y certificados de firma insertados en un documento privado."

Ahora bien la validez de los instrumentos públicos conforme a las leyes ecuatorianas debe ser estudiada desde dos puntos de vista: La FORMA y la AUTENTICIDAD

Dentro del primer aspecto debemos analizar la capacidad de las partes para la celebración del acto o contrato, de una parte, y, de otra, el cumplimiento de las solemnidades que las leyes exigen tanto para su otorgamiento como para su admisión, desde esta concepción la Ab. MURRIETA Kattia en su ensayo *Valor y Efectos de un*

Documento Extranjero Recibido por un Notario en el Ecuador, (2007), refiriéndose a este tema señala

El Artículo 16 del Código Civil establece que "La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados..." y, en el inciso segundo, agrega que "la forma se refiere a las solemnidades externas".

El Artículo 27 de la ley notarial ecuatoriano obliga al notario a examinar, entre otros, la CAPACIDAD de los otorgantes antes de redactar una escritura pública, puesto que para que una persona se obligue u obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que sea legalmente capaz, conforme lo prescribe el artículo, 1488 del Código Civil.

Según este cuerpo legal, la incapacidad es absoluta o relativa. Son absolutamente incapaces según el artículo 1490, los impúberes y los sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito y sus actos no surten ni aun obligaciones naturales ni admiten caución. Son incapaces relativos, de acuerdo con esta misma disposición, los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes y las personas jurídicas.

A pesar de que, en general, la legislación civil del mundo latino es similar, la pregunta resultante de este análisis es respecto de la validez de un documento otorgado en nación extranjera por una persona que, según las leyes ecuatorianas, es incapaz. La respuesta nos la da la disposición contenida en el artículo 16 del Código Civil que establece que "la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados...".

En lo referente a la autenticidad, se refiere al hecho cierto de su otorgamiento, lo cual nos lleva a la verificación, por parte de autoridad competente, en Ecuador, como país receptor del documento, de que este es realmente auténtico, es decir, que ha sido otorgado o celebrado ante autoridad competente y en ejercicio de sus funciones.

Sobre esto el artículo 164 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 1743 del Código Civil definen al instrumento público auténtico como el "autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado". Y, por virtud de lo dispuesto en el artículo 166 del Código de Procedimiento Civil "hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos públicos, o sea todos los instrumentos autorizados en debida forma por las personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo".

2.3.3. El Acta Notarial como aspecto de la Función Notarial

En el acta notarial se dan fe de determinados hechos cuya constancia incontrovertible puede resultar muy útil. Pensemos que la afirmación del Notario de que en un momento dado concurren determinadas circunstancias, sólo puede ser destruida o ignorada previa presentación de una querrela criminal y consiguiente condena del Notario por falsedad.

Son muchísimos los hechos y circunstancias cuya existencia puede acreditarse mediante acta notarial, desde el resultado de un concurso o de un sorteo hasta los efectos de una inundación. Con frecuencia, la existencia de las pruebas preconstituida por recogerse en acta notarial o bien evita que se tenga que acudir a los tribunales para resolver las controversias surgidas, o bien facilita en otro caso la solución de las mismas en el proceso.

La misma utilidad que las actas de presencia comentadas, tienen las de notificación y las de requerimiento, en las que se deja constancia a todos los efectos de que una persona ha recibido una determinada información o una solicitud o exigencia de otra, al margen de la eficacia específicamente señalada por la Ley para ciertos casos.

2.4- PROTOCOLO NOTARIAL

2.4.1. Concepto

Se conoce como Protocolo, al tomo empastado de los instrumentos autorizados durante un periodo de tiempo; también al papel sellado especial que se vende exclusivamente a los notarios para fraccionar escrituras; y al conjunto de escritura que se llevan fraccionadas en el año que transcurre.

La palabra protocolo proviene de las palabras griegas *PROTO* que significa primero y *COLAO* que significa pegar

En nuestra legislación notarial en su artículo 22, indica que los protocolos se forman anualmente con las escrituras matrices y los documentos públicos o privados que el notario autoriza e incorpora por mandato de la Ley o por orden de autoridad competente o a petición de los interesados.

Los protocolos pertenecen al Estado. Los notarios los conservarán en su poder como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad.

El principio de que los originales o matrices deben de quedar en poder del notario, es necesario rodear y dotar, a tales documentos de una serie numerosa de seguridades. Ello permite la expedición de testimonios, los

mis mos que la comprobación de la autenticidad de los mis mos, en todos aquellos casos en que los documentos notariales sean redargüidos falsedad. En síntesis la existencia y fundamentación del protocolo radica en los siguientes aspectos.

a) Permanencia Documental en las Relaciones Jurídicas: El Protocolo Notarial constituye una garantía que presta el Estado para la efectiva perdurabilidad de los actos jurídicos que requieren la intervención notarial, para su completa validez y eficacia legal;

b) Garantía de ejecutoriedad de los derechos: La existencia del protocolo y por ende de los instrumentos o actos jurídicos en él consignados pueden llegar a ser una prueba fehaciente sobre los derechos y sus relaciones jurídicas incorporadas, principalmente en aquellos casos en que la posesión de un título es esencial para ejercitar o ejecutar un derecho, de tal forma que dicho derecho se haya incorporado en cierta manera al documento;

c) Autenticidad de los derechos: El protocolo desempeña, una función autenticadora en el sentido de que las reglas legislativas atinentes a la formación y conservación del mismo dificultan enormemente la posible y eventual suplantación de documentos autorizados, lo mismo que la interrelación de otros entre los que ya constan debidamente ordenados y fechados

El artículo 23 de la ley notarial ecuatoriana establece la forma en que se debe llevar el protocolo, esta es:

Los protocolos se formarán anualmente y se dividirán en libros o tomos mensuales o de quinientas fojas cada uno, debiendo observarse los requisitos siguientes:

- 1) Las fojas estarán numeradas a máquina o manualmente;
- 2) Se observará rigurosamente el orden cronológico de modo que una escritura de fecha posterior no preceda a otra de fecha anterior
- 3) A continuación de una escritura seguirá la que le corresponde de acuerdo con el respectivo orden numérico que debe tener cada escritura;
- 4) Todo el texto de una escritura será de un mismo tipo de letra;
- 5) Las fojas de una escritura serán rubricadas por el notario en el anverso y el reverso; y,
- 6) Las minutas presentadas para ser elevadas a escrituras públicas, deberán ser parte de un archivo especial mantenido por dos años que llevarán los notarios una vez autorizada la escritura pública respectiva."

2.4.2 Escrituras Públicas

La escritura pública es un documento en el que se hace constar ante Notario público un determinado hecho o derecho autorizado por un fedatario público (notario), que da fe sobre la Capacidad jurídica de los otorgantes, el contenido del mismo y la fecha en que se realizó. La escritura pública es un instrumento notarial que contiene una o más declaraciones de las

personas intervinientes en un acto o contrato, emitidas ante notario con el lleno de los requisitos legales propios y específicos de cada acto, para su incorporación al protocolo.

