

**UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES
“UNIANDES”**



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PREVIO LA OBTENCIÓN DEL GRADO
ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL**

TEMA:

**“LA REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LOS HIJOS MENORES DE
EDAD EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, Y EL
CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE CELERIDAD PROCESAL Y
SEGURIDAD JURÍDICA”**

AUTOR: DR. MOLINA GÁRATE HUMBERTO ROSENDO ESP.

ASESOR: DR. SUÁREZ MERINO EDISON NAPOLEÓN MSC.

AMBATO - ECUADOR

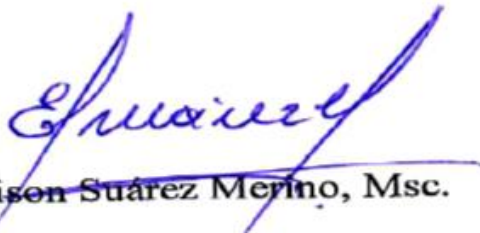
2017

APROBACIÓN DEL ASESOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

CERTIFICACIÓN

Quien suscribe, legalmente CERTIFICA QUE: El presente Trabajo de Titulación realizado por el Doctor Especialista **Humberto Molina Garate**, maestrante del programa de Maestría en Derecho Notarial y Registral, de la Facultad de Jurisprudencia, con el tema “**LA REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, Y EL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE CELERIDAD PROCESAL Y SEGURIDAD JURÍDICA**”, ha sido prolijamente revisado, y cumple con todos los requisitos establecidos en la normativa pertinente de la Universidad Regional Autónoma de los Andes- UNIANDES-, por lo que aprobé su presentación para la defensa ante el Tribunal correspondiente.

Ambato, febrero de 2017.



Dr. Edison Suárez Merino, Msc.

ASESOR

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Yo, **Dr. Humberto Molina Gárate Esp**, maestrante del programa de Maestría en Derecho Notarial y Registral, de la Facultad de Jurisprudencia, declaro que todos los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, previo a la obtención del grado académico de **Magíster en Derecho Notarial y Registral**, son absolutamente originales, auténticos y personales a excepción de las citas, por lo que son de mi exclusiva responsabilidad.

Ambato, febrero de 2017.



Dr. Humberto Molina Gárate, Esp.

CI: 0300709573

AUTOR

DERECHOS DE AUTOR

Yo, **Dr. Humberto Molina Gárate Esp**, declaro que conozco y acepto la disposición constante en el literal d) del Art. 85 del Estatuto de la Universidad Autónoma de Los Andes, que en su parte pertinente textualmente dice: El Patrimonio de la UNIANDES, está constituido por: La propiedad intelectual sobre investigaciones, trabajos científicos o técnicos, proyectos profesionales y consultoría que se realicen en la Universidad o por cuenta de ella.

Ambato, febrero de 2017.



Dr. Humberto Molina Gárate, Esp.

CI: 0300709573

AUTOR

DEDICATORIA

Dedico a mi familia, a mis amigos y todos los que han hecho posible el cumplimiento de esta meta más, que me impulsa a seguir hacia adelante sin detenerme.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad UNIANDES, a sus Catedráticos y su personal, por la calidez y don de gentes, así como el compartir con nosotros sus experiencias y conocimientos.

ÍNDICE GENERAL

PORTADA

APROBACIÓN DEL ASESOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

DERECHOS DE AUTOR

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN EJECUTIVO

ABSTRACT

| | |
|-------------------------------------|---|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| Situación Problemática | 3 |
| Problema Científico..... | 4 |
| Objeto de la Investigación | 4 |
| Línea de investigación..... | 4 |
| OBJETIVOS | 4 |
| Objetivo General: | 4 |
| Objetivos Específicos: | 4 |
| Idea a defender | 5 |
| Variables de la Investigación | 5 |
| Metodología empleada | 5 |
| Técnicas e instrumentos..... | 6 |
| CAPÍTULO I | 8 |
| MARCO TEÓRICO | 8 |
| EPÍGRAFE I | 8 |
| 1.1. El divorcio..... | 8 |
| 1.1.1.- Concepto | 8 |

| | |
|--|----|
| 1.2.- Clases de Divorcio | 14 |
| 1.2.1.- Consensual | 14 |
| 1.2.1.1.- Definición | 14 |
| 1.2.1.2.- Normas procesales..... | 15 |
| 1.2.2.- Contencioso..... | 17 |
| 1.2.2.1.- Definición | 17 |
| 1.2.2.2.- Causales de Divorcio: Art. 110 Código Civil | 18 |
| 1.3. Características de la acción de divorcio en el Ecuador..... | 19 |
| 1.4. Naturaleza Jurídica | 22 |
| EPÍGRAFE II:..... | 23 |
| 2.1. El divorcio por mutuo consentimiento como atribución notarial..... | 23 |
| 2.1.1. Jurisdicción Voluntaria: Definición..... | 23 |
| 2.1.2. Efectos de la Jurisdicción Voluntaria | 25 |
| 2.2. Acta Notarial | 25 |
| 2.2.1. Definición..... | 25 |
| 2.2.2.- Clases de Actas Notariales..... | 26 |
| 2.3.- Funciones del Notario..... | 27 |
| 2.4.- Atribuciones del Notario | 33 |
| EPÍGRAFE III: | 41 |
| 3.1. Regulación de la situación de los hijos menores de edad en el divorcio por mutuo consentimiento | 41 |
| 3.1.1. Derecho de Alimento: Concepto | 41 |
| 3.1.2. Determinación de la pensión mensual | 49 |
| 3.1.3. Pago de la pensión por familiares subsidiarios | 51 |
| 3.2. Custodia de los hijos e hijas | 54 |
| 3.2.1. Definición..... | 54 |
| 3.2.2. Custodia de hijos e hijas compartida | 55 |

| | |
|---|----|
| 3.3. Derecho de Visitas..... | 56 |
| 3.3.1. Definición..... | 56 |
| 3.3.2. Determinación del horario de visitas | 59 |
| 3.4. Nueva atribución del Notario | 60 |
| 3.4.1.- Atribuciones del Notario para realizar procesos de divorcio por mutuo consentimiento | 60 |
| 3.4.2.- Atribuciones del Notario para determinar la regulación de la situación de los hijos menores de edad en divorcio por mutuo consentimiento. | 61 |
| EPÍGRAFE IV: | 65 |
| 4.1. Los principios notariales | 65 |
| 4.1.1.- Legalidad | 65 |
| 4.1.2. Presencia | 66 |
| 4.1.3. Imparcialidad..... | 66 |
| 4.1.4. Fe Pública..... | 67 |
| 4.2. El Principio de Celeridad Procesal | 69 |
| 4.2.1. Concepto | 70 |
| 4.2.2. Base legal | 70 |
| 4.3. El Principio de Seguridad Jurídica | 71 |
| 4.3.1. La Seguridad Jurídica | 71 |
| 4.3.2.- La Seguridad Jurídica de acuerdo a la Jurisprudencia Internacional. | 74 |
| 4.3.3. Importancia de la Seguridad Jurídica..... | 77 |
| Conclusiones parciales del capítulo: | 78 |
| CAPÍTULO II | 79 |
| MARCO METODOLÓGICO Y DESARROLLO DE LA PROPUESTA | 79 |
| 2.1. Caracterización del Problema | 79 |
| 2.2. Descripción del procedimiento metodológico | 79 |
| 2.2.1. Modalidad de la investigación..... | 79 |

| | |
|---|----|
| 2.2.2. Tipo de investigación..... | 79 |
| 2.2.3. Métodos Técnicas e Instrumentos | 80 |
| 2.2.3.1. Métodos..... | 80 |
| 2.2.3.2. Técnicas..... | 80 |
| 2.2.3.3. Instrumentos | 80 |
| 2.2.4.- Población y Muestra..... | 80 |
| 2.2.5. Análisis de la encuesta dirigida a los Abogados inscritos en el Foro del Cañar | 82 |
| 2.3. Propuesta..... | 89 |
| 2.3.1. Tema | 89 |
| 2.3.2. Situación actual | 89 |
| 2.3.3. Desarrollo | 90 |
| 2.4.- Conclusiones parciales del capítulo | 92 |
| CAPÍTULO III..... | 93 |
| VALIDACIÓN Y/O EVALUACIÓN DE RESULTADOS DE SU APLICACIÓN..... | 93 |
| 3.1.- Procedimiento de la aplicación de los resultados de la investigación. | 93 |
| 3.2.- Validación de la Propuesta | 93 |
| 3.3.- Conclusiones parciales del capítulo | 95 |
| CONCLUSIONES GENERALES | 96 |
| RECOMENDACIONES | 97 |
| BIBLIOGRAFÍA | |
| ANEXOS | |

RESUMEN EJECUTIVO

En el Ecuador, se aplica el divorcio por mutuo consentimiento ante el notario en aplicación de la promulgación de la ley reformativa a la Ley Notarial publicada en el Registro Oficial el 20 de mayo del 2014, en su Art. 18 numeral 22; sin embargo, en los Juzgados de lo Civil, hoy en la Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, se evidencia el congestionamiento del proceso debido a la falta de acuerdo entre las partes con respecto a la situación de los hijos luego del divorcio. Se constata que no se estarían aplicando los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica, y, por ende, no se garantiza el bienestar de los menores de edad, siendo fundamental buscar una solución la que justifica esta investigación por su actualidad al problema que se encuentra planteado.

La investigación se enmarcó en la línea de investigación de protección de derechos y garantías constitucionales garantizada por la Universidad Regional Autónoma de los Andes, UNIANDES. Los métodos que se emplearon fueron: El inductivo-deductivo, que permitió verificar las variables planteadas; el analítico-sintético que hizo posible la comprensión de todos los hechos casos e ideas a lo largo de la presente investigación; y el histórico-lógico, que permitió analizar científicamente los hechos, ideas del pasado, comparándolo con acontecimientos actuales, ya que la investigación se nutrió de trabajos realizados con anterioridad.

Como principal resultado, y a través de la encuesta realizada, se evidencia que, en un 90%, los encuestados apoyan la Propuesta de Reformar la Ley Notarial, la que permite que en los casos de divorcio por mutuo consentimiento, también se faculte al Notario, con una reforma al Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial, para que se declare el divorcio consensual siempre que los padres hayan acordado sobre la tenencia, alimentos y régimen de visitas de sus hijos menores de edad.

ABSTRACT

In Ecuador, it applies divorce by mutual consent before the notary pursuant to the enactment of the Law Amending the Notarial Law published in the Official Gazette on 20 May 214, in Article 18 paragraph. 22; however, currently, in the Civil Courts congestion process it is evident due to the lack of agreement between the parties with respect to the situation of children after divorce. It is found that would not applying the principles of procedural speed and legal certainty, and therefore, the welfare of minors is not guaranteed, being fundamental to find a solution that justifies this investigation; due to, its relevance to the problem that is proposed.

The research was part of the research for the protection of rights and constitutional rights guaranteed by the Universidad Regional Autónoma de los Andes, UNIANDES. The methods used were: The inductive-deductive that allowed to verify the variables involved; the analytic-synthetic that made possible the understanding of all cases facts and ideas throughout this investigation; and, enabling historical and logical scientifically analyze the facts, ideas of the past, comparing it with current events, since research drew on previous jobs.

As a main result, and through the survey, it is evident that, by 90% respondents support the proposal to reform the Notarial Law, which allows in cases of divorce by mutual consent, also empower the Notary, with an amendment to Art. 18 paragraph 22 of the Notarial Law for the consensual divorce is declared whenever the parents have agreed on the holding, food and visitation of their minor children.

INTRODUCCIÓN

En opinión de “Giménez Arnau (Neri, P. 481), definir al notariado importa definir al notario o sea que se le considere como grupo de quienes la desempeñan. Se ha dicho que 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 se da forma al acto jurídico”¹.

Es el notariado una institución que surge en forma natural de la organización social, desde las primeras manifestaciones contractuales de la sociedad, y que consiste en términos generales en el sistema organizado de personas investidas de fe pública para autorizar o dar fe de hechos y actos que ante ellos pasan y se otorgan; el notario, pues, es un magistrado, representante del poder público, obligado y capaz de recibir y dar forma a cuanta manifestación jurídica surja de la vida de relación contractual.

Los diferentes sectores de la sociedad, sobre todo en el sistema latino, estiman que la participación del notario es fundamental para el normal desenvolvimiento de los actos y contratos que llevan a cabo los particulares entre sí, o del Estado con los particulares.

Es por eso que tratar de ubicar en una rama del derecho al notario, se convierte en una tarea por demás compleja ya que sea en el ámbito público o privado, que se trate de encasillarlo, hay argumentos en ambos sentidos que dificultan su ubicación.

A este respecto Chaine, en la obra *Función Notarial* dice: “El notario está allí en la encrucijada del derecho público y del derecho privado, de los intereses colectivos y de los intereses privados.”² Este concepto se encuentra representado como un deber, que se impone a determinadas personas que como resultado del ejercicio de su ministerio toman conocimiento de ciertos hechos que a él le son confiados.

En el sistema latino, el notario generalmente debe pasar por un concurso de oposición y merecimientos, organizado por la función judicial o el ministerio de justicia o bien las

¹ Castro Loaiza, Andrés. "Análisis de los Requisitos para desempeñar el cargo de Notario en la Ley Notarial y su Problemática". Universidad de las Américas UDLA. Quito. 2011

² Campo Guerri, Miguel Ángel. La competencia notarial en asuntos no contenciosos. Revista de la AEU, Tomo 96, No. 1 - 12, p. 49 -109. Enero/Diciembre 2010

municipalidades, o la entidad delegada para esta actividad conforme a la legislación de la materia.