Son muchos los contratos y acuerdos entre particulares que deben formalizarse mediante escritura pública para revestirlo de valor probatorio, pero entre los más importantes que deben celebrarse por escritura pública se tienen todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, la constitución de sociedades y los demás negocios jurídicos.

En el caso de las sociedades que quizás es el más representativo de los hechos que requieren ser elevados a escritura pública, el contrato de sociedad expresado en la minuta de constitución es un acto voluntario y solemne de los socios. Esta voluntad de celebrar un contrato, se realiza ante un notario público, ya sea directamente o a través de un apoderado. Para el efecto deben presentarse las partes intervinientes, ya sea de forma personal o mediante apoderado.

Citando al Doctor GONZALEZ GALVIS, Gonzalo en sus *diccionario de Derecho Notarial y Registral*, (2001), al hablar de escritura pública, dice que es un documento público que por su especialidad y finalidad probatoria se encuentra rodeado de ciertas exigencias solemnes y, señala ciertos requisitos.

- ❖ Los que se relaciona con la materia y expresión gráfica del documento.
- ❖ Idioma, fecha y lugar del otorgamiento.
- ❖ Notario autorizante y su competencia.

- ❖ Expresión de la calidad con que intervienen los comparecientes
- ❖ Juicio de conocimiento y capacidad
- ❖ Testificación cuando intervengan; y
- ❖ Firma de los comparecientes y autorización del Notario.

En nuestra legislación el artículo 26 de la ley notarial, define a la escritura pública como: el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo, se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la ley o acordados por la voluntad de los interesados.

Podemos resumir que la escritura pública es la autorizada por Notario en el protocolo a su cargo, a requerimiento de parte, en la que se hacen constar negocios jurídicos y declaraciones de voluntad, obligándose sus otorgantes en los términos pactado.

2.4.2.1. Clases

En la doctrina internacional se le ha dado importancia a dos clases o tipos o variedades de escrituras públicas, como son por cierto las principales y las aclaratorias, sin embargo, no son las únicas clases, sino que existen otros tipos de escrituras públicas.

Las escrituras públicas principales, son las que contienen actos de traslación de dominio, constituciones de sociedades, de empresas individuales de responsabilidad limitada, poderes, testamentos, entre otras tantas.

El derecho notarial también estudia otra clase o tipo o variedad de escritura pública, como son por cierto las aclaratorias, dentro de las cuales podemos citar las siguientes: aclaratorias de constituciones de sociedades, o aclaratorias de constituciones de empresas individuales de responsabilidad limitada, entre otras tantas.

2.4.2.2 Elementos Materiales

Es necesario señalar cuáles son las solemnidades a las que hace referencia nuestra legislación en el artículo 1716 del Código Civil y en los artículos 164 y 169 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 29 de la Ley Notarial Ecuatoriana.

1. El lugar, día mes y año en que se redacta; y también la hora si el notario lo estima conveniente;
2. El nombre y apellido del notario autorizante y del cartón donde ejerce;
3. El nombre y apellido de los otorgantes, su nacionalidad, estado civil, edad, profesión u ocupación y domicilio;
4. Si proceden por sí o en representación de otros, y en este último caso se agregarán o insertarán los comprobantes de la capacidad;

5. La circunstancia de haber intervenido un intérprete nombrado y juramentado por el notario, cuando alguna de las personas que intervienen ignora el idioma castellano;
6. La fe de conocimiento de los otorgantes, de los testigos y del intérprete cuando intervengan;
7. La comprobación de la identidad de las personas por dos testigos vecinos y conocidos o que porten sus cédulas de identidad, si el notario no tiene conocimiento anterior alguno de los interesados y no le hubieren presentado la cédula de identidad, en caso contrario se anotará el número de éste;
8. La exposición clara y circunstanciada del acto o contrato convenido, sin que pueda usarse de números, signos ni abreviaturas; a menos que corresponda a denominaciones técnicas.
- 9 - Las circunstancias de haber concurrido al otorgamiento dos testigos idóneos, si el notario lo estimare conveniente o si alguno de los otorgantes lo solicitare, cuyos nombres, apellidos y domicilio deben expresarse en el instrumento;
- 10 - La fe de haberse leído todo el instrumento a los otorgantes, la presencia del intérprete y testigos cuando intervengan
- 11 - La suscripción de los otorgantes o del que contraiga la obligación si el acto o contrato es unilateral, del intérprete y los testigos si lo hubiere, y del notario, en un solo acto, después de salvar las enmendaduras o testaduras si las hubiere. Si las partes no supieren o no pudieren firmar, firmará por éstas la persona que aquellas designen, expresándose esta circunstancia en el instrumento.

2.4.2.3. Naturaleza y Objeto de la Escritura Pública

Es un documento de naturaleza pública, que por su especialidad y finalidad probatoria específica se encuentra rodeado de ciertas exigencias solemnes, entre las cuales se destaca la comparecencia de los declarantes que emiten manifestaciones de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos, la autorización que del mismo hace el notario una vez comprobados el cumplimiento de los requisitos legales y su tránsito al archivo protocolario con el objeto de garantizar la guarda y la publicidad del instrumento.

2.5- LAS CAPITULACIONES

2.5.1- Las Capituciones Para matrimoniales

Para las parejas no casadas, uno de los problemas más importantes que se han venido suscitando en la práctica es el de la carencia de un concreto régimen económico por el que puedan regularse sus relaciones económicas ante inevitables cuestiones de índole financiera.

Desde el punto de vista jurídico, el Régimen Económico Patrimonial se puede definir como el conjunto de reglas que regulan las relaciones económicas entre la pareja y entre éstos y terceras personas mientras dura la relación jurídica constituida de la pareja.

En este sentido las Capituciones Para matrimoniales realizadas ante notario es el documento en que se pactan en escritura pública las relaciones económicas que regirán a la pareja.

Es importante realizar dichas capitulaciones ya que, mientras en las uniones matrimoniales el régimen económico (a falta de capitulaciones) queda fijado por defecto, en las parejas de hecho (a falta de capitulaciones) se tendrá que acreditar cada uno de los derechos sobre cada uno de los bienes.

Este documento acredita la existencia de la unión desde la fecha de su otorgamiento o firma. En este documento suelen pactarse las relaciones económicas de la pareja, tanto las que van a regir su durante la relación de convivencia como las que se adoptarán en caso de ruptura.

2.5.2 Modelo de Capitulación Patrimonial en España (Gobierno Vasco)

NÚMERO *.

En *, mi residencia, a * de * de *.

Ante mí, *, Notario/a del Ilustre Colegio de *.

COMPARECEN

DON/DOÑA PABLO EFRAÍN DE LA ROSA HIGUAIN *, mayor de edad, de vecindad civil vizcaína aforada, soltero/ra, vecino/na de *, con domicilio en *, con Documento Nacional de Identidad número *.

DON/DOÑA PEDRO ALEXIS TORO PALACIOS *, mayor de edad, de vecindad civil vizcaína no aforada, soltero/ra, vecino/na de *, con domicilio en *, con Documento Nacional de Identidad número *.

Constan sus circunstancias personales de sus manifestaciones.

INTERVIENEN en su propio nombre y derecho, los identifico mediante la exhibición de sus respectivos Documentos Nacionales de Identidad y los juzgo con la capacidad legal necesaria para otorgar la presente escritura de CAPITULACIONES PREVIAS A LA CONSTITUCIÓN DE PAREJA DE HECHO a cuyo fin,

EXPONEN

I.- Que tienen previsto constituir una pareja de hecho con arreglo a lo dispuesto en la Ley 2/2003, de 7 de mayo, del Parlamento Vasco, reguladora de las Parejas de Hecho.

II.- Que habiendo decidido regular el régimen económico patrimonial de esa futura pareja de hecho, lo llevan a efecto con arreglo a los siguientes,

PACTOS:

1º.- El régimen económico patrimonial de la pareja de hecho será el de absoluta SEPARACION DE BIENES. Así pues, a cada miembro de la pareja de hecho pertenecerán en exclusiva los bienes que tuviere en el momento inicial de constitución de la pareja de hecho. De igual modo, a cada miembro de la pareja de hecho corresponderá y pertenecerá, también con carácter exclusivo y excluyente, cualquier bien, fruto y rentas de sus bienes que obtuviere en el futuro por cualquier título, tanto derivados de su trabajo o como consecuencia de su actividad o condición personales; en particular, cada miembro de la pareja de hecho hará suyos los frutos y rentas de los bienes cuya titularidad ostentare en el momento inicial.

Asi mismo, cada miembro de la pareja de hecho tendrá y conservará el pleno dominio, administración, goce y disfrute y libre disposición de todos aquellos bienes, frutos y rentas enunciados cuya titularidad ostentare.

2º.- Las obligaciones contraídas por cada miembro de la pareja de hecho serán de su exclusiva responsabilidad. Por consiguiente, los bienes de uno de los miembros de la pareja de hecho no responderán de las deudas, obligaciones y responsabilidades contraídas por el otro, ni derivadas de cualquier actividad del mismo, aunque ésta redundare en beneficio de la familia, salvo en el caso de que expresamente uno de ellos avalare o afianzare al otro.

3º.- Los miembros de la pareja de hecho contribuirán al sostenimiento de las cargas de la pareja de hecho por mitades iguales; esto es, cada miembro de la pareja de hecho aportará el cincuenta por ciento de lo que constituyere cada carga; cada aportación será recíprocamente acreditada entre los miembros de la pareja de hecho mediante los mecanismos o procedimientos que en cada caso acordaren conjuntamente o de mutuo acuerdo.

4º.- El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que, a falta de acuerdo, se señalará a la extinción del régimen de separación, de acuerdo con el artículo 1.438 del Código Civil.

5º.- En el supuesto de que uno de los miembros de la pareja de hecho administrare o gestionare bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero no tendrá

obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demostrare que los invirtiera en atenciones distintas del levantamiento de las cargas de la pareja de hecho.

6º.- Por lo que respecta a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria, responderán a ambos miembros de la pareja de hecho única y exclusivamente en la forma dispuesta en el precedente apartado 3º.

7º.- En el supuesto de que no fuere posible acreditar a cuál de los miembros de la pareja de hecho perteneciere algún bien, derecho o fruto, corresponderá a ambos por mitad.

Y expuesto lo cual,

OTORGAN

PRI MERO- Los futuros miembros de la pareja de hecho comparecientes pactan para lo sucesivo un régimen económico patrimonial de absoluta **SEPARACIÓN DE BIENES**, con los pactos recogidos en la exposición de esta escritura, que ambos aceptan.

SEGUNDO- Los otorgantes solicitan del encargado del Registro de Parejas de Hecho del Gobierno Vasco la constancia de la constitución de su régimen económico patrimonial.

Hago las restantes reservas y advertencias legales.

Leída por mí íntegramente esta escritura a los comparecientes, previa renuncia de su derecho a hacerlo por sí, del que les advertí, la encuentran conforme, prestan su consentimiento y firman.

De que, tras su lectura íntegra, los comparecientes manifiestan haber quedado debidamente informados del contenido de la presente escritura, de que el consentimiento ha sido libremente prestado por ellos, adecuándose el otorgamiento a su voluntad, debidamente informada, y a la legalidad, y de cuanto se consigna en este original, extendido en * folios de papel timbrado de la serie *, números * A y los * siguientes correlativos, yo, el/la Notario/a, doy fe.-

CAPITULO III

DERECHO DOCUMENTAL

3.1. DERECHO DOCUMENTAL

Si n duda el docu mento ha jugado un papel i mportante en la historia de la hu manidad, pues es en este papel donde se ha escrito los procesos hi stóricos de la mis ma, pero más allá de esta visión , el documento también fue utilizado como un mecanis mo de establecer los acuerdos co merciales, jurí dicos, territoriales, etc..

3.1.1. Concepto

En senti do jurí dico la palabra documento es el papel escrito y por lo general fir mado para hacer constar un hecho o act o. En el senti do estricto es el product o de un act o hu mano, perceptible, que sirve de prueba hi stórica, i ndirecta o represent ati va de un hecho o act o.

En senti do general, pode mos decir que documento es la expresión escrita y contenti va de deter minados hechos y asuntos, puede ser públi co cuando es e mittedo por un funci onario públi co aut orizado y el pri vado cuando es produci do por un particular.

En el derecho, la prueba docu mental es uno de los me dios disponi bles para de mostrar la veraci dad de un hecho alegado. Est o por cuant o la i nformación que consta en docu mentos o escritos puede ser valorada por un juez como muestra veraz de la

autenticidad de un hecho. Existen documentos denominados privados como son cheque, letra de cambio y otros documentos públicos, la importancia de esta división radica en la forma como fueron emitidos o de las solemnidades requeridas o no aspectos de importancia, pues su valor probatorio es distinto

3.2 - CLASES DE DOCUMENTOS NOTARIALES

3.2.1. Públicos Notariales

Los documentos públicos notariales son aquellos que constan en forma original en los protocolos, escritura pública y actas. También son los testimonios, copias certificadas y certificaciones, tienen un valor probatorio por ser notarial, la importancia del instrumento público notarial recae en el valor jurídico del instrumento notarial, en los efectos que éste produce, y en la seguridad jurídica que brinda.

LÓPEZ OLACI REGUI en su obra *Tratado de Derecho Civil Argentino* (1998) señala: 'lo característico del instrumento público es ser una cosa dotada de una fuerza jurídica especial: merece fe pública.