Una vez que el notario ha sido seleccionado debe rendir su juramento ante autoridades públicas, llámeseles magistrados o ministros, para que a partir de ese momento dé fe pública de los actos y contratos. Su actividad la ejerce bajo dependencia de un órgano público, en el caso ecuatoriano, actualmente es el Consejo de la Judicatura.

Debe regirse a las tasas por servicio notaria que le fijan, por lo que los precios que puede cobrar por su servicio no son determinados por la fluctuación del mercado. Otro criterio para estimar que su función es pública, radica en que los documentos queda fe pública, como parte de su trabajo son incorporados a un protocolo, formándose un archivo que no es de propiedad del notario, sino del Estado, como sucede en el caso ecuatoriano.

En el Ecuador, se aplica el divorcio por mutuo consentimiento ante el notario en aplicación de la promulgación de la ley reformativa a la Ley Notarial publicada en el Registro Oficial No 406 del 28 de noviembre del 2006, en su Art. 18 numeral 22 se otorgan atribuciones a los notarios, de divorciar por mutuo consentimiento, cuando los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia; sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los jueces de lo civil. Hoy son exclusivas.

Pero he aquí que esto es solo una parte del proceso de divorcio por mutuo consentimiento, específicamente en los casos en los cuales no existen hijos dentro del matrimonio, por lo que todavía en este caso, en los Juzgados de lo Civil, hoy Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, se evidencia el congestionamiento del proceso debido a las muchas incompatibilidades para llegar a un acuerdo entre las partes sobre la situación de los hijos luego del divorcio.

Teniendo en cuenta los antecedentes citados anteriormente, y conforme la revisión realizada en la biblioteca de UNIANDES, no se han realizado con anterioridad trabajos similares a esta propuesta.

Situación Problemática

Las razones que sustentan la situación problemática, está enmarcada principalmente en que hacen del notario un funcionario apto para tramitar asuntos de jurisdicción voluntaria, los servicios notariales son públicos de acuerdo al artículo 199 de la Constitución, en relación con el artículo 296 del Código Orgánico de la Función Judicial, las notarías y notarios son depositarios de la fe pública, conforme lo determina el artículo 200 de la Constitución, los notarios son funcionarios investidos de fe pública de acuerdo al artículo 296 del Código Orgánico de normas antes invocadas es certificador, es un profesional del derecho cuya función principal consiste en dar fe, informar y asesorar en forma imparcial el otorgamiento de actos y contratos otorgados ante él.

Cabe señalar, que el desarrollo y crecimiento de las sociedades obligan también a una modernización de los procesos judiciales, y hoy por hoy, enormemente lógico y normal que la mayor parte de los trámites de jurisdicción voluntaria que actualmente presenten menor dificultad, sean conocidos por los notarios.

Esta tendencia no la vivimos únicamente en nuestra patria; es un tema que va tomando cuerpo a nivel mundial como en Europa y América. Cabe señalar que entre los principios esenciales del derecho ecuatoriano se encuentra contemplada la justicia pronta y expedita; por tanto, al facultarse al notario esta nueva atribución se va a obtener el beneficio de la inmediatez y prontitud de esos trámites aprovechando las funciones que puede compartir un fedatario público.

Entre las causas de este problema, están en el que no se aplican por lo principios de celeridad procesal y seguridad jurídica, para garantizar el bienestar de los menores de edad, que en el caso de un divorcio, así sea por mutuo consentimiento, no tienen la culpa y por lo tanto, no deberían estar en medio de un conflicto en el que por lo general, son los más perjudicados debido a los intereses personales de sus padres.

Por ello considero que para descongestionar los trámites y procesos dentro de los Juzgados de lo Civil, hoy en la Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, en los casos de divorcio por mutuo consentimiento, también se faculte al Notario, con una reforma al Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial, para que se le atribuyan funciones para realizar las

audiencias de conciliación y dentro de las mismas, se lleguen a los acuerdos para regular la situación de los hijos dentro del matrimonio.

Problema Científico

La normativa jurídica que faculta a los notarios divorciar por mutuo consentimiento cuando no hay hijos menores de edad o bajo dependencia de los cónyuges, incide en los principios de celeridad y seguridad jurídica.

Objeto de la Investigación

El divorcio consensual ante Notario, el campo de acción, la situación de los hijos menores de edad, la celeridad y seguridad jurídica

Línea de investigación

Protección de derechos y garantías constitucionales.

OBJETIVOS

Objetivo General:

Elaborar un Anteproyecto de Ley Reformatorio a la Ley Notarial, que faculta a los notarios divorciar por mutuo consentimiento cuando los cónyuges hayan arreglado previamente la situación de sus hijos menores o bajo su dependencia para garantizar los principios de celeridad y seguridad jurídica.

Objetivos Específicos:

- Fundamentar jurídica y doctrinariamente, el divorcio, por mutuo consentimiento, la regulación de la situación de los hijos menores de edad, la celeridad y seguridad jurídica.

- Determinar la incidencia del incumplimiento de los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica por la falta de regulación del otorgamiento de nuevas atribuciones al Notario ecuatoriano en el caso de la regulación de la situación de los hijos menores de edad en los procesos de divorcio por mutuo consentimiento.
- Establecer los componentes para la elaboración del Anteproyecto de Ley Reformatorio a la Ley Notarial, para regular la situación de los hijos menores de edad en el Divorcio por Mutuo Consentimiento, que garantice el cumplimiento de los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica.

Idea a defender

Con la elaboración del Anteproyecto de Ley Reformatoria a la Ley Notarial, que faculte a los notarios divorciar por mutuo consentimiento cuando los cónyuges hayan arreglado previamente la situación de sus hijos menores o bajo dependencia, se garantizará el cumplimiento de los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica.

Variables de la Investigación

Variable independiente: Elaboración del Anteproyecto de Ley reformatorio a la Ley Notarial, que faculte a los notarios divorciar por mutuo consentimiento cuando los cónyuges hayan arreglado previamente la situación de sus hijos menores o bajo dependencia.

Variable dependiente: Garantizar los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica.

Metodología empleada

Los métodos que se emplearon fueron:

Inductivo – deductivo.- Ya que permitió lograr los objetivos propuestos y ayudar a verificar las variables planteadas, para el efecto se realizó un análisis particular del trámite que se realizó en las Notarías del país con respecto al divorcio por mutuo consentimiento y luego se estudió la posibilidad de que además, los Notarios se hagan cargo de poder dirimir sobre la situación de los hijos menores de edad.

Analítico – sintético.- Este método hizo posible la comprensión de todos los hechos casos e ideas a lo largo de la presente investigación, sobre la necesidad de buscar soluciones alternativas que permitan la aplicación efectiva del principio de celeridad y de seguridad jurídica.

Histórico – lógico.- Permitted analizar científicamente los hechos, ideas del pasado, comparándolo con acontecimientos actuales, ya que la investigación se nutrió de trabajos realizados con anterioridad, pero también reforzó a los mismos desde un nuevo enfoque sobre nuevas competencias y atribuciones a los Notarios.

Técnicas e instrumentos

La técnica usada fue la encuesta y el instrumento el cuestionario, que se aplicó los Notarios y Abogados en libre ejercicio del Cañar.

En la investigación se encuentra una introducción, y se halla estructurada en tres capítulos, cada capítulo tiene sus conclusiones y existen conclusiones generales y recomendaciones:

Título 1: Se relaciona con el marco teórico en el que se trata sobre el divorcio.

Título 2: Se relaciona con el marco metodológico y desarrollo de la propuesta.

Título 3: Se relaciona con la validación de la propuesta.

Título 4: Se relaciona con los principios notariales

La realización de esta investigación, aportó nuevos elementos teóricos para complementar la existente en cuanto al divorcio por mutuo consentimiento, aunque ahora se pretende asignar el proceso de juzgamiento como atribución a los Notarios

aplicados en casos de que hubieren hijos menores de edad, de tal manera que se pretende evitar el congestionamiento en el sistema judicial. Por ello, tanto la jurisprudencia, como la doctrina, fueron utilizadas para fundamentar el cumplimiento de los objetivos generales y específicos y validar la idea a defender.

Con la implementación de una reforma que permita atribuir al Notario no sólo el proceso de juzgamiento en los divorcios por mutuo consentimiento, sino también regular la situación jurídica de los hijos menores de edad, se pretendió dar una solución al problema evidente de la falta de cumplimiento de la celeridad y seguridad jurídica dentro del sistema judicial ecuatoriano.

Una vez que cumplió el objetivo general dentro de esta investigación, se aportó en el campo jurídico con una forma de solución al congestionamiento procesal en el sistema judicial ecuatoriano, de tal manera que la propuesta de reforma se convirtió en un mecanismo adecuado para brindar una solución efectiva al problema planteado.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

EPÍGRAFE I

1.1. El divorcio

1.1.1.- Concepto

La institución conocida como divorcio no es reciente, sino que ha tenido presencia a lo largo de los años y en distintas épocas, pese a que, como señala Martínez³, no todas las culturas la hayan aceptado, debido a motivos religiosos o por causas económicas, políticas y sociales. Es así que en las sociedades primitivas el matrimonio tampoco era indisoluble, por lo que al momento en que se daba una separación, por lo general la iniciativa le correspondía al hombre. En términos legales modernos, según señala Navas (2014), el divorcio fue asentado por primera vez en el Código Civil francés en el año 1804, y seguía aquellos postulados que entendían al matrimonio como una auténtica unión libre y al divorcio como una necesidad natural. En tal razón, el divorcio moderno se origina como “una degeneración de un matrimonio vincular cristiano, siguiendo la lógica de la secularización de éste, teniendo por cierto raíces provenientes del Derecho Romano”⁴.

Las civilizaciones existentes, en su mayoría, particularmente aquellas que normaban la institución del matrimonio, jamás concibieron la posibilidad de que podía ser disuelta, sino que más bien su ruptura, por lo general, era requerida por los varones. No obstante, en algunas de estas civilizaciones, el nacimiento de un vástago concedía al vínculo matrimonial la condición de indisoluble.

Por otro lado, en algunas civilizaciones primitivas, la ruptura matrimonial por adulterio llegaba a significar el castigo capital; así ocurría, por ejemplo, en la antigua Babilonia, donde el divorcio podía ser solicitado por alguno de los cónyuges, aunque si el adulterio era cometido por una mujer, aquella era castigada con la muerte.

³ Martínez, T. (2010). El divorcio en el derecho boliviano. En Á. Acedo, & L. Pérez, El divorcio en el derecho iberoamericano (págs. 102-122). Buenos Aires: Temis.

⁴ Navas, R. (2014). El divorcio consensual en sede notarial con hijos menores de edad bajo su dependencia y la Celeridad Procesal. Uniandes. Retrieved from <http://www.dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/469/1/TUAMDPCIV019-2015.pdf>

Así mismo, los celtas practicaban la endogamia, la que consiste en el matrimonio entre individuos que comparten una misma ascendencia o que son pertenecientes a una pequeña localidad o comarca, con excepción de la aristocracia, quienes poseían el privilegio de tener más de una cónyuge. Era corriente la práctica de contraer matrimonio por un período establecido de tiempo, tras el cual los contrayentes eran libres, pero también era habitual el divorcio.

En el continente americano, a los varones aztecas les estaba permitido poseer una sola esposa, a la cual se le denominaba Cihuatlantli, Nociuah o Áhuatlantli (es decir, mujer legítima), y aunque se aceptaba la poliginia, solo la primera mujer tenía el carácter de esposa. Al interior de esta realidad, el divorcio era consentido y podía ser requerido por el varón y por la mujer; así, al lograrse -vía sentencia judicial- se quedaba habilitado para contraer nuevamente matrimonio.

En el caso de los hebreos, a los hombres se les permitía el repudio a sus mujeres sin necesidad de argumentar la causa de tal actitud; para lo cual era suficiente informar al Sanedrín. Así mismo, existía el divorcio por mutuo disenso, aunque las motivaciones de las mujeres eran sujetas a un análisis más duro que el de los hombres. De igual manera, en el mundo helénico se daba el divorcio por mutuo disenso y la repudiación, pero el hombre debía restituir la dote a la familia de la mujer en caso de divorciarse.

Por su parte, en el alto Imperio romano los casos más recurrentes de relación consistían en los de concubinato y la unión libre, y estas se daban en las distintas clases sociales. Cuando era practicado el matrimonio se obedecía a un objetivo puntualmente económico: la transmisión del patrimonio a los descendientes directos en vez de otros miembros de la familia o la sociedad y a una política de perpetuar la casta de los ciudadanos. Si no se disponía de patrimonio era inútil contraer matrimonio, y si se era esclavo, resultaba absolutamente imposible (es después del siglo III que los esclavos tienen permitido casarse). La inestabilidad de las parejas era una situación que se daba con mucha frecuencia y la cantidad de divorcios era elevada.

En el bajo Imperio romano el divorcio era algo poco común, hasta la época de los emperadores, en donde se acuñó la máxima "matrimonia debentesse libera" (los matrimonios deben ser libres), en donde el esposo o la esposa podían renunciar a él si así lo querían.

Una vez aparecido el cristianismo, el divorcio fue prohibido en razón de que se entendió al matrimonio como un sacramento establecido por Dios y cuyo vínculo era inquebrantable. A partir del siglo X, aunque el divorcio estaba vedado, había la Nulidad matrimonial, es decir, el matrimonio se anulaba si se evidenciaba que no había existido por distintas razones. Eran los tribunales eclesiásticos quienes negociaban las declaraciones de nulidad matrimonial.