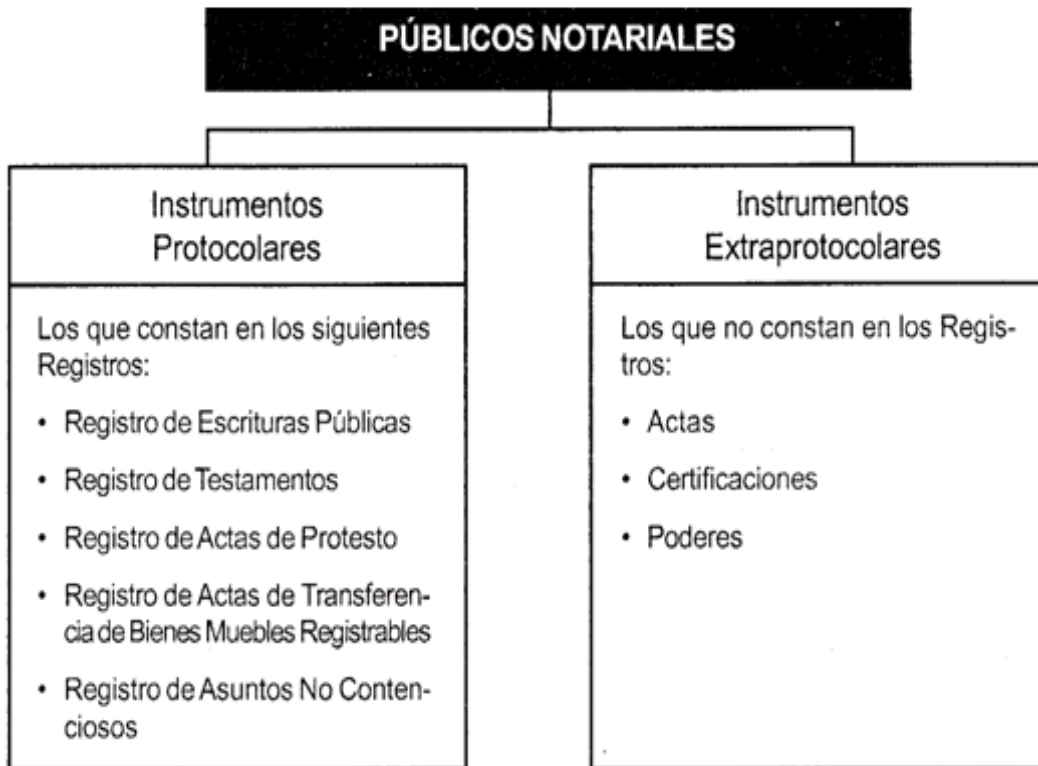
La doctrina señala que para que un instrumento público sea plenamente válido debe reunir los siguientes requisitos:

- a) El oficial público debe ser capaz, es decir, tener potestad para autorizar el instrumento;
- b) El oficial público debe ser competente en razón de la materia y en razón del lugar;
- c) El instrumento debe otorgarse con las formalidades prescritas por la ley.

Existen dos clases de instrumentos públicos notariales. Los protocolares y los extraprotocolares. Ambos de suma importancia.

Son instrumentos públicos notariales los que el notario, por mandato de la Ley o a solicitud de parte, extiende o autorice en ejercicio de su función, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley.

Son instrumentos públicos extraprotocolares las actas y demás certificaciones notariales que se refieren a actos, hechos o circunstancias que presencié o le conste al notario por razón de su función, en el siguiente gráfico se detalla dicha clasificación.



Cuadro N- 3 Fuente de información www.monografia.com

Los instrumentos tienen características propias que lo hacen indispensable en la relación jurídica entre las partes intervinientes, incluso frente a terceros, estas son:

- ❖ Se incorporan al protocolo.
- ❖ Son eminentemente formales.
- ❖ Gozan de la garantía de la autenticidad.
- ❖ Son medios de prueba ante terceros.
- ❖ Son públicos.
- ❖ Son ejecutivos.
- ❖ Producen efectos jurídicos.
- ❖ Son inscribibles.
- ❖ Su contenido perdura a través del tiempo.
- ❖ Ostentan la calidad de prueba plena.

LAROMBIERE, (1997) enseñan la importancia que en materia documental reviste el autor del documento, de manera tal que la fe que tiene el mismo es la que merece su autor. Afirma este jurista: mientras la técnica no ofrezca medios de representación que excluyan el peligro de la falsedad, se puede uno fiar del documento en tanto y en cuanto se puede fiar de quien lo ha hecho.

Todo instrumento público es auténtico, pues se conoce con certeza su autor: el oficial público. Pero no todo instrumento auténtico es público: también son auténticos el

instrumento privado con firma reconocida o tenida por reconocida, el instrumento privado con firma certificada, y el instrumento privado con firma confirmada como verdadera por pericial caligráfica.

3.2.2. Privados Notariales

Son instrumentos privados los documentos firmados por las partes sin intervención de oficial público alguno. Su característica finca en esta redacción del instrumento efectuado entre particulares y sin la presencia de otras personas fuera de los propios interesados.

El principio rector de estos instrumentos es el de la libertad de forma, principio que encuentra aquí su máxima expresión, ya que las partes no sólo pueden elegir expresar su voluntad por escrito o verbalmente, o por otros signos inequívocos con referencia a determinados fines, sino que una vez elegida la forma instrumental pueden redactar los instrumentos privados de la manera que consideren más conveniente a sus intereses.

El artículo 191 del Código de Procedimiento Civil de nuestro país, define que el instrumento privado es el escrito hecho por personas particulares, sin intervención de notario ni de otra persona legalmente autorizada, o por persona públicas en actos que no son de su oficio.

Nuestra legislación concibe la facultad de extender en escritura privada los actos o contratos en que no es necesaria la solemnidad de los instrumentos públicos.

Así, nuestra legislación reconoce además de los señalados en los artículos 192 y 194 del Código Procesal Civil, los siguientes tipos de instrumentos privados.

Los Vales Simples y las Cartas	Las Partidas de Entrada y las de Gastos Diarios
Los Libros Administrativos y los de Cajas	Las Cuentas Extrajudiciales
Los Inventarios, Transacciones	Presupuestos Extrajudiciales y Asientos Privados

Cuadro N- 4- Elaborado por Verónica Acosta y Antonio Zúñiga 2010

La calidad de fe de los instrumentos privados adquiere la de instrumento público y por ende la capacidad de una persona de obligar a dar, hacer alguna o en que confiesa haber recibido o estar satisfecha de alguna satisfacción, como lo señala el artículo 194 del Código Procesal Ecuatoriano, en los siguientes casos.

1. Si el que lo hizo o mandó a hacerlo reconoce como suyo ante cualquier Juez o Jueza de lo Civil, Notario o Notaria Pública o en escritura pública.
2. Si el autor del documento se niega a reconocerlo, sin embargo de una orden judicial.
3. Si habiendo muerto el autor, o negado ser suyo o estando ausentes de la República, dos testigos conformes y sintacha declaran en el juicio haber visto otorgar el documento a su autor, o a otra persona por orden de éste; a no ser que el asunto sobre que verse el instrumento exija para su prueba mayor número de testigos.

4. Si la parte contra quien se presenta el documento no lo redarguye de falso ni objeta su legitimidad, dentro de tres días contados desde que se le citó y notificó la presentación aunque no lo reconozca expresamente ni se pruebe por testigos.

Para que se pruebe la validez del contenido del acto jurídico instrumentado privadamente, primero hay que probar que el instrumento es auténtico, mediante el reconocimiento de las firmas obrantes en él, exigiéndose la capacidad de las partes, al tiempo del reconocimiento. Este reconocimiento puede ser expreso o tácito, ya que toda persona tiene la obligación de declarar si se trata de su firma, cuando se le oponga judicialmente un instrumento privado firmado por él.

Vale acotar que cuando el autor se negase a reconocer su firma, sin que sea necesario que se declare ser verdadera la obligación o cierto el contenido del documento, a pesar de existir una orden judicial, o el udiere esta expresión con palabras ambiguas o de cualquier otro modo, el Juez o la Jueza, deberá declarar reconocido el documento, adquiriendo el mismo la calidad de título ejecutivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 196 del Código de Procedimiento Civil.

Admitida la validez del instrumento privado, por el reconocimiento de firmas realizado por cualquiera de los medios antes mencionados, adquiere fuerza probatoria su contenido, mientras no se demuestre su falsedad civil o penalmente. Si se discute la sinceridad del instrumento, como en los casos de simulación, también debe ésta probarse, por ejemplo, mediante un contradocumento.

3.3 - IMPORTANCIA DEL DOCUMENTO

La protección jurídico-penal a los documentos notariales, adquiere una doble dimensión: de una parte, el estudio de las instituciones de la dogmática que aparecen y en ocasiones convergen con las que le corresponden al Derecho Notarial encaminadas a descifrar la falsedad documental del documento notarial como documento público y de otra la responsabilidad penal recaída en los notarios, como fedatarios públicos o en los sujetos que intervienen en las relaciones jurídicas de esa naturaleza.

3.3.1. Aspectos que le pueden afectar

Para algunos tratadistas como GIMENEZ ARAU, CHIOVENDA José, sin duda existen aspectos que pueden invalidar el acto contractual, de ellos podemos citar:

De Fondo: Se produce cuando es ineficaz porque el acto o contrato que contiene está afectado por vicio que lo invalida. Esta especie de nulidad se rige por las normas referentes a la nulidad de los actos jurídicos en Derecho Civil; y,

De Forma o instrumental: Afecta al documento considerado en sí mismo, y no como continente de un acto o negocio jurídico, sin perjuicio desde luego, que la nulidad instrumental afecte indirectamente la validez del acto o negocio que contiene. La nulidad de forma está sometida a tres principios fundamentales, que son: 1. Principio de excepcionalidad: los instrumentos públicos, sólo son nulos en los casos expresamente contemplados por la ley, ya sea en forma directa o indirecta; 2. Principio de finalidad: la finalidad del instrumento público prevalece sobre la mera formalidad; y 3.

Principio de subsanabilidad: la subsanabilidad del instrumento puede realizarse por los medios que admite la ley.

En nuestra legislación el artículo 29 de la Ley Notarial establece los requisitos sobre identidad, libertad, capacidad y conocimiento de los contratantes y las solemnidades que deben observarse, esto en concordancia con lo que señala el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil que señala que los instrumentos públicos carecen de legalidad, cuando no se han observado las solemnidades prescritas en la ley, o las ordenanzas y reglamento respectivo.

3.3.2. El documento como prueba de la declaración de voluntad

Al legitimar los actos de los particulares sometidos a su arbitrio el Notario se convierte en el arquitecto jurídico de la forma documental pública. No crea, no constituye el acto jurídico, pero sí lo moldea dotándole de la forma exigida por la ley para conseguir sus plenos efectos. Dentro de esta labor legitimadora el principio de calificación notarial se imbrica de manera notable con tres aristas diferentes: admite el acto dándose por requerido, lo dota de un nombre reconocido en Derecho y redacta el instrumento público luego de adecuar y ajustar la voluntad de las partes a las exigencias del ordenamiento legal vigente.

Para garantizar la plena eficacia del documento así otorgado tendrá que cuidar el Notario la capacidad de las partes en el acto que se documenta, la capacidad para comparecer y la capacidad para disponer en su caso.

Mediante esta función el Notario impone a los actos en que interviene como funcionario público una presunción de veracidad convirtiéndolos en documentos fehacientes que hacen constar de manera indubitada las relaciones jurídicas que contienen.

3.4 - INSTRUMENTOS PÚBLICOS

AGUIAR HENOCH, en su obra *Instrumentos en Estudios Jurídicos, homenaje al Dr. Enrique Martínez Paz*, (1957), pretende dar una definición que comprenda todos los supuestos posibles, y en tal sentido dice: 'Instrumento público es el documento que hace fe por sí mismo respecto de un acto jurídico emanado, autorizado o pasado ante un funcionario público o una persona particular que, por imperio de la ley, en casos especialmente previstos, desempeña una función pública, dentro del territorio que la misma ley le ha fijado para el ejercicio de sus funciones y con relación a las personas en cuyos asuntos no le hubiese prohibido intervenir'.

Por su parte el jurista BIELSA Rafael, en su obra *Instrumento público emanado de funcionario u órgano del Estado*, (1950), distingue instrumentos públicos de documentos administrativos, entendiendo por estos últimos a todos aquellos documentos que surgidos de la dinámica jurídica administrativa tienen consistencia jurídica externa, es decir, virtualidad administrativa, o sea que exteriorizan o expresan la voluntad administrativa respecto de los administrados sean éstos determinados o indeterminados. Da como ejemplo los siguientes: la ley y el contrato celebrado en ejecución de la ley; los certificados; actas administrativas; cédulas de identidad; las comunicaciones y notificaciones de actos administrativos.

En el Ecuador el artículo 164 del Código de Procedimiento Civil establece que "Instrumento Público es el autorizado con las solemnidades legales por el competente

empleado, si fuere otorgado ante el Notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública”.

Al respecto BARRAGAN Alfonso en su obra *Manual de Derecho Notarial*, (1993), señala: “Ante todo, conviene aclarar dos conceptos que suelen confundirse, confusión que es imperdonable en la persona de un abogado. El concepto de protocolizar y el de elevar a escritura pública.”