No obstante, la Reforma luterana, aceptó el divorcio pero solamente en situaciones muy graves. Esta reforma generó que Inglaterra la aceptara en razón de que Enrique VIII, su rey, deseaba separarse de su esposa Catalina, y la Iglesia romana lo impedía.

En 1796, Francia introduce la disolución del vínculo matrimonial en la ley decretada el 20 de noviembre, que sirvió de antecedente a muchas de las legislaciones reinantes. Italia, en el año 1970, fue de los últimos países europeos en ratificarlo de manera definitiva. Por su parte, Irlanda y Malta lo afirmaron en referéndum en 1995 y 2011, respectivamente.

El divorcio ha causado grandes polémicas en los países mayoritariamente católicos, pues la Iglesia Católica no considera posible el divorcio. El 28 de mayo de 2011, Malta fue el último país de la Unión Europea en legalizar, tras referéndum, el divorcio por un 52% de apoyos.

En Alemania, por ejemplo, se observó que debido a la influencia del protestantismo, el cual no considera al matrimonio como un sacramento, el divorcio tuvo una aceptación muy temprana por parte de la sociedad. En el siglo XVIII, por ejemplo, codificaciones civiles de los territorios protestantes establecían la posibilidad de la disolución del matrimonio por divorcio. Sin embargo, en razón de la influencia de la doctrina protestante, en estas sociedades el concepto de culpa ejercía un papel preponderante, entendiéndose al divorcio como “sanción para el cónyuge que había violado sus deberes conyugales”⁵. Por tal motivo, los cónyuges que deseaban divorciarse sólo podían hacerlo si demostraban que uno de ellos era el culpable del fracaso matrimonial.

⁵ Cárdenas, M. (2010). Antecedentes históricos del matrimonio (Ecuador). Recuperado el 10 de Enero de 2015, de monografias.com: <http://www.monografias.com/trabajos67/antecedentes-matrimonio-ecuador/antecedentes-matrimonio-ecuador2.shtml>

En México, por su parte, es factible la separación decretada por autoridad judicial, específica y exclusivamente, en el caso de aquellos cónyuges que no queriendo divorciarse, soliciten la suspensión de la obligación de cohabitar, cuando uno de ellos sufre de una enfermedad incurable, siempre y cuando aquella no se origine en la edad avanzada del cónyuge que la padece; o si es que sufre de un trastorno, así mismo incurable, “previa declaración de interdicción del cónyuge enfermo”⁶

Actualmente, al hablar de divorcio uno piensa en la idea de ruptura, de separación, de una unión que termina; es lo que se puede evidenciar en las definiciones que se presentan a continuación:

Según Guillermo Cabanellas⁷, la palabra «divorcio» provendría del latín *divortium*, que a su vez, viene del verbo *diverte*, que significa separarse, irse cada uno por su lado. De ahí que, por antonomasia, se hace referencia a los cónyuges cuando ponen fin a la convivencia y al nexo de consortes. El divorcio refiere a la ruptura de un matrimonio válido, cuando todavía viven ambos esposos. Se apunta así a una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio, situación esta última en la que no habría existido jamás el estado marital, a causa de impedimentos esenciales e insubsanables. El divorcio consiste en “una ruptura de relaciones o de trato, profunda divergencia entre pareceres, tendencias, aspiraciones, impulsos y actuaciones”⁸

Galindo (1976), citado en Salas⁹, define al divorcio como la disolución del vínculo conyugal, el cual solo se da a por medio de la declaración de la autoridad judicial, y en otras circunstancias, de un órgano administrativo, en base a procedimientos establecidos y especificados en la ley, siempre y cuando se haya comprobado la imposibilidad de que pueda mantenerse la relación matrimonial. De ahí que define al divorcio como: “la ruptura

⁶ García, J. (28 de Abril de 2011). El juicio de divorcio en el Ecuador. Recuperado el 5 de Mayo de 2015, de [derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com):

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2011/02/24/el-juicio-de-divorcio-en-el-ecuador>

⁷ Cabanellas, G. (1981). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires: Hestiasa.

⁸ *Ibidem*, pág. 15.

⁹ Salas, A. (1994). Problemática Socio Jurídica del divorcio. San Luis de Potosí: México.

de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley”¹⁰.

Por su parte, Eduardo Pallares¹¹ considera que el divorcio constituye un acto jurisdiccional o administrativo por el cual queda disuelto el vínculo conyugal, concluyendo en tal motivo el contrato de matrimonio, “tanto en relación a los cónyuges como respecto a los terceros”¹². Los aspectos que se destacan de esta definición son que el divorcio es un acto jurisdiccional y administrativo, la disolución del vínculo conyugal, la finalización del matrimonio.

Ángel Salas¹³ define al divorcio como “una ruptura sentimental, emocional, física y legal, de personas casadas, fundada en causa real o irreal, o jurídica, que produce distintas consecuencias para cónyuges, hijos y terceros”.

La acción de divorcio es exclusiva para el ejercicio de los cónyuges, sólo se extingue por el fallecimiento de uno o de ambos consortes, no es transmisible, es imprescriptible e irrenunciable anticipadamente. La acción se extingue además por la reconciliación de los cónyuges.¹⁴

En Ecuador, a partir del 1 de enero de 1903, y como resultado del liberalismo imperante, es establecida la Ley de Matrimonio Civil, la misma que reconoce al matrimonio como una institución propia del derecho privado, al mismo tiempo que abre la puerta a las actuales corrientes jurídicas que presentan al divorcio como una forma de terminación del matrimonio. Ello trajo consigo, según nos recuerda Navas¹⁵, una gran polémica entre el Estado y el Clero. “El divorcio se concedía únicamente por el adulterio de la mujer y las personas divorciadas solo podían contraer matrimonio luego de que hayan transcurrido diez años”.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 18.

¹¹ Pallares, E. (1979). *El divorcio en México*. México D.F.: Porrúa.

¹² *Ibidem*, pág. 36.

¹³ Salas, A. (1994), pág. 20.

¹⁴ García, J. (28 de Abril de 2011). *El juicio de divorcio en el Ecuador*. Recuperado el 5 de Mayo de 2015, de [derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com): <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2011/02/24/el-juicio-de-divorcio-en-el-ecuador>

¹⁵ Navas, R. (2014). *El divorcio consensual en sede notarial con hijos menores de edad bajo su dependencia y la Celeridad Procesal*. Uniandes. Retrieved from <http://www.dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/469/1/TUAMDPCIV019-2015.pdf>

Como señala el Diccionario Jurídico Omeba se define al divorcio como: "la separación legal de un hombre y su mujer producida por una causa legal, por sentencia judicial y que disuelve completamente las relaciones matrimoniales o suspende los efectos en lo que se refiere a la cohabitación de las partes"¹⁶.

Estas definiciones apuntan a las características del acto del divorcio, en qué momento debe originarse, o bajo qué causales se produce dicho acto.

Los conceptos previamente referidos de distintos autores están de acuerdo con respecto a señalar al divorcio como la separación y ruptura del matrimonio que se halle constituido legalmente entre un hombre y una mujer.

Esta ruptura del matrimonio se puede dar por una causal legal que se halle citada en la ley, la misma que deberá ser puesta en consideración ante un juez de lo civil, en nuestro país ante la jueza o el juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia, quien tiene la facultad para declarar disuelto el vínculo matrimonial, mediante sentencia judicial, en donde también se define todo lo que haya producido ese matrimonio.

La sentencia judicial del divorcio permite a los cónyuges contraer nuevo matrimonio posterior al tiempo específico que señala la ley.

El divorcio se distingue de la separación de hecho en razón de que, dependiendo del ordenamiento jurídico de cada nación, puede poseer o no ciertos efectos jurídicos. Para ejemplificar tenemos el caso de Chile, cuya situación fáctica puede ser causal para solicitar la declaración de divorcio. En relación a la separación legal en tanto, ésta sí es reconocida legalmente en diversos ordenamientos jurídicos, teniendo en consecuencia un mayor número de efectos jurídicos que la separación de hecho, aunque a diferencia del divorcio, no contribuye a finalizar el matrimonio.

¹⁶ DICCIONARIO JURIDIGO OMEBA, tercera Edición, Pág. 52

1.2.- Clases de Divorcio

1.2.1.- Consensual

1.2.1.1.- Definición

En la reforma hecha al Código Civil en el año 1912, se introduce el divorcio por mutuo consentimiento. A partir del año 1935 el divorcio por mutuo consentimiento se efectuaba a través de un trámite sumarísimo que duraba un día y que se desarrollaba antes los tenientes políticos de jurisdicción parroquial; incluso “se establecía el divorcio tácito que se daba por la separación voluntaria de los cónyuges, sin relaciones maritales, por más de tres años”¹⁷. El trámite sumarísimo es suprimido en 1940, mientras que en 1958, se establece el divorcio semi-pleno o la separación conyugal judicialmente autorizada, retocándose así mismo las causales de divorcio.

Según García¹⁸, el divorcio consensual es aquel “en el cual el hombre y la mujer, expresan su mutuo consentimiento en poner fin a sus obligaciones recíprocas nacidas del matrimonio.”¹⁹ De este modo el divorcio consensual, es el que decide por mutuo consentimiento de ambos cónyuges y que es declarado por sentencia judicial.

Se dice que "esta clase de divorcio, evita escándalos entre los cónyuges y la circunstancia de no establecer al culpable, pero no surte efecto sin aprobación judicial dictada en sentencia por el Juez de lo Civil competente, pues de lo contrario sería nulo"²⁰. El divorcio consensual constituye la finalización del matrimonio de forma amistosa y sin conflictos, evitándose aquellas situaciones que podrían repercutir en la estabilidad emocional de los niños. En el divorcio consensual no se requiere expresar las razones que condujeron a tal decisión, ni que se expongan causas que generen un término de prueba, pues simplemente la confesión de las partes de dar por terminado el vínculo conyugal que los unía hasta el

¹⁷ Navas, R. (2014). El divorcio consensual en sede notarial con hijos menores de edad bajo su dependencia y la Celeridad Procesal. Uniandes. Retrieved from <http://www.dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/469/1/TUAMDPCIV019-2015.pdf>, p. 3.

¹⁸ García, J. (28 de Abril de 2011). El juicio de divorcio en el Ecuador. Recuperado el 5 de Mayo de 2015, de derechoecuador.com: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2011/02/24/el-juicio-de-divorcio-en-el-ecuador>

¹⁹ Ibídem, pág. 20.

²⁰ Ibídem., pág. 12.

momento. En esta clase de divorcio, según señala Chavarría²¹, no se considera la culpabilidad de alguno de los cónyuges, pues si de manera conjunta han solicitado el divorcio no deberán fundamentar su acción en causal alguna.

En el art. 107 del Código Civil Ecuatoriano, se establece que “por mutuo consentimiento los cónyuges pueden divorciarse en procedimiento voluntario que se sustanciará según las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos”. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges: 1. Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio; 2. El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y, 3. La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos.”²²

En síntesis, el divorcio consensual en la legislación ecuatoriana se caracterizaría por ser una institución en la que no se requiere expresión ni calificación de causas, que solamente procede en virtud de sentencia judicial.

1.2.1.2.- Normas procesales

En el divorcio consensuado, y puesto que están de acuerdo ambos cónyuges, comparecen o se presentan (por escrito o de forma personal y verbal dependiendo de cada legislación) ante la autoridad judicial competente (normalmente un juez familiar) y solicitan se decrete en sentencia definitiva el divorcio, por lo que, una vez que los cónyuges realizan todos los pasos legales, obtienen la sentencia de divorcio.

En el caso del Ecuador, el procedimiento se encuentra descrito en el Art. 107 del Código Civil Ecuatoriano: “Los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los

²¹ Chavarría, A. (2004). Derecho sobre la familia y el niño. San José: Euned.

²² Congreso Nacional del Ecuador. (19 de Julio de 2015). Código civil ecuatoriano. Recuperado el 2 de Agosto de 2015, de http://www.correosdeecuador.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/05/CODIGO_CIVIL_LIBRO_I.pdf

cónyuges: (...) La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos”²³.

Mientras que en el Art. 108 se señalaba que: “Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial, en la actualidad el Art. 108 dice: “Para el cuidado o crianza de las hijas o los hijos menores o incapaces de cualquier edad o sexo, se estará a lo que dispone el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.”²⁴. Nota: Artículo sustituido por Disposición Reformativa Quinta, numeral 3 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de Mayo del 2015 y vigente desde el 22 de mayo del 2016. Al respecto del trámite especial establecido para el Divorcio por Mutuo Consentimiento, un estudio realizado por Arcos²⁵ a personas entendidas en la rama del derecho de la ciudad de Ambato, arrojó como resultados que el 77,4 % de la población considera el trámite muy largo y un tanto engorroso además de que no se adapta a la realidad social contemporánea. A su vez, la mayoría considera que el Principio de celeridad procesal es vulnerado por el actual trámite establecido para el Divorcio por mutuo consentimiento. Finalmente, consideran que debería estar dotado de rapidez, eficacia y efectividad.

Relacionando el divorcio por mutuo consentimiento con las funciones notariales, Pérez Gallardo²⁶ señala que la factibilidad de potenciar la tramitación de este tipo de divorcio frente a notario público ha ganado adeptos en los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica. Nada impide, señala el autor, que el notario sea competente para autorizar por escritura pública la disolución del vínculo matrimonial. “Negarlo sería echar por tierra la propia esencia de la función notarial, su naturaleza y el alcance de la fe pública”.

²³ Congreso Nacional del Ecuador. (19 de Julio de 2015). Código civil ecuatoriano. Recuperado el 2 de Agosto de 2015, de http://www.correosdeecuador.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/05/CODIGO_CIVIL_LIBRO_1.pdf

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Arcos, A. (2012). El trámite especial de divorcio por mutuo consentimiento establecido en el artículo 108 del Código Civil vulnera el principio de celeridad procesal garantizado en la Constitución de la República del Ecuador durante el segundo semestre del 2010. Recuperado el 1 de Febrero de 2016, de <http://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/5020/1/DER-605-2012%20Arcos%20Ana.pdf>

²⁶ Pérez Gallardo, L. B. (2009). Un “fantasma” recorre latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial. *Anuario de La Facultad de Derecho*, (27), 329–371. Retrieved from <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3233237&info=resumen&idioma=SPA>

En la mayor parte de las legislaciones, el capital adquirido durante el matrimonio pertenece por igual a ambos cónyuges, no así los bienes provenientes de herencias que pertenecen enteramente al cónyuge que los recibiera. No obstante, en ciertas legislaciones se posibilitan las capitulaciones matrimoniales o los acuerdos prenupciales donde los cónyuges pueden establecer todo tipo de cuestiones inherentes a los bienes anteriores al matrimonio, así como a los obtenidos posteriormente, incluso hasta se suelen fijar indemnizaciones ante una posible ruptura del vínculo que los unía.

En el caso que la pareja hubiera tenido descendencia, se fijan los regímenes de visita de uno de los cónyuges y las obligaciones monetarias de manutención que correspondan a cada uno, hasta tanto los hijos cumplan la mayoría de edad, que –según la legislación de cada país- puede ser a los 18 o a los 21 años, momento en el cual los cónyuges dejan de tener la obligación legal de mantenerlos económicamente. Tal obligación, en un número significativo de ocasiones, no desaparece si el hijo tiene alguna molestia que le imposibilita cuidarse por sus propios medios o requiere la manutención para continuar con sus aprendizajes. Por el otro lado, puede desaparecer antes de las edades mencionadas si el menor fuera emancipado por sus padres.

En los datos extraídos de los juzgados tercero y sexto de lo civil el 76% de los divorcios desde el 2007 a la actualidad son del sector rural caso que a la par de la tasa de migración tiene similitud pues en la actualidad de la tasa de migración un 79% son del sector rural.

1.2.2.- Contencioso

1.2.2.1.- Definición

Por su parte, según lo apuntado en el Código Civil²⁷, el divorcio controversial es aquel solicitado por uno de los cónyuges, sin o contra la voluntad del otro, por una o varias de las causales señaladas en el Art. 110. El divorcio contencioso puede solicitarse por cualquiera de los dos cónyuges que se sienta perjudicado en alguna de las causales que se señalan a continuación:

²⁷ *Ibidem*.

- Criminológicas.- El adulterio, el atentado contra la vida del otro cónyuge, la condena por reclusión, la falta de moralidad y perversión sexual, malos tratos e injurias, intento de prostitución.
- Simplemente Culposas.- Abandono voluntario.
- Eugenésicas.- Enfermedades, alcoholismo toxicomanía;
- Objetivas.- Separación voluntaria de los dos cónyuges.
- Indeterminadas.- el embarazo prenupcial ignorado por el marido.

Con respecto al divorcio contencioso, Romero²⁸ destaca una particularidad: no se estaría aplicando el allanamiento a la demanda con el fin de dar por terminado el proceso, lo cual trae consigo la vulneración de los principios constitucionales de celeridad y economía procesal.

1.2.2.2.- Causales de Divorcio: Art. 110 Código Civil

Profundizando en el Código Civil Ecuatoriano, son causas de divorcio:

1. El adulterio de uno de los cónyuges.
2. Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
3. El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.
4. Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro.
5. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
6. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas.
7. La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años.
8. El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano.
9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses interrumpidos.²⁹

²⁸ Romero, A. (2014). La guarda y custodia compartida: Una medida familiar igualitaria. Madrid: Editorial Reus.

²⁹ *Ibíd.*

Cada una de las causas previstas en el artículo anterior, serán apreciadas y calificadas por el juez, considerando la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse. El divorcio será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de la demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas.

El estudio desarrollado por Quinteros³⁰ a las distintas causales del divorcio según el Código civil ecuatoriano destaca el hecho que existe lo que se denominaría inequidad jurídica con respecto al tiempo de espera que de manera obligatoria debe padecer aquel cónyuge que abandona el hogar, y que ya no desea continuar con una relación. Esta situación, según plantea el autor, debe analizarse y modificarse en justicia real y retributiva a esta inequidad. Lo que se buscaría es otorgar a los cónyuges la facultad de deslindarse de un matrimonio sin futuro.

Por su parte, Zambrano³¹ destaca que la ausencia de una causal dentro del art. 110 del Código Civil que aborde las diferencias existentes entre los cónyuges y que podrían derivar en un deterioro total de las relaciones al punto de ser irreconciliables “sin que sea una cuestión de manifiesta violencia”, impide a los cónyuges solicitar el divorcio, razón por la cual, señala el autor, se vuelve imprescindible una reforma legal que la incluya como nueva causal de divorcio en el Ecuador.

1.3. Características de la acción de divorcio en el Ecuador

Según lo analizado por García³², las características de la acción de divorcio en el Ecuador son las siguientes:

³⁰ Quinteros, O. (s.f.). Análisis de las principales causas que provocan el divorcio referente al artículo 110 numeral 11 del Código Civil Ecuatoriano. Recuperado el 3 de Febrero de 2016, de <http://www.dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/2877/1/TURAB019-2013.pdf>

³¹ Zambrano, D. (2014). Necesidad de reformar el art. 110 del Código Civil para establecer una nueva causal de divorcio en el Ecuador. Recuperado el 3 de Febrero de 2016, de <http://www.dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/2877/1/TURAB019-2013.pdf>

³² García, J. (28 de Abril de 2011). El juicio de divorcio en el Ecuador. Recuperado el 5 de Mayo de 2015, de [derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com): <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2011/02/24/el-juicio-de-divorcio-en-el-ecuador>

- a) Privativa de los cónyuges. En ciertos casos, solo puede ser solicitado por el cónyuge inocente por regla general.
- b) No puede renunciarse, debido a que no solo compromete el interés individual de los cónyuges sino que también entra el juego el interés general de la sociedad, siendo por ello una disposición de orden público. El Art. 123 del Código Civil dispone que son irrenunciables la acción de nulidad de matrimonio, la de divorcio y la de pedir separación conyugal judicialmente autorizada, el derecho del cónyuge a que en el caso de divorcio se le entregue la parte de los bienes del otro, a que se refiere el Art. 112.- En todo divorcio el cónyuge que carece de lo necesario para su congrua sustentación tiene derecho a que se le entregue la quinta parte de los bienes del otro, salvo que sea el causante del divorcio. Si tuviere bienes pero no de tanto valor como esa quinta parte, sólo tendrá derecho al complemento. Entre esos bienes se tomará en cuenta, para ese efecto, el valor de sus gananciales en la sociedad conyugal. Nota: Artículo sustituido por artículo 12 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de Junio del 2015 111.
- c) Prescriptible. La prescripción es contada a partir del momento en que el cónyuge asistido de la acción de divorcio, conoce del hecho que le da origen, y desde el instante en que el hecho se realiza aunque no lo haya conocido el titular de la acción. Aquel que la alega deberá probarla. La acción de divorcio es prescriptible, en un año, obviamente al cónyuge que argumenta la prescripción le corresponde acreditar al instante en que adquirió conocimiento de la causal, que invoca esta prescripción puede renovarse si el cónyuge incurre nuevamente en hechos si el cónyuge incurre nuevamente en hechos que constituyan la causal de divorcio y así no es aplicable la disposición del Código Civil, según la cual la prescripción se detiene siempre entre cónyuges, pues ello significaría en los hechos a realizar de esta acción un elemento imprescriptible.
- d) Se suprime por la muerte de uno de los cónyuges, aunque se diese el caso que la demanda haya sido propuesta. Tampoco es relevante el estado del juicio. Así el Art. 127 señala divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, aún en el caso de que la demanda se hallare ya propuesta y cualquiera que fuere el estado del juicio.
- e) Se extingúe por la reconciliación, tal como lo establece el Art. 125, donde además se agrega que ello ocurrirá “sin perjuicio de la que pueda deducirse por causa de una nueva separación que reúna las circunstancias determinadas en este título” Art.

125.-Nota: Artículo derogado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de Junio del 2015³³.

- f) Requiere de un juicio. Se ejercita por acción civil, posee carácter judicial y ello es consecuencia necesaria del principio de solemnidad y publicidad del mismo. Los hechos constitutivos de causales de divorcio alegados serán justificados en juicio por medio de las pruebas señaladas en el Actual Código Orgánico General de Procesos. Así en el Ecuador el divorcio tiene carácter judicial y ello es consecuencia necesaria del principio de solemnidad y publicidad del matrimonio del requisito de su celebración con intervención de autoridad pública y así su disolución está sujeta a los mismos.
- g) La enumeración de las causales señaladas en el Art. 110 del Código Civil son taxativas; aunque existe otra causal en el Art. 13 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y a la Familia, que sirve para finalizar el matrimonio civil;
- h) El vínculo matrimonial del cónyuge que se hubiere vuelto persona con discapacidad intelectual o persona sorda, que no puede darse a entender por escrito o por lengua de señas, según el art. 126 del Código Civil no podrá disolverse por divorcio. Ello se explica en razón de que estas personas son incapaces absolutas para poder actuar y por ende no podían presentarse a juicio ni personalmente ni por interpuesta persona.³⁴.
- i) Así en el Ecuador el divorcio tiene carácter judicial y ello es consecuencia necesaria del principio de solemnidad y publicidad del matrimonio del requisito de su celebración con intervención de autoridad pública y así su disolución esta sujeta a los mismos.

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

1.4. Naturaleza Jurídica

Como señalan González *et al*³⁵:

“La naturaleza jurídica del divorcio es el acto judicial por virtud del cual se termina legalmente la institución del matrimonio (...) la solución a las lamentables condiciones de la vida familiar que a la postre resultan más nocivas para la formación y equilibrio espiritual de los hijos. El divorcio es un mal necesario para la sociedad”³⁶.

En la actualidad, la concepción del divorcio como sanción ha sido reemplazada por el entendimiento de este fenómeno como un imperativo, debido a que su ejecución evita perjuicios mayores para la familia y la sociedad en general. Así, el divorcio se presenta como la solución a ciertos desequilibrios familiares que imposibilitan que la relación conyugal perdure. El divorcio no es un problema, sino más bien, producto de un conjunto de inconvenientes, desavenencias y problemáticas experimentadas en la realidad del matrimonio que pueden residir en uno o ambos cónyuges, catalogándose por un sinnúmero de investigadores como el segundo proceso más estresante durante la edad adulta, inmediatamente después de la muerte de uno de los cónyuges.

Algunos autores, considerando como elemento de análisis al adulto divorciado que es padre y/o miembro de la familia, argumentan que el divorcio tiene mucha responsabilidad en las profundas alteraciones que padece el sistema familiar post divorcio, impeliendo a sus subsistemas a reacomodarse de manera estructural; en tal razón, para el caso de los hijos/as por ejemplo, se apunta que la capacidad que estos poseen en relación a su funcionamiento adaptativo dependen no exclusivamente de las propiedades del sistema familiar existente durante el matrimonio, sino también de las relaciones co-parentales que ocurren después de concluido el proceso de divorcio.

A su vez, varias investigaciones señalan que el proceso de divorcio incide en el bienestar de los niños/as, pudiéndose asociar a algunos problemas que aquellos externalizan, como

³⁵ González, R., Acosta, R., & Mendoza, J. (1998). El divorcio en el Salvador: Análisis Jurídico Social, relación con la Procuraduría General de la República. Recuperado el 1 de Junio de 2015, de [csj.gob.sv](http://www.csj.gob.sv): <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/3db6532d39e032fd06256b3e006d8a73/60dba0a30133905306256b3e00747bbf?OpenDocument>

³⁶ *Ibidem*, pág. 175.

pueden ser comportamientos agresivos o tendencia a quebrar reglas, mientras que a nivel interno, se relacionan con problemas de ansiedad y depresión.

EPÍGRAFE II:

2.1. El divorcio por mutuo consentimiento como atribución notarial

2.1.1. Jurisdicción Voluntaria: Definición

La jurisdicción voluntaria, según lo planteado por Vargas³⁷, consiste en una facultad especial ejercida por diferentes órganos del Estado, siempre a solicitud de las personas, en aquellos temas y asuntos que, en razón de su naturaleza, se desenvuelven sin contradicción, con el fin de “constituir estados jurídicos, dar legalidad a un acto, (...) crear efectos jurídicos materiales, (...) dar certeza a un derecho, (...) ejecutar y autorizar los actos que requieran esa solemnidad por mandato de la ley”³⁸. A partir de la definición anterior se concluye que la jurisdicción voluntaria es una actividad estatal desempeñada por distintos funcionarios públicos.

A continuación se detallan aquellas características de la jurisdicción voluntaria, las que la distinguen de la denominada jurisdicción contenciosa. Para ello se continúa con los aportes de Vargas³⁹:

- Existe una sola parte frente a la autoridad, a quien se le solicita actuar en función del interés de dicha única parte.
- No se pide la actuación de la ley, tribunal o autoridad contra otro individuo, más bien, se intenta constituir una situación jurídica para entrar en ejercicio de algún derecho.
- La jurisdicción voluntaria fija las garantías frente a las lesiones que podrían ocurrir, al mismo tiempo que no presupone contiendas y, por ende, no las resuelve.