Protocolizar es sencillamente incorporar en forma legal un documento cualquiera al protocolo de una notaría, en la protocolización no se recoge un nuevo consentimiento de las partes, sino solamente la voluntad expresa en la solicitud de intervención notarial, de que el documento forme parte del protocolo, voluntad que se expresa mediante la correspondiente escritura pública de protocolización, de aquí que el acto de protocolizar no mejora en nada la calidad jurídica del documento”.

“Eleva algo a escritura pública, generalmente un contrato o un acto jurídico, es dar forma pública notarial a un negocio, a un acto jurídico preexistente, ya sea que en la escritura se recoja el contrato como aparece en un documento privado anterior, ya sea que, por ser la escritura elemento constitutivo del negocio jurídico, el instrumento público y el negocio se vayan estructurando simultáneamente de manera que al terminar legalizando el instrumento lo que no sucede en la protocolización”, BECQUER CARVAJAL Flor, *Actividad Notarial en el Ecuador*, (2007).

De esto podemos conceptual que instrumento público, es el autorizado por un empleado competente o Notario a instancia de parte, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos.

II APLICACIÓN PRÁCTICA

LAS UNIONES DE HECHO EN LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

Es poco discutible que los cambios sociológicos producidos en la estructura familiar y la aparición de nuevos modelos de convivencia en los últimos tiempos han sido tan importantes y tan rápidos que el Derecho puede seguir a duras penas su ritmo y, desde luego, siempre con cierto retraso. Entre estos cambios uno ya muy consolidado y reconocido por todos es el de la multiplicación exponencial de las parejas de hecho, entendiendo por tales las situaciones de convivencia de dos personas, del mismo o distinto sexo en una relación afectiva de carácter sexuado y dotada de una cierta permanencia, sin haber llegado a formalizar la relación como matrimonio.

Uno de los principios fundamentales de la democracia es la igualdad de los ciudadanos ante la ley, y este principio está garantizado por nuestra constitución. Por lo tanto, la no igualdad en el acceso a la Unión de Hecho por razón de orientación sexual va en contra del espíritu que rige la constitución.

El derecho de reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo ha sido una tendencia universal de las últimas décadas.

En ese sentido, no cabe duda de que las uniones homosexuales, como patentes realidades de convivencia afectiva que reclaman un pleno

reconocimiento jurídico, constituyen un problema complejo para el Derecho, puesto que no se trata tanto de otorgarle una normativa legal, cuanto de determinar con claridad si entre personas del mismo sexo puede o no establecerse jurídicamente hablando una verdadera convivencia *more uxorio*, y si la heterosexualidad define o no de modo absoluto la institución del matrimonio. Así pues, el tratamiento de las uniones homosexuales, no sólo precisa de un enfoque dogmático, sino de la conjunción de distintas perspectivas: tanto las estrictamente jurídicas (en el ámbito privado, público, constitucional y jurisprudencial), como las sociológicas y las psicológicas, con el fin de evitar la tentación del reduccionismo o la del estereotipo. Sólo desde estos presupuestos se puede enfocar adecuadamente una propuesta de regulación y, lo que es más importante, podrá determinarse el ámbito adecuado para tal regulación: el público institucional o el privado contractual.

Así pues, el tratamiento jurídico de las uniones homosexuales debe abordarse en toda su extensión; de nada sirve diferirlo, invocando las graves dificultades técnico-jurídicas de la cuestión, o retrasando las decisiones legislativas pertinentes con discutibles argucias parlamentarias, carece, igualmente, de sentido forzar una regulación cuyo único y exclusivo criterio sea el de conceder para acallar las reivindicaciones, determinados efectos, pero intentando no rozar los cimientos dogmáticos tradicionales del Derecho de familia, creando un peculiar y controvertido contrato de convivencia. El precio a pagar en estos juegos malabares, quizá sea la creación de un problema jurídico todavía mayor en forma del controvertido contrato de convivencia.

Existen diversas legislaciones en países de nuestro entorno en las que se contempla la total equiparación de las uniones homosexuales al matrimonio con la única excepción de la posibilidad de adopción conjunta y de patria potestad compartida. Esto supone en la práctica el reconocimiento jurídico de la unión de hecho homosexual y supone una referencia legislativa insoslayable.

CRONOLOGIA DE UNIONES LEGALES PAREJA DEL MISMO SEXO

Dinamarca, 1989	Registro de parejas
Australia, 1994	Algunos estados y territorios comienzan a reconocer concubinato entre personas del mismo sexo.
Sudáfrica, 1996	Concubinato
España, 1998.	Cataluña fue la primera de 11 comunidades autónomas en establecer un registro de uniones civiles
Países Bajos, 2001.	Matrimonio del mismo sexo (1 de abril).
Ontario, Canadá, 2003	Matrimonio del mismo sexo (10 de junio).
Nueva Jersey, E U, 2004. Maine, E U, 2004. California, E U, 2005.	Registro de parejas.
España, 2005	Matrimonio (21 de abril).

Rei no Uni do, 2005.	Uni ón de hecho
ARGENTI NA	Mãtri moni o 2010
Col o nbi a	Uni ones de Hecho 2007
ECUADOR	Uni ones de Hecho 2008

Cuadro N- 4 fuente de informaci3n www.diversidadsexual.com

La Ley Danesa (The Danish Registered Partnerschi p Act), de 1 de octubre de 1989, equi para la uni3n homosexual registrada al matri moni o heterosexual, tanto en el marco de los derechos sociales (fiscalidad, seguridad social, pensiones, etc.), como en el 3mbito del Derecho civil (requisitos de constituci3n, y disoluci3n, obligaciones legales, efectos patrimoniales y sucesorios). Las 3nicas restricciones est3n en el campo de la adopci3n y patria potestad conjunta, que no est3 permitida, y que sea v3lida una ceremonia religiosa, ya que debe realizarse siempre ante el funci onari o civil.

La Ley Noruega (Act on Registered Partnerschi ps) de 1 de agosto de 1993, prev3 textual mente en su Secci3n II que dos personas del mismo sexo pueden registrar su relaci3n como pareja. Esta inscripci3n produce los mismo efectos legales que la del matri moni o, con la excepci3n prevista en la Secci3n IV sobre las disposiciones de la Ley de Adopci3n relativas a los esposos. La propia ley prev3 que esto s3lo es aplicable cuando uno de los miembros tenga residencia en Noruega y que los pleitos sobre las cuestiones derivadas de estas uni ones deben solventarse ante un tribunal noruego.

El art3culo, 1 de la Uni3n de Hecho en la Comuni dad de Catal uña en España establece de manera poco ortodoxa en la sintaxis y bastante defectuosa en la sem3ntica, establece el concepto de parejas de hecho estables:

Son de parejas de hecho estables las uniones de los mayores de edad o menores emancipados, sin vínculo de parentesco en primer o segundo grados de consanguinidad, que convivan en pareja, con independencia de su sexualidad, al menos durante un año, libre, pública y notoriamente. Ninguno de los convivientes podrá estar unido por vínculo matrimonial a otra persona salvo cuando la ruptura de dicho vínculo fuera imposible por causas ajenas a su voluntad.