³⁷ Vargas, L. (17 de Julio de 2013). Jurisdicción voluntaria en funciones notariales. Recuperado el 4 de Marzo de 2015, de derechoecuador.com:
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2013/05/08/jurisdiccion-voluntaria-en-funciones-notariales>

³⁸ *Ibíd*em, pág. 1

³⁹ *Ibíd*em.

- Puede ser ejecutada, no solo por los jueces, sino por otros empleados públicos (Jefe del Registro Civil, los Cónsules, los Registradores de la Propiedad, y los Notarios).
- Declara hechos y situaciones jurídicas, en tal sentido propende a la formación de estados jurídicos nuevos.
- La resolución de sus actos no posee fuerza de cosa juzgada de acuerdo con lo que decía el Art. 4 del Código de Procedimiento Civil, por lo que puede ser revisada.
- Consiste en un acto doctrinariamente extrajudicial que se sujeta a formalidades jurídicas procesales.
- Incluye doctrinariamente actividades que no son exclusivas de la actividad jurisdiccional.

Jurisdicción Voluntaria es aquella atendida por los jueces en la cual no existe litigio u oposición entre las partes. Trasponiéndose en casos puntuales a los notarios la capacidad de considerar algunos de estos trámites con el fin de descongestionar los despachos judiciales. Entre los fundamentales actos de jurisdicción voluntaria con facultades a los notarios se encuentran la liquidación de sucesión y de la sociedad conyugal respectiva por común acuerdo, la celebración del matrimonio civil, la insinuación de donaciones y la corrección de registros civiles.

Según Carnelutti, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, el Juez actúa buscando el cumplimiento de un interés público, que tiene como fin la excelente administración de los intereses privados.

Es fundamental destacar que la jurisdicción voluntaria posibilita acercarse a los operadores de Justicia (Jueces) y Notarios facultados para algunos procesos demarcados por la Ley, para los primeros mencionados debemos tener en cuenta los siguientes trámites:

La demanda debe reunir los requisitos generales reunidos para cualquier proceso contencioso excepto los del demandado pues no existe.

- El poder para intervenir en el proceso, cuando se actúe por medio de apoderada o apoderado o de procuradora o procurador judicial.
- Los habilitantes que acrediten la representación de la o del actor, si se trata de persona incapaz.

- Copia legible de la cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte o Registro Único de Contribuyentes de la o del actor.
- La prueba de la calidad de heredera o heredero, cónyuge, curadora o curador de bienes, administradora o administrador de bienes comunes, albacea o de la condición con que actúe la parte actora, salvo que tal calidad sea materia de la controversia.
- Los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación.
- En los casos de expropiación, la declaratoria de utilidad pública, el certificado de propiedad y gravámenes emitido por el Registro de la Propiedad, el certificado del catastro en el que conste el avalúo del predio.
- Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso⁴⁰.

2.1.2. Efectos de la Jurisdicción Voluntaria

Es importante tener en cuenta que las resoluciones dictadas en los expedientes de jurisdicción voluntaria no gozan de la eficacia de cosa juzgada, pudiendo someterse la cuestión al conocimiento de los Jueces y Tribunales a través del procedimiento contencioso que corresponda.

2.2. Acta Notarial

2.2.1. Definición

Un acta consiste en un documento escrito en el que el notario establece la relación de lo acontecido cuando se celebra un acto, durante la notificación de algo a otra persona, en un sorteo, etc. y de los acuerdos o decisiones tomadas, hechos acaecidos, etc. Las actas no son

⁴⁰ Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (22 de Mayo de 2015). Código Orgánico General de Procesos. Recuperado el 2 de Julio de 2015, de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS.pdf>

obligatoriamente documentos públicos notariales (actas notariales) sino que podrían ser privadas (acta de un acuerdo entre particulares, de una comunidad de propietarios, etc.). Las actas contienen actos jurídicos (son acuerdos que nunca se inscriben en ningún registro, como el otorgamiento de un poder notarial, o un reconocimiento de deuda) o constataciones o manifestaciones de personas que comparecen ante el notario.

Sus diferencias con respecto a las escrituras públicas residen en que éstas comprenden negocios jurídicos y muchas se inscriben en Registros públicos, mientras que las actas notariales recogen actos jurídicos y ninguna se inscribe en un Registro público. En la Ley Notarial ecuatoriana⁴¹ se hace referencia al término acta, pero sin efectuarse una conceptualización de la misma, sí de los formalismos y estructura que debe incluir. La misma posee ciertas variantes de forma, según la naturaleza del acto, la notaría y la ciudad donde se redacte; sin embargo, todas llegan a autorizar o solemnizar la situación fáctica. Las actas notariales poseen la calidad de instrumentos públicos, en consecuencia, el acta notarial deberá reunir las partes esenciales establecidas en el Art. 169 del Código procesal, que rige a los instrumentos públicos.

Hoy en el art. 206 del Código Orgánico General de Procesos, se señala las partes esenciales de un instrumento público y son:

1. Los nombres de los otorgantes, testigos, notario o secretario, según el caso;
2. La cosa, cantidad o materia de la obligación;
3. Las cláusulas principales para conocer su naturaleza y efectos;
4. El lugar y fecha del otorgamiento; y,
5. La suscripción de los que intervienen en él⁴².

2.2.2.- Clases de Actas Notariales

Hay varios tipos de actas notariales:

⁴¹ Ley Notarial. (2014). Recuperado el 3 de Junio de 2015, de [consultorasdelecuador.com](http://www.consultorasdelecuador.com): http://www.consultorasdelecuador.com/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=27

⁴² Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (22 de Mayo de 2015). Código Orgánico General de Procesos. Recuperado el 2 de Julio de 2015, de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS.pdf>

- a) Acta de Notificación y requerimiento: Su objetivo es transmitir a una persona cierta información o decisión donde solicita la intervención notarial, así como las de requerimiento.
- b) Acta de Notoriedad: Cuyo objetivo es la comprobación y la fijación de hechos notorios con respecto a los cuales se fundan y declaran derechos, así como son legitimados situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica.
- c) Acta Notarial: documento público autorizado por un notario que documenta y da fe de un hecho o circunstancia que por su naturaleza no es materia de contrato⁴³.

2.3.- Funciones del Notario

El notariado, según lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial (2014), es un órgano auxiliar de la Función Judicial, mientras que el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que es realizada por las notarías y los notarios. El ejercicio de la función notarial es personal y autónomo.

Los notarios, según lo establecido en la Ley Notarial, art. 6 (2014) “son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes. En el art. 7 (1996) se establece que “cada Notario ejercerá su función dentro del cantón para el que haya sido nombrado, cualquiera que sea el domicilio de los otorgantes, la ubicación de los bienes materia del acto o contrato o el lugar del cumplimiento de las obligaciones”.

De la gran variedad de definiciones de los más importantes tratadistas españoles se deduce que en el campo doctrinal el notariado brinda varias perspectivas. Se consideran aquellas definiciones que son pertinentes para citarse, por su particularidad:

- a) Notariado es el conjunto de personas con un título que les faculta para el ejercicio del arte de la notaría, este concepto se refuerza al afirmar, además, que la institución implica todo lo relacionado a la notaría y a los notarios, y además se le otorga mayor matices al sostener, finalmente, que el vocablo incluya a la totalidad de los funcionarios que poseyeron y poseen la capacidad de autenticar los actos de

⁴³ Consejo General del Notariado. (2009). Actas notariales. Recuperado el 1 de junio de 2015, de notariado.org: <http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/actas-notariales>

las autoridades, corporaciones e individuos de todas clases en diferentes épocas y bajo distintas maneras y definiciones; con respecto a cuya enunciación preceptiva es importante señalar que, ante lo primordialmente separativo del notariado del resto de otras instituciones semejantes que acuerdan a sus funcionarios potestades notariales, no cuadra arraigar en su esfera de acción los actos que son propios de autoridades y corporaciones;

- b) Lo fundamental, lo peculiar del notariado es actualmente, según las leyes y la academia, el cargo público de autorizar y dar fe de los actos que ante sus funcionarios pasan o se otorgan; cuyo precepto es confuso, debido a que ni el notariado implica un cargo público ni tampoco el notario es el único funcionario que autoriza y da fe; en tanto el notariado es básicamente una entidad particular, el notario no sólo se enfoca en autenticar los actos que ante él son presentados, sino que, como “judexinstrumenti”, es agente activo de los otorgantes, y por aquella razón actúa de manera promiscua en la contratación recibe y escribe según las leyes los actos y contratos que se le presentan;
- c) El notariado consiste en la magistratura de la jurisdicción voluntaria que imbuida de autoridad y a través de la aplicación de la justicia aplica la ley al acto jurídico que se celebra en esa esfera con la conformidad de las partes; declarando los derechos y obligaciones de cada uno, lo aprueba, legaliza y sanciona con validez, autenticidad y ejecución; autoriza y dirige su cumplimiento con el proceso documental’ ; cuyo enunciado eleva al notariado al rango de magistratura voluntaria, con autoridad funcional capaz de legitimar, a través del proceso documental, las relaciones jurídico-contractuales que ejecutan o convienen los otorgantes, por lo cual es importante:
 - 1) Ubicar al notariado en un órgano superior de cosas, considerando que es revestida de una jerarquía propia;
 - 2) Identificar al notario como un funcionario capaz de ejercer el oficio como si fuese un auténtico magistrado, por la misma razón que se desempeña como un funcionario de justicia legalizador de los derechos y obligaciones de las partes que a él acuden voluntariamente; este es un concepto, por lo demás, puntualmente retórico que sólo embellece la expresión y deleita al profesional,

debido a que no existe legislación, particularmente al interior del notariado de raigambre latina, que asigne a la institución el orden o calidad de magistratura y estime al notario magistrado de paz;

d) La naturaleza del notariado se manifiesta prácticamente en una serie de facultades que constituyen el ejercicio de la función notarial, además la función notarial consiste en una prerrogativa del Estado que va dirigida a declarar el derecho, y lo expresa en la manifestación con que da forma al acto jurídico, y, por dicha razón consiste en una función pública que implica presidir y representar al Estado, así se arriba a la convicción de que el notariado es un institución básicamente natural y social, y fundamentalmente público y de forzosa y formal necesidad jurídica, que por su valer jurídico es parte del poder legitimador del Estado y se desempeña como un organismo de jurisdicción propia; de cuyos conceptos, bien forjados y elevadamente filosóficos, se infiere lo siguiente:

1) El notario es un magistrado representante del poder público, obligado y capaz de recibir y dar forma a cuanta manifestación jurídica surja de la vida de relación contractual; y

2) El notariado conlleva una función de enseñanza; no obstante, alrededor de todo esto se presenta un notariado como ‘debiera ser’, un notariado sentido por virtud de nuevas ideas, y no un notariado como ‘es’, pues se puede aseverar, sin miedo al error, que las legislaciones, a pesar de su aporte por un perfeccionamiento de la función notarial, todavía no han diseñado un estatuto orgánico notarial que revista la cualidad apuntada, así como no han aceptado que la función notarial implique una magistratura, por lo que este tipo de función y de notariado sólo tienen asidero en la doctrina;

e) Definir al notariado conlleva plantear una definición de notario, tanto por si se estima al notariado como función o porque se le considera como el grupo de

quienes ejecutan dicha función, o lo que es similar, admitido lo que es el notario resulta obvio el concepto acerca del notariado, y viceversa⁴⁴.

La institución del notariado es una realidad creada por la tradición con características tales que no permiten incluirla dentro de las concepciones corrientes que elabora la ciencia jurídica; por ejemplo, el empeño de darle asidero a los principios que rigen el derecho judicial o el administrativo fue la base de una idea equívoca que apuntó al notario como 'un auxiliar' de la administración de justicia, o de la administración pública, ceñido, por lo demás, a un régimen de medidas y restricciones propias de una organización burocrática; de ahí, entonces, que a su entender una institución como la notarial, de tan honda raigambre, no debe entrar en choque con conceptos y principios que, aunque válidos, no se adapten a la realidad, pues de su propio seno fluyen una serie de conceptos que no sólo dictaminan acerca de su índole sino que acusan normas de su perfeccionamiento. ..."⁴⁵.

De las transcripciones hasta aquí realizadas se desprende, en principio, que los notarios son personas investidas por el Estado de fe pública para autenticar hechos y actos que ante ellos pasan y se otorgan.

De ese concepto surge la interrogante de si los notarios son o no funcionarios públicos. Al respecto, la doctrina señala las siguientes teorías:

Froylán Bañuelos Sánchez⁴⁶, en su obra Derecho Notarial. Interpretación, Teoría, Práctica y Jurisprudencia, refiere:

"... Pero el notario no sólo es un funcionario público y un profesor de derecho cuando dentro de la esfera de su misión actúa en la vida normal del derecho y lo aplica a las relaciones jurídicas propias de todo negocio jurídico. Es todavía más: Es un delegado especial del poder público revestido de autoridad, para imponerse y ser respetado erga omnes en el ejercicio de sus funciones. Siempre su augusta función se consideró ligada a la autoridad del poder público del

⁴⁴ Neri, Tratado de Derecho Notarial, Editorial de Palma, Volumen 2, Buenos Aires, p. 601. En: Castro Loaiza, Andrés. "Análisis de los Requisitos para desempeñar el cargo de Notario en la Ley Notarial y su Problemática". Universidad de las Américas UDLA. Quito. 2011

⁴⁵ Castro Loaiza, Andrés. "Análisis de los Requisitos para desempeñar el cargo de Notario en la Ley Notarial y su Problemática". Universidad de las Américas UDLA. Quito. 2011

⁴⁶ Pérez, Bernardo. Elementos de Derecho Notarial. Tomo II, Volumen II. Introducción y Parte General, Editorial Porrúa S.A., México. p. 37 a 39

cual, aquel funcionario, fue un delegado especial en armonía con la especialidad de su ministerio. Siempre obró dentro de la sociedad, socializando, y permítasenos la frase, su actuación y dando al derecho una plasticidad sumamente democrática. Siempre ha intervenido para dar al derecho una misión augusta de paz y armonía social. Siempre ha procurado que las relaciones contractuales, hayan sido fiel reflejo de la voluntad individual y exacta convivencia en las normas del derecho escrito. (...) A los notarios les tuvieron en gran estima todas las naciones del mundo, siendo tan antigua su función que bien puede decirse que ha nacido con el gobierno político de la sociedad civil'. Por estas consideraciones y otras muchas que no exponemos, podemos definir al notario (...) el funcionario público, que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del poder del Estado, y por lo mismo revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función, autentica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo el estudio, explicación y aplicación del derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene'; o en términos más breves: 'Es el funcionario público, que por delegación del poder del Estado y con plena autoridad en sus funciones, aplica científicamente el derecho en su estado normal cuando a ello es requerido por las personas jurídicas'.

Si se toman algunas definiciones del notariado, se ven que refieren el concepto al del notario. Notariado es el cuerpo facultativo que forman los notarios de toda la nación'. La mayoría de los autores modernos (Azpeitia, Pou, López Palop, Velasco), al definir al notariado, evitan hacer referencia al contenido de la función. Otros autores, en cambio, duplican la definición, pues estudian el notariado agrupación de funcionarios y el notariado función. Así, Gonzalo de las Casas, por ejemplo, en su diccionario, llama notariado a la reunión de todos los escribanos o notarios; y en su tratado dice del notariado que es 'Institución en que el poder de la sociedad deposita la confianza pública, para garantía de verdad, seguridad y perpetuidad de los contratos y actos de los ciudadanos'. Finalmente, un tercer grupo de autores (Lavandera, Zarzoso y Mengual) provocan y resuelven doctrinalmente el problema del alcance y límites de la función notarial al definir el notariado. En el pensamiento de cualquiera de los autores que hemos citado (sin agotar la

enumeración) palpita el mismo propósito de crear una corriente que lleve a lo que nosotros llamamos 'integración total de la función'. Dejando a salvo matices sin trascendencia, puede servir de ejemplo esta palabra de Lavandera: "Conformes con el propósito que anima estas palabras, creemos oportuno hacer algunas salvedades, para evitar la confusión entre los conceptos notario y magistrado, a nuestro entender, totalmente distintos. Si el notario aplica la ley, también lo hace el funcionario de correos que recibe un certificado; no es cierto que el notario declare derechos y obligaciones, porque éstas nacen de la voluntad de las partes y aunque la forma notarial fuera (como nosotros apeteceríamos) forma normal ad substantiam, los derechos no nacen sólo de la forma notarial, que es un momento -siquiera el último- de su producción. Tampoco es cierto que el notario apruebe el acto jurídico; se limita a declarar su conformidad con el derecho objetivo. Lo verdaderamente cierto es que el notario lo sanciona (solemniza, diríamos mejor), autentifica y le da carácter ejecutivo. En esto último se asemeja a la sentencia, pero no es tanto por ser sentencia, sino por razón de certeza y autenticidad. El citado autor, después de fincar algunas bases para definir el problema que nos ocupa, llega a lo siguiente: 'El notario es un profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia sólo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria. Y la conclusión a) del apartado B) del I Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en 1948, en una fórmula similar, decía que 'el notario latino es el profesional del derecho, encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autentificación de hechos'. En esta fórmula quedan claramente precisados los caracteres del funcionario y el alcance de la función. Tareas del notario son: a) Tarea de creación o elaboración jurídica; recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes. b) Tarea de redacción: redactando los instrumentos adecuados a tal fin. c) Tarea de autorización y autentificación: confiriendo autenticidad a los documentos. d) Tarea de conservación: o custodia de los originales de los instrumentos. e) Tarea de reproducción: expedir copias que den fe del contenido de los documentos. Estas cinco tareas -añade- corresponden a otras tantas potestades del notario, empleada la expresión 'potestad', no en

el sentido de facultad, sino como sinónimo de poder función: un poder que a tales fines le confiere la soberanía del Estado. También debemos afirmar que el notario es un funcionario público en el desempeño de una función pública encomendada por la ley, se requieran determinadas condiciones o requisitos de competencia profesional, de probidad personal y la autorización correspondiente del Estado, pero no quiere decir que sea funcionario público en el sentido del derecho administrativo, en cuanto no es parte de los poderes del Estado ni dependa directamente de ellos, ni perciba sueldos, ni que esté sujeto a los derechos y a los deberes de los funcionarios oficiales, por lo que, no se le puede negar desde el punto de vista de la responsabilidad emergente de sus funciones, que tiene el carácter público.⁴⁷

2.4.- Atribuciones del Notario

Art. 18.- Son atribuciones exclusivas de los notarios, además de las constantes en otras leyes:

1. Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo;
2. Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal;
3. Autenticar las firmas puestas ante él en documentos que no sean escrituras públicas;
4. Dar fe de la supervivencia de las personas naturales;
5. Dar fe de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias y de otras copias producidas por procedimientos o sistemas técnico - mecánicos, de documentos que se les hubieren exhibido, conservando una de ellas con la nota respectiva en el Libro de Diligencias que llevarán al efecto;

⁴⁷ Pérez, Bernardo. Elementos de Derecho Notarial. Tomo II, Volumen II. Introducción y Parte General, Editorial Porrúa S.A., México. p. 37 a 39

6. Levantar protestos por falta de aceptación o de pago de letras de cambio o pagarés a la orden particularizando el acto pertinente conforme a las disposiciones legales aplicables, actuación que no causará impuesto alguno.
7. Intervenir en remates y sorteos a petición de parte e incorporar al Libro de Diligencias las actas correspondientes, así como las de aquellos actos en los que hubieren intervenido a rogación de parte y que no requieran de las solemnidades de la escritura pública.
8. Conferir extractos en los casos previstos en la Ley; y,
9. Practicar reconocimiento de firmas.
10. Receptar la declaración juramentada del titular de dominio, con la intervención de dos testigos idóneos que acrediten la necesidad de extinguir o subrogar, de acuerdo a las causales y según el procedimiento previsto por la Ley, el patrimonio familiar constituido sobre sus bienes raíces, en base a lo cual el Notario elaborará el acta que lo declarará extinguido a subrogado y dispondrá su anotación al margen de la inscripción respectiva en el Registro de la Propiedad correspondiente;
11. En los casos en que el patrimonio familiar se constituye como mandato de la Ley, deberá adicionalmente contarse con la aceptación de las instituciones involucradas;
12. Receptar la declaración juramentada del titular de dominio con intervención de dos testigos idóneos que acrediten que la persona que va a donar un bien, tenga bienes suficientes adicionales que garanticen su subsistencia, lo cual constará en acta notarial, la que constituirá suficiente documento habilitante para realizar tal donación.
13. Receptar la declaración juramentada de quienes se creyeren con derecho a la sucesión de una persona difunta, presentando la partida de defunción del de cujus y las de nacimiento u otros documentos para quienes acrediten ser sus herederos, así como la de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho del cónyuge sobreviviente si los hubiera. Tal declaración con los referidos instrumentos, serán suficientes documentos habilitantes para que el Notario conceda la posesión efectiva de los bienes pro indiviso del causante a favor de los

peticionarios, sin perjuicio de los derechos de terceros. Dicha declaración constará en acta notarial y su copia será inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente;

14. Tramitar la solicitud de disolución y liquidación de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes por mutuo acuerdo, previo reconocimiento de las firmas de los solicitantes ante el Notario, acompañando la partida de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho. Transcurridos diez días de tal reconocimiento el Notario convocará a audiencia de conciliación en la cual los cónyuges, personalmente o por medio de apoderados ratificarán su voluntad de declarar disuelta la sociedad de gananciales formada por el matrimonio o unión de hecho. El acta respectiva se protocolizará en la Notaría y su copia se subinscribirá en el Registro Civil correspondiente, particular del Cual se tomará nota al margen del acta protocolizada;
15. Autorizar la venta en remate voluntario de bienes raíces de personas menores que tengan la libre administración de sus bienes cumpliendo las disposiciones pertinentes del Código Orgánico General de Procesos. Igual procedimiento se seguirá para los remates voluntarios de quienes tienen la libre administración de sus bienes;
16. Receptar informaciones sumarias y de nudo hecho;
17. Sentar razón probatoria de la negativa de recepción de documentos o de pago de tributos por parte de los funcionarios públicos o agentes de recepción;
18. Protocolizar las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, poderes especiales, revocatorias de poder que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para administrar negocios;
19. Practicar mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de cosa debida y de la ejecución de obligaciones;
 - a. Proceder a la apertura y publicación de testamentos cerrados. Para el efecto, el que tenga o crea tener interés en la sucesión de una persona, puede

solicitar al notario, ante quien el causante otorgó el testamento y lo haya conservado en su poder, proceda a exhibirlo para su posterior apertura y publicación en la fecha y hora que para tal propósito señale. En su petición el interesado indicará adicionalmente, el nombre y dirección de otros herederos o interesados que conozca, y que se disponga de una publicación, en un medio de prensa escrito de amplia circulación local o nacional, para los presuntos beneficiarios. Trascurridos no menos de treinta días, en la fecha y hora señalados, previa notificación a los testigos instrumentales, el notario levantará un acta notarial en la que dejará constancia del hecho de haberlo exhibido a los peticionarios la cubierta del testamento, declarando si corresponde, adicionalmente junto con los comparecientes, que en su concepto la cerradura, sellos, lacras o marcas no presentan alteración alguna.

En la diligencia notarial, a la que se permitirá el acceso a todo interesado que justifique un presunto interés en el contenido del testamento, de presentarse oposición a la práctica de esta diligencia, el notario oír la exposición. En este evento, elaborará un acta con los fundamentos de la oposición y la enviará a conocimiento de juez competente, cumpliendo el procedimiento de ley, ante quien se deberá llevar a efecto el juicio de apertura y publicación de testamento cerrado de conformidad con las normas previstas en los Códigos Civil y Orgánico General de Procesos.

De no presentarse oposición, el notario procederá a efectuar el reconocimiento de firmas y rúbricas de los testigos instrumentales, así como de que la cubierta y el sobre que contiene el testamento cerrado del testador, es el mismo que se presentó para su otorgamiento al notario. De no presentarse todos los testigos instrumentales, el notario abonará las firmas de los testigos faltantes con una confrontación entre las que aparecen en la carátula con las que constan en la copia de la misma que debe reposar en los protocolos de la notaría, según lo dispone el artículo 25 de la Ley Notarial. El notario actuante confrontará la firma del notario que ejercía el cargo al momento de su otorgamiento con su firma constante en otros instrumentos notariales incorporados en el protocolo.

En el caso de que la cubierta del testamento presentare notorias alteraciones que haga presumir haberse abierto, el notario luego de proceder a la apertura y publicación del

testamento, levantará el acta pertinente haciendo constar estos particulares y remitirá todo lo actuado al juez competente. En estos casos el testamento únicamente se ejecutará en virtud de sentencia ejecutoriada que así lo disponga.

La diligencia concluye con la suscripción del acta de apertura y lectura del testamento, al cabo de lo cual todo lo actuado se incorporará al protocolo del notario, a fin de que otorgue las copias respectivas;

20. Será facultad del notario proceder al registro de firmas de funcionarios y representantes de personas jurídicas, siempre y cuando haya petición de parte y el notario tenga conocimiento pleno de quien registra su firma. El documento que contenga la certificación de firma en virtud de este procedimiento de registro, gozará de autenticidad, pero no tendrá los efectos probatorios de instrumento público, para cuyo efecto se procederá de conformidad con lo previsto en las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos.

21. Autorizar los actos de amojonamiento y deslinde en sectores rurales, que a petición de las partes, siempre que exista acuerdo, tengan por objeto el restablecimiento de los linderos que se hubieren oscurecido, desaparecido o experimentado cualquier cambio o alteración, o en que se deban fijar por primera vez la línea de separación entre dos o más inmuebles, con señalamiento de linderos. Al efecto, se señalará fecha y hora para la diligencia, a la que concurrirán las partes, que podrán designar perito o peritos, quienes presentarán sus títulos de propiedad y procederán a señalar e identificar lugares, establecer linderos y dar cualquier noticia para esclarecer los hechos.

De esta diligencia se levantará un acta, siempre y cuando exista conformidad de todas las partes, la que se agregará al protocolo del notario y de la cual se entregará copias certificadas a las mismas para su catastro municipal e inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente.