En materia de derechos sexuales y civiles de grupos excluidos, la Carta Magna Ecuatoriana contiene una batería de artículos programáticos que abren paso para la modificación de leyes nacionales, del Código Civil y del Código Penal. El artículo 11 inciso 2 de nuestra Constitución, establece que *"Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación"*. A su vez deja explicitado que *"el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad"*.

Los artículos 67 y 68 de nuestra Constitución son los que dan cabida a la unión civil de personas del mismo sexo.

En el artículo 67 de la Carta Magna, se reconoce a la familia "en sus diversos tipos", al garantizar la protección del Estado tanto cuando se constituyan por "vínculos jurídicos como de hecho" y basadas en la "igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes"

El artículo 68 ibídem por su parte dicta que la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

Precisamente estas normativas son las que están generando un sinnúmero de cambios sociales en nuestro país, en virtud que la facultad que le da la Constitución a las personas de un mismo sexo de poder unirse y formar una sociedad de bienes, sin embargo en nuestro país la figura de la Unión de Hecho ha pasado por varios procesos de reconocimiento, actualmente a pesar de estar en vigencias normas constitucionales que garantizan este derecho, incluso de una forma más amplia (pareja del mismo sexo), las normativas secundarias esto es el Código Civil que en su Libro I, Capítulo I, Título VI, regula las uniones de hecho pero solo en personas heterosexuales (hombre y mujer), y dándole las competencias al Notario de solemnizarla de conformidad con esta regulación, se dan en el artículo 18 numeral 26 de la Ley Notarial.

La Supremacía de la Constitución implica superioridad; frente a ella, además las otras normas deben someterse o pierden valor jurídico.

La Superioridad de la Constitución es tanto material como formal. Material, porque ella es el origen de la actividad del Estado y, en

consecuencia a todas las demás normas jurídicas le están subordinadas; naturalmente esta superioridad compromete a los gobernantes –legislativo y gobierno- y a los otros órganos del poder, puesto que sus atribuciones emanan de ella y allí tienen sus límites, es formal en cuanto que, conforme al criterio de las Constituciones rígidas, la Constitución sólo puede variarse mediante mecanismos más o menos complejos de revisión, y las leyes no disponen por lo general de fuerza jurídica para cambiar sus mandatos. RAM REZ VALAREZO RAM RO, Ensayo *Supremacía de la Constitución*, (2010).

La negativa de la inclusión de la pareja del mismo sexo en el régimen contributivo implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana”.

N la Constitución ni las leyes ordinarias deben ser códigos morales ni tienen por finalidad la intromisión en la esfera privada de los individuos. Tampoco pueden ser compendios de juicios de valor *a priori*. Más bien son los hechos sociales los que ponen de manifiesto la necesidad de una regulación oficial en caso de conflicto, y al darse un consenso mayoritario en torno a una nueva regla, se consagra también un valor jurídico, una directriz de carácter general.

Como sabemos, la Carta Magna define las políticas generales del Estado y garantiza los derechos fundamentales de los ciudadanos. Si una Constitución reconoce la libertad sexual y el derecho a la privacidad; el reconocimiento de las uniones de hecho no es más que una consecuencialógica. Puede decirse, incluso, que esta adopta una postura restringida, pues al prohibir la **adopción** de niños a parejas del mismo sexo, y al definir el **matrimonio** como una unión **exclusivamente heterosexual**, mantiene la esencia de

las nociones tradicionales de familia, que desde el derecho canónico, se han generalizado en nuestra sociedad.

Con estos antecedentes es necesario elaborar una propuesta que reforme el Libro I, Capítulo I, Título VI del Código Civil que regule las relaciones de hecho, dándole esa amplitud de competencia al notario en el artículo 18 numeral 26 de la Ley Notarial.

DESARROLLO DE LA PROPUESTA
PROPUESTA DE LEY REFORMATORIA AL LIBRO I, CAPITULO I,
TITULO VI DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO

No.

LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

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

QUE El artículo 11 inciso 2 de la Constitución del Ecuador establece que

"Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular

el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación."

QUE artículo 66 de la antes mencionada Carta Magna establece el derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre la vida sexual de la persona e incluye la orientación sexual e identidad de género. En su inciso 4 declara el principio de no discriminación y en el inciso 9 el derecho de las personas a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual, aclarando además que "el estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras".

QUE En el 67 de nuestra Constitución, se reconoce a la familia "en sus diversos tipos", al garantizar la protección del Estado tanto cuando se constituyan por "vínculos jurídicos como de hecho" y basadas en la "igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes".

QUE En este mismo cuerpo constitucional en su artículo 68 dicta que la Unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

QUE El Libro I, Capítulo I, Título VI del Código Civil, que regula las uniones

de hecho en nuestro país, contiene disposiciones contrarias a las normativas jerárquicas constitucionales ya señaladas y que es necesario reformar la misma, para que se adecue al marco constitucional vigente.

En ejercicio de las atribuciones conferidas por el numeral 6to, del artículo 120 de la Constitución De La República Del Ecuador.

RESUELVE:

ART. UNICO - REFORMAR - El Libro I, Capítulo I, Título VI del Código Civil.

..... En el artículo 222, sustitúyase la expresión “un hombre y una mujer” por “pareja”.

..... En el artículo 223, sustitúyase la expresión “el hombre y la mujer” por “las personas”.

La expresión “marido y mujer” por “la pareja”.

Añadir, después de “Juez o Jueza”, la palabra “Notario o Notaria”

..... Refórñese el artículo 224 por el siguiente: Quienes siendo pareja de hecho decidan unir sus patrimonios, deberán otorgar escritura pública de constitución del régimen patrimonial especial.

El patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por partes iguales a ambos convivientes.

No formarán parte del haber del patrimonio especial los bienes adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, ni los que se hubieren adquirido antes de iniciar la unión, pero sí lo serán los réditos, rentas, frutos o mayor valor que produzcan estos bienes durante la unión.

No se podrá constituir patrimonio especial mientras no hayan sido disueltas y liquidadas, por lo menos un año antes, las sociedades conyugales, sociedades patrimoniales o patrimonios especiales anteriores que comprometan a cualquiera de los miembros de la pareja.

De la misma forma ambos convivientes accederán a las prestaciones médicas, seguridad social, sucesiones y demás vinculante con su relación de hecho, de conformidad al tratamiento que da el Código Civil y otras leyes para el Matrimonio.

..... En el artículo 225, sustitúyase la palabra “y” por “o”

.....Refórtese el artículo 229 por el siguiente: el haber de este régimen patrimonial y sus cargas, la administración extraordinaria de sus bienes, la disolución y la liquidación de la sociedad y la partición de gananciales, se rigen por lo siguiente:

El patrimonio especial se disuelve y liquida en cualquier tiempo por mutuo acuerdo de los miembros de la pareja expresado ante notario o notaria, y en los casos de disolución de la unión.