22. Proceder a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal, para este efecto, sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los jueces de lo civil, los cónyuges o ex-cónyuges, o los convivientes vinculados bajo el régimen de la unión de hecho, según el caso, podrán convenir mediante escritura pública, una vez

disuelta la sociedad conyugal o la sociedad de bienes que se haya formado como consecuencia de la unión de hecho, la liquidación de la sociedad de bienes. Este convenio se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente cuando la liquidación comprenda bienes inmuebles, y en el Registro Mercantil cuando existieren bienes sujetos a este Registro. Previamente a la inscripción, el notario mediante aviso que se publicará por una sola vez en uno de los periódicos de circulación nacional en la forma prevista en el artículo 56 del Código de Procedimiento Civil, hará conocer la liquidación de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes de la unión de hecho, para los efectos legales consiguientes. Transcurrido el término de veinte días desde la publicación y de no existir oposición, el notario sentará la respectiva razón notarial y dispondrá su inscripción en el registro o registros correspondientes de los lugares en los que se hallaren los inmuebles y bienes objeto de esta liquidación. De presentarse oposición, el notario procederá a protocolizar todo lo actuado y entregará copias a los interesados, para que éstos, de considerarlo procedente, comparezcan a demandar sus pretensiones de derecho ante los jueces competentes;

23. Autorizar la emancipación voluntaria del hijo adulto, conforme lo previsto en el artículo 309 del Código Civil. Para este efecto, los padres comparecerán ante el notario a dar fin a la patria potestad, mediante declaración de voluntad que manifieste esta decisión, la que constará en escritura pública, donde además se asentará la aceptación y consentimiento expreso del hijo a emanciparse. A esta escritura pública se agregará como habilitantes los documentos de filiación e identidad respectivos, y las declaraciones juramentadas de dos testigos conformes y sin tacha, que abonen sobre la conveniencia o utilidad que percibiría el menor adulto con esta emancipación. El notario dispondrá la publicación de la autorización, por una sola vez en la prensa, cuya constancia de haberse publicado se incorporará en el protocolo, con lo cual entregará las copias respectivas para su inscripción en los Registros de la Propiedad y Mercantil del cantón en el que se hubiere hecho la emancipación;

24. Tramitar la petición de declaratoria de interdicción para administrar los bienes de una persona declarada reo por sentencia ejecutoriada penal; para el efecto se

adjuntará la sentencia ejecutoriada. En el acta que establezca la interdicción, se designará un curador;

25. Solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 222 del Código Civil. El Notario levantará el acta respectiva, de la que debidamente protocolizada, se conferirá copia certificada a las partes;
26. Declarar la extinción de usufructo, previa la justificación instrumental correspondiente y de acuerdo con las reglas del Código Civil, a petición del nudo propietario en los casos siguientes:
 - a) Por muerte del usufructuario;
 - b) Por llegada del día o cumplimiento de la condición prefijados para su terminación; y,
 - c) Por renuncia del usufructuario.
27. Practicar mediante diligencia notarial, notificaciones de traspaso o cesiones de derechos o créditos personales, la cual se hará en persona o por tres boletas en el domicilio del deudor, a quien se entregará una boleta en que conste la nota de traspaso y se determinen el origen, la cantidad y la fecha del crédito. Si el título fuere una escritura pública, se indicará, además, el protocolo en que se haya otorgado, y se anotará el traspaso al margen de la matriz, para que éste sea válido;
28. Aprobar la constitución o reforma de sociedades civiles y mercantiles y demás actos atinentes con la vida de estas, y oficiar al Registrador Mercantil para su inscripción, cuando no corresponda a la Superintendencia de Compañías y Valores;
29. Autorizar la inscripción de matrículas de comercio en el registro pertinente;
30. Requerir a la persona deudora para constituirla en mora, de conformidad con el artículo 1567 del Código Civil;
31. Receptar la declaración juramentada sobre estado civil de las personas cuando estas lo requieran, con el objetivo de tramitar la posesión notoria del estado civil;

32. Tramitar la caución e inventario en el usufructo, para determinar que esta sea suficiente para la conservación y restitución del bien que se trate y para el inventario solemne. Para el efecto, se acompañará a la solicitud, el documento que acredite el avalúo pericial o el inventario, dependiendo el caso, realizado por uno de los peritos acreditados por el Consejo de la Judicatura;
33. Solemnizar la designación de administrador común, mediante la declaración de las partes, lo que se legalizará con la correspondiente petición y reconocimiento de la firma de los solicitantes;
34. Solemnizar el desahucio, de acuerdo a lo previsto en la Ley de Inquilinato y el Código Civil. La o el interesado en el desahucio dirigirá una solicitud a la o al notario, acompañando prueba de su pretensión. Recibida la solicitud y los documentos que se acompañan a ella, la o el notario dispondrá que se notifique a la o al desahuciado;
35. Inscribir contratos de arrendamiento, cuyo canon exceda de un salario básico unificado del trabajador en general, para lo cual cada notaría llevará un archivo numerado y cronológico; y,
36. Solemnizar la partición de bienes hereditarios mediante la declaración de las partes, lo que se legalizará con la correspondiente petición, reconocimiento de la firma de los solicitantes y los documentos que acrediten la propiedad del causante sobre los bienes⁴⁸.

En caso de evidenciarse algún tipo de controversia en cualquiera de las atribuciones anteriormente señaladas, es obligación del notario abstenerse de continuar con el trámite de la acción respectiva y deberá enviar una copia auténtica de lo actuado hasta el momento a la oficina de sorteos del cantón de su ejercicio.

⁴⁸ Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (22 de Mayo de 2015). Código Orgánico General de Procesos. Recuperado el 2 de Julio de 2015, de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS.pdf>

EPÍGRAFE III:

3.1. Regulación de la situación de los hijos menores de edad en el divorcio por mutuo consentimiento

3.1.1. Derecho de Alimento: Concepto

A lo largo de la historia, el derecho de alimentos ha ido evolucionando. Se cree apareció entre la civilización romana para más tarde expandirse al resto del mundo. En un principio surgió del testamento, el contrato o la ley. La prestación alimentaria apuntaba únicamente a lo indispensable para vivir, como es la alimentación como comida propiamente dicha y vestimenta. Posteriormente, juristas franceses como Aubry y Planiol, incluyeron a dicha prestación los gastos de enfermedad y funerarios⁴⁹. Nació entonces una clasificación primitiva, de la cual se deriva los alimentos naturales y los alimentos civiles, entendiéndose a los primeros como los básicos para subsistir es decir alimentación, vivienda y vestuario, en cuanto a los segundos comprendieron tratamiento de enfermedades, gastos ocasionados por la educación, entre otros, todo lo que tiene que ver con la personalidad del alimentado.

Actualmente, uno de los deberes que poseen los miembros de la familia, es el alimentario, siendo la Ley la encargada de determinar quiénes poseen el derecho de reclamar alimentos, y quiénes están obligados a otorgarlos. Tal como señala Chavarría⁵⁰, el concepto de la palabra “alimentos” será entendido en un sentido amplio, pues no implica aspectos alimenticios exclusivamente, sino que comprende todo lo necesario para que el menor de edad pueda desarrollarse adecuadamente. En tal sentido, el derecho pretende proteger a débil, o al que por una incapacidad física o mental necesita ayuda.

El derecho de alimentos se considera en la actualidad como todos aquellos gastos para la manutención del alimentado por parte del alimentante, incluso según las posibilidades del alimentante este puede contribuir con los gastos de esparcimiento o recreación del beneficiario, así lo señala Ron⁵¹, quien además agrega que al ser los alimentos una

⁴⁹ Guasp, Jaime, Derecho procesal civil, 3ª edición corregida, Tomo segundo, Parte Especial, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 947

⁵⁰ Chavarría, A. (2004). Derecho sobre la familia y el niño. San José: Euned.

⁵¹ Ron, C. (2010). El apremio personal como medida cautelar. Recuperado el 3 de Enero de 2015, de Repositorio UTA:

<http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2>

obligación natural que posee un contenido moral, resultan en “una prestación integral para la subsistencia digna de una persona”⁵².

A lo anterior se puede sumar lo abordado en Convenios o Tratados Internacionales, como por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la que reconoce en su Art. 25, el derecho a los alimentos como un derecho fundamental del hombre.

También se encuentra el Art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece el derecho de cada persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluidos la alimentación, el vestido y la vivienda.

La Convención de los Derechos del Niño determina en su Art. 27, que los estados partes reconocen el derecho de todo menor de edad a un nivel de vida adecuado, para su desarrollo físico, mental, espiritual y social. Dicha convención señala que incumbe primordialmente a los padres o a otras personas en cargadas del niño la responsabilidad de proporcionar dentro de sus posibilidades y medios económicos las condiciones de vida que sean necesarios para el desarrollo del niño.

Asimismo, determina que los Estados partes deberán adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimentaria por parte de las personas que tengan responsabilidad financiera respecto del menor de edad.

La doctrina ha definido a los alimentos como el derecho que, en este caso concreto, posee el menor para obtener de sus ascendientes o demás parientes obligados, conforme a la ley, aquello que es indispensable no sólo para sobrevivir sino para desarrollarse y vivir con dignidad y calidad de vida. Pérez Contreras⁵³ lo define como:

“Aquel que tiene todo individuo para obtener todo aquello que le es necesario para vivir... plenamente. Así, pues, no es el derecho alimentario la posibilidad

F%2Frepositorio.uta.edu.ec%2Fjspui%2Fbitstream%2F123456789%2F1240%2F2%2FT%2520018-2%2520D.pdf&ei=N0alVeUPCcXv-QH8s6DIDg&usg=AFQjCNE2SnXsaSyi5Beay2pKRok6RklbOw&bvm=bv

⁵² *Ibidem*, pág. 1

⁵³ Pérez Contreras, M. (2003). Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado el 5 de Junio de 2015, de <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCMQFjAB&url=http%3A%2F%2Fbiblio.juridicas.unam.mx%2Flibros%2F6%2F2647%2F8.pdf&ei=80elVeT6Nlq3-QHf2IDoDg&usg=AFQjCNHP8D-e8-AIkrwYrRT92SVewIHB5g&bvm=bv.96339352,d.cWw>, pág. 5.

que tiene una persona para percibir alimentos propiamente dichos, significa mucho más; incluye lo necesario para estar bien nutrido, vestirse, tener un techo, recibir educación y asistencia médica”⁵⁴

Los alimentos serán proporcionales a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades del que debe recibirlos. Su cuantía se establece por convenio o por sentencia y su incremento dependerá del salario mínimo, exceptuando que quien debe otorgar los alimentos demuestre que sus ingresos no aumentaron en similar proporción, ante lo cual el aumento en la cuantía de los alimentos se hará conforme al aumento real comprobado que hubiera habido en los ingresos del deudor alimentario.

En caso de ser varios quienes deben cancelar los alimentos, el juez determinará la proporción que corresponde aportar a cada uno tomando como base el haber de los deudores alimentarios. Si solo uno de los deudores tiene posibilidades de cancelar los alimentos, sobre éste recaerá toda la obligación.

Según plantea Pérez⁵⁵, existe la posibilidad de la divisibilidad de la deuda alimentaria entre quienes fuesen obligados para cada caso concreto conforme con la norma, siempre que estén en posibilidad económica de asumir la deuda. El derecho y la obligación de recibir y dar los alimentos se da entre sujetos perfectamente determinados por la ley, los cuales para ejercitar el reclamo de este derecho o el cumplimiento de la obligación deben poseer las características de acreedor o deudor alimentario fijadas por la legislación civil.

Internacionalmente, existen dos instrumentos que regulan lo relacionado a las pensiones alimenticias:

a) La Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero:

Concebida en la ONU con el fin de facilitar los trámites judiciales en el extranjero para obtener una pensión alimenticia. Tiene por finalidad fijar las reglas o mecanismos que posibiliten una tramitación eficiente y segura de los alimentos. Establece el fin y las condiciones bajo las cuales se podrá aplicar la convención. Sus disposiciones sirven como apoyo a los medios previstos para el mismo fin en las legislaciones internas y no como

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 5.

⁵⁵ *Ibid.*

substitutivos de los mismos. A su vez, para su implementación, los Estados miembros designarán autoridades responsables de efectuar los trámites necesarios.

La autoridad remitente en los términos de la convención recibirá la solicitud del demandante alimentario con el fin de ponerla en conocimiento de las autoridades respectivas en el otro Estado parte. Verificará que la solicitud cumpla con los requisitos exigidos por la ley de los Estados implicados, y estará al tanto de los trámites efectuados durante la solicitud o demanda de alimentos. Dicha autoridad transmitirá las resoluciones provisionales o definitivas al demandante, tal como lo recuerda Pérez⁵⁶.

En primer término se establece el fin y las condiciones bajo las cuales se podrá aplicar la convención: "La finalidad de la presente Convención es facilitar a una persona, llamada en lo sucesivo demandante, que se encuentra en el territorio de una de las Partes Contratantes, la obtención de los alimentos que pretende tener derecho a recibir de otra persona, llamada en lo sucesivo demandado, que está sujeta a la jurisdicción de otra parte contratante".⁵⁷

Se reconoce un principio de seguridad jurídica y supremacía de la ley al establecer que las disposiciones de la presente convención sirven como apoyo a los medios previstos para el mismo fin en las legislaciones internas y no como substitutivos de los mismos: "Los medios jurídicos a que se refiere la presente Convención son adicionales a cualesquiera otros medios que puedan utilizarse conforme al derecho interno o al derecho internacional, y no substitutivos de los mismos".⁵⁸

Señala que para la implementación de esta convención, los Estados parte deberán designar autoridades que se encargarán de realizar los trámites a que haya lugar con motivo de la solicitud de los alimentos que serán la autoridad remitente y las instituciones intermedias.