Cuando no hubiere acuerdo, la liquidación del patrimonio especial se hará ante juez de lo civil y se regirá por las normas procedimentales y de

competencia aplicables a la liquidación de la sociedad conyugal, establecidas en el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil.

.....En el artículo 230, elimínese la expresión: “A falta de autorización la administración corresponde al hombre”.

DISPOSICION GENERAL - La presente ley reformatoria al Libro I, Capítulo I, Título VI del Código Civil que regula la Unión de Hecho de parejas del de año dos mil diez, Se deroga toda la base reglamentaria y administrativa constante en reglamentos, acuerdos, resoluciones y de más normas jurídicas que se opongan a la presente Ley, y entrará en vigencia luego de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Nacional Metropolitano de San Francisco de Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los días de mes de año dos mil diez.

Arq. Fernando Cordero Cueva

PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Dr. Francisco Vergara O

SECRETARIO GENERAL

II CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

- Las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, existieron antes, existen hoy y seguirán existiendo, y el Derecho debe responder a las necesidades que éstas presenten, porque con negarlas o ignorarlas no va a solucionar el problema que estas personas viven, ni tampoco va a evitar que existan.
- Los ecuatorianos y ecuatorianas hemos sido testigos en los últimos años de una variedad de iniciativas de índole jurídica que están relacionadas con la orientación homosexual de las personas. Algunas de esas propuestas propician el reconocimiento de las uniones homoafectivas, también intentan protegerlas ante una sociedad mayoritariamente heterosexual, que a veces deliberadamente y otras veces de manera inconsciente actúa de forma peyorativa contra ellas.
- Como actores de la democracia, se deben buscar soluciones que impulsen la lucha contra la discriminación. Porque indudablemente, este tema nos plantea una serie de argumentos metajurídicos, de gran contenido axiológico, que conllevan la valoración de la discriminación basada en la orientación sexual de las personas.

RECOMENDACIONES:

- ❖ La búsqueda del reconocimiento legal de las relaciones de pareja del mismo sexo es en parte una búsqueda de la afirmación del Estado, por medio de la cual estos grupos minoritarios pueden erigirse ciudadanos y ciudadanas, y así sobresalir como componentes básicos de la sociedad y pilares de la comunidad. La ausencia de ese reconocimiento tiene además repercusiones prácticas para las uniones homosexuales, ya que en cuestiones de Derecho se les trataría como solteros, negándoles el acceso a algunos mecanismos y subvenciones que la sociedad impulsa para la familia.
- ❖ La falta de regulación adecuada, sustituida por una dispersa y escasa normativa en el tema de uniones de hecho, que además de limitar la actividad judicial y notarial, lleva a demandar un análisis más concienzudo de los operarios judiciales para resolver de forma homogénea los conflictos que en cuanto a éste se generan en nuestra sociedad, siempre es mejor que la carencia total de regulación. Contar al menos con un reconocimiento de unión de hecho, es lo que nos lleva a plantear esa figura como solución inmediata a la laguna jurídica de la que son víctimas las parejas que por su orientación sexual en este país.
- ❖ La Asamblea Nacional debe asumir esta obligación constitucional, aprobando y ordenando su publicación el Registro Oficial, así como el cumplimiento de la presente propuesta por los operadores de justicia y los órganos auxiliares de la misma que en este caso son los notarios y notarias.

BI BLI OGRAFI AS

I - BI BLI OGRAFI AS

A - DOCTRI NA

ABEDRABO LEON, Antonio (2000). Guía Práctica de Derecho Notarial.

AGUI AR, HENOCH, Instrumentos en Estudios Jurídicos

ARGUELLO PAZ M ÑO, Sofía (2009). Ciudadanías Sexuales en Ecuador: Breve aproximación histórica

BARRAGAN, Alfonso, (1993). Manual de Derecho Notarial.

BI ELSA, Rafael, (1950). Instrumento Público Emanado de funcionario u Órgano del Estado.

BECQUER CARVAJAL Flor, (2007). Actividad Notarial en el Ecuador.

BI BLI OTECA NACIONAL DE CHILE (2004). Normativas sobre Parejas de Hecho. Legislación Comparada de España- Suecia- Francia

BOLAIS ALFONSO Juan (2001). El Papel del Notariado en el Espacio

BONILLA, DANIEL (2007). La Igualdad y las Parejas de Hecho

CARNELUTTI, Francisco (1997). La Figura Jurídica del Notario

CABANELLAS, Guillermo. (2007). Diccionario Jurídico Elemental, Ed. Haneta

CARRICA, Pablo, (1996). Valor Probatorio del Instrumento Público y Privado.

GARCÍA, Álvaro (2006). Unión Marital de Hecho y Sociedad Patrimonial: Necesidad de una Reforma.

GIRON, Eduardo, (1998) “El Notario Práctico o Tratado de Notaría

GONZALEZ GALVIS, Gonzalo, (2001). Diccionario de Derecho Notarial y Registral.

MARTINEZ, ERAZO Murió (2009). Técnicas Notariales

MEDINA, Graciela (1999). Uniones de Hecho de Homosexuales

MURRIETA, Kattia, (2007). Ensayo Valor y Efectos de un Documento Extranjero Recibido por un Notario en el Ecuador.

NIETO VEGA, María del Carmen, (1996) Naturaleza Jurídica de la Función Notarial

FERRARI, Ema (2010) Ponencias: Reflexión sobre los beneficios de la función notarial en el ámbito de las personas como entes sujetos de derechos y obligaciones. XIV Jornadas Notarial Iberoamérica República Dominicana

GATTARI, Carlos Nicolás. (1998). Manual de Derecho Notarial. Ed. Planeta

GODOY Fanny. (2009). Historia y Evolución del Notariado

LAMARCA, Albert. (2007). Parejas de Hecho

LECARO DE CRESPO, Gloria, (2007). Ensayo Actas Notariales en el Ecuador.

RAMIREZ VALAREZO RAMIRO (2010) Ensayo Supremacía de la Constitución

VOISCOVI CH Marcela (2010) Ponencia El Notario como garante de los Derechos de las personas, XI V Jornadas Notarial Iberoamérica. República Dominicana

ZUVILIA Mri na (2008). El Notario y la Seguridad Jurídica

RI OFRI O SUAREZ, José. Manual de Derecho Notarial y Registral

B. LEGISLACION:

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, (2008)

CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, (2009)

CODIGO CIVIL ECUATORIANO (2005)

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL (2005)

LEY NOTARIAL ECUATORIANA, (2006)

LEY DE REGISTRO MERCANTIL (2006)

C - INTERNET:

[WWW MONOGRAFIAS.COM](http://WWW.MONOGRAFIAS.COM)

[WWW DIVERSIDAD SEXUAL.COM](http://WWW.DIVERSIDADSEXUAL.COM)