Las funciones de la autoridad remitente en los términos de la convención serán las de recibir la solicitud del acreedor alimentario (demandante) para hacerla del conocimiento de las autoridades correspondientes en el otro Estado parte. Deberá verificar que la solicitud cumpla con todos los requisitos exigidos por la ley de los Estados involucrados, deberá

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ CONVENIO SOBRE LA OBTENCIÓN DE ALIMENTOS EN EL EXTRANJERO ELABORADO EN EL SENO DE LAS NACIONES UNIDAS EL 20 DE JUNIO DE 1956, EN LA CIUDAD DE NUEVA YORK. («BOE núm. 281/1966, de 24 de noviembre de 1966»)

⁵⁸ *Ibidem*

permanecer al tanto de los tramites que se realicen con motivo de la solicitud o demanda de alimentos, transmitirá los documentos y la demanda a la institución intermedia del Estado demandado y podrá emitir opinión sobre el asunto, así como recomendar se conceda asistencia jurídica gratuita y exención de costas al demandante. Por otro lado, esta autoridad será la encargada de transmitir cualquier resolución provisional o definitiva al demandante, así como cualquier otro acto judicial en que haya intervenido en materia de alimentos en favor del demandante; en caso de que fuera necesario deberá entregar al demandante copia de las actuaciones procesales y de la resolución misma.

Las actividades de la institución intermedia serán, siempre dentro de las facultades que se le hubieran otorgado por el demandante, tomar y solicitar todas las medidas para obtener el pago de los alimentos, iniciar un procedimiento jurisdiccional con motivo de la determinación y obtención de la pensión alimenticia o la de hacer cumplir y/o verificar que se ejecute cualquier sentencia, decisión u otro acto judicial; deberá tener informada a la autoridad remitente sobre los trámites o acciones ejercitados y si no pudiera actuar le hará saber la razón y le devolverá toda la documentación que se le hubiere hecho llegar; es decir, intervendrá como representante legal del demandante.

El derecho aplicable a la resolución de estos conflictos será el del Estado demandado, y en estos términos la solicitud hecha por el acreedor alimentario deberá cumplir con los requisitos establecidos por tal legislación, independientemente de que en principio, para ser admitida por la autoridad remitente, deberá cumplir también con los requisitos establecidos por la legislación del Estado donde tiene su domicilio o residencia habitual. Respecto al contenido de la solicitud, se deberá expresar el nombre y apellidos del demandante, su dirección, fecha de nacimiento, nacionalidad, ocupación y los datos de su representante legal; los mismos datos con relación al demandado, una exposición de motivos y, deberá, además, estar acompañada de todos los documentos que sean necesarios para comprobar el derecho a los alimentos que tiene el acreedor, una foto del demandante y otra del demandado.

Las resoluciones provisionales o definitivas, así como cualquier otro acto judicial podrán ser remitidos a las autoridades competentes del Estado donde se tengan que ejecutar o conocer con el fin de remplazar, en un momento dado, o completar los documentos y datos

que deben ser contenidos en la solicitud que se entregue a la autoridad remitente por el demandante.

Por último, relativo a los exhortos, se determinan cinco reglas para diligenciarlos y que son:

1. El tribunal que conozca del procedimiento iniciado con motivo de los alimentos podrá enviar exhortos con el fin de obtener más pruebas o información que le permitan dictar una resolución, a la autoridad y/o institución designadas por el otro Estado parte.
2. Para que las partes puedan estar presentes durante las diligencias que se lleven a cabo con motivo del procedimiento, la autoridad requerida deberá hacer del conocimiento de la autoridad remitente, de la institución intermedia y del demandado, la fecha y el lugar en que se hayan de verificar.
3. Los exhortos deberán cumplirse dentro de los cuatro meses siguientes a que se hubiera recibido por la autoridad requerida; en caso de que no fuera así, dichas autoridades deberá notificar a la autoridad requiriente las razones por las que no se ha cumplido.
4. La tramitación del exhorto podrá negarse en dos casos concretos: si no se hubiere establecido la autenticidad del documento y cuando el mismo represente o se interprete como contrario a la soberanía o seguridad del país donde se tiene que diligenciar.

b) La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias:

Su carácter es regional, motivo por el cual únicamente se obliga a su cumplimiento a aquellos Estados integrantes de la OEA que la hayan ratificado.

La finalidad que busca la convención es establecer cuál es el derecho conveniente a ser aplicado en las controversias relativas a los alimentos y las autoridades competentes para conocer de las mismas. Como necesidad insoslayable para la aplicación de la convención se apunta la circunstancia de que el acreedor alimentario tenga su domicilio o residencia

habitual en un Estado parte y el deudor alimentario tenga su residencia habitual, bienes o ingresos en otro. Así mismo, para la aplicación de la convención, cuando se trate de menores, que es el tema que nos ocupa, se señala que sólo se considerará menor a quien no haya cumplido la mayoría de edad (18 años).

Esta convención, coincidiendo con el derecho de igualdad fijado en los documentos internacionales de derechos humanos, señala que los acreedores alimentarios deben ser tratados sin hacer distinciones, en razón de que los procedimientos para la obtención de los alimentos, su nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen, situación migratoria o cualquier otra forma de discriminación.

Con respecto a los conflictos de leyes que podrían ocurrir, la convención presenta dos reglas fundamentales que tienden a establecer un criterio para determinar en cada caso concreto en qué consistirá la obligación alimentaria, y quienes podrán tener la calidad de acreedores y deudores alimentarios:

1. En primer lugar, el criterio que se adoptará para la elección del derecho aplicable será el de quien resulte más favorable al acreedor alimentario, que en este caso será el menor, que podrá ser el del Estado del domicilio o residencia del acreedor o el del deudor.
2. En segundo lugar, se fijan limitativamente cuáles serán las materias que podrán ser regidas por la legislación más favorable al acreedor y que se refieren a la determinación del monto de la pensión alimenticia, así como los plazos y montos en los que deberá ser cubierta, y a la determinación de quienes pueden demandar los alimentos en representación del menor, así como cualquier otra condición que determine la ley para acreditar el derecho a exigir alimentos.

Con respecto a las autoridades competentes, se considera que para cada caso concreto serán autoridades competentes el juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor, del deudor o el juez o autoridad del Estado en el cual el deudor alimentario cuente con bienes personales tales como, posesión de bienes, percepción de ingresos o cualquier otra fuente de ingresos económicos.

Relativo al aumento o disminución de la cuantía de la pensión alimenticia, existe un criterio de competencia en el siguiente sentido: para el primer caso será competente

cualquiera de las autoridades antes señaladas; pero para el segundo sólo se considerarán competentes para conocer a aquellas que antes hubieran conocido de la fijación de la misma.

También se consideran para efectos de representación a las autoridades diplomáticas o consulares, las que fungirán, en algunos casos, como intermediarios entre los demandantes de la pensión alimenticia y el juez:

Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Parte en esta Convención ordenarán y ejecutarán, a solicitud de parte o a través del agente diplomático o consular correspondiente, las medidas provisionales o de urgencia que tengan carácter de territorial y cuya finalidad sea garantizar el resultado de una reclamación de alimentos pendiente por instaurarse.

En relación a la eficacia de las sentencias emitidas en el extranjero, es importante señalar que para que las sentencias dictadas por las autoridades competentes en el extranjero tengan validez, de acuerdo con la presente convención, en el Estado donde tienen que ser ejecutadas será necesario que se cumpla con siete requisitos fundamentales y que necesariamente deberán haberse cumplido durante el proceso.

Los documentos que deben ser comprobados para que la sentencia pueda ser ejecutada en el Estado que corresponde, siempre que se cumpla con los requisitos antes dispuestos son, copia auténtica de la sentencia, copia auténtica de las diligencias y actuaciones procesales que confirmen la notificación y garantía de la defensa de las partes, así como copia auténtica del auto que declare firme la sentencia o la apelación. Todo esto deberá ser comprobado por el juez que tenga que ejecutar la sentencia en audiencia en la que estará presente el Ministerio Público y el deudor alimentario. Queda claro que en esta parte del procedimiento el juez que ejecuta la sentencia no puede entrar al estudio del fondo de la resolución sino que sólo deberá notificarla a la parte obligada a pagar los alimentos y asegurarse de que se ejecute de acuerdo con el derecho.

Se habla en la convención del beneficio de una declaración oficial de pobreza hecha en favor del acreedor alimentario en el Estado parte en el que hace su reclamación de alimentos, la que en caso de existir deberá reconocerse en el Estado parte en el que se tenga que ejecutar la sentencia. Dicho beneficio consistirá en que el Estado parte en que se

encuentre el beneficiario de tal declaración o donde se ejecute la sentencia deberán prestarle asistencia judicial gratuita.

Para que se pueda dar la intervención de las autoridades en los casos de las medidas provisionales o de urgencia sólo será necesario que los bienes o ingresos del deudor alimentario se encuentren dentro del territorio donde se están promoviendo las medidas provisionales o de urgencia. Claro que el hecho de que éstas se otorguen no implica por sí el reconocimiento de la validez de la sentencia o la obligación de ejecutar la sentencia que en su momento se dictare si no se cumple con los requisitos ya señalados.

Las resoluciones interlocutorias y las medidas provisionales dictadas en materia de alimentos deberán ser ejecutadas por las autoridades competentes aunque éstas se encontraran sujetas a recursos de apelación en el Estado parte donde fueron dictadas, lo cual es congruente con lo dispuesto por el artículo 13 de la misma convención.

3.1.2. Determinación de la pensión mensual

La determinación del monto de la pensión alimenticia es importante en tanto que su fin es fijar el quantum que permita facilitar los medios indispensables para que el sujeto satisfaga sus necesidades básicas a fin de lograr su mantenimiento y subsistencia, esto en aras de la tutela del interés superior de la persona como base de su dignidad y de una sociedad justa y democrática.

La base de cálculo de la pensión alimenticia debe ser establecida de manera clara y precisa. No caben ambigüedades ni criterios dispersos. No obstante ello, en la actualidad existen dos posiciones contrapuestas. Una sostiene que la pensión alimenticia se fija en base a todos los ingresos del alimentante, mientras que la otra indica que su establecimiento es sólo en base a la remuneración.

En aras de la protección del interés superior del menor de edad y la satisfacción íntegra de sus necesidades, la base de cálculo para la fijación deben ser todos los ingresos (no solo los ingresos con carácter remunerativo), pues toda suma ganada es un ingreso que debe ser compartido con quien dependa del obligado alimentista.

Un grupo de Asambleístas reformó el Título V del Libro Segundo de Derecho de Alimentos, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia publicado en el Registro Oficial No. 643 el 28 de Julio del 2009 en el cual se establece que “El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (...) elaborará y publicará la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas, la que deberá ser elaborada con base en estudios técnicos sobre el monto recurrido para la satisfacción de la necesidades básicas de los beneficiarios”⁵⁹.

Los parámetros que guiarán la Tabla de Pensiones Alimenticias son los siguientes: a) Las necesidades básicas por edad del alimentado en los términos de la presente ley; b) Los ingresos o recursos de el o los alimentados, apreciados en relación con sus ingresos ordinarios y extraordinarios, gastos propios de su modo de vida y de sus dependientes directos; c) Estructura, distribución del gasto familiar e ingresos de los alimentantes y derechohabientes; y d) Inflación. El juez en ningún caso podrá fijar un valor menor al establecido en la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas”⁶⁰. No obstante, podrá fijarse una pensión mayor a la establecida en dicha Tabla, dependiendo de las pruebas que se presenten durante el proceso.

En tal sentido, existirían pensiones alimenticias mínimas para la fijación de la pensión provisional. Así, en el Art. 6 se establece que: “Para la fijación de la pensión provisional, si la demanda es por un hijo/a la pensión es de 59.22 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica; para 2 hijos/as es de 86.48 dólares y tres hijos/as en adelante será de 113 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.”⁶¹

Las pensiones alimenticias mínimas no provisionales, se reglamentan de conformidad a los artículos 3, 4, 5, 8, 9, y 10 y cuyo resumen constituye la tabla que a continuación se presenta, en la cual se detallan los porcentajes necesarios para calcular el porcentaje mínimo de la pensiones considerando el ingreso bruto de alimentante la edad de los alimentados y el número de hijos, además en la resolución se hace constar el porcentaje del ingreso bruto estimado como Consumo Promedio de un Adulto, es decir las sumas de USA

⁵⁹ Asamblea Nacional. (2009). Código de la Niñez y la Adolescencia. Recuperado el 3 de Junio de 2015, de [consultorasdelecuador.com](http://www.consultorasdelecuador.com):

http://www.consultorasdelecuador.com/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=56

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*

\$ 68,34; 159,57 y 290.26 si gana entre 218 a 436; 437 a 1090; o más de 1090 dólares, valores que serán a criterio del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia para cubrir el y su familia sus necesidades vitales y sociales.

La tabla de pensiones alimenticias mínimas, se fundamenta en el principio de que a mayor ingreso del alimentante, debe el alimentado recibir mayor pensión, política que se aplica por dos vías, en cuanto a mayor ingreso mayor pensión en una misma proporción, y la aplicación de un porcentaje adicional, lo que duplica el incremento, sin contar con los incrementos automáticos fijados por la ley, fuera de todo principio técnico, económico, moral o jurídico.

La tabla de porcentajes mínimos para las pensiones alimenticias, considera como base de cálculo para la imposición de los porcentajes: el Ingreso Bruto del Alimentante apreciados en relación con sus ingresos ordinarios y extraordinarios, y sin considerar los gastos propios de su modo de vida y de sus dependientes directos no involucrados en la pensión alimenticia, además de los pagos ineludibles en la relación Estado - Ciudadano como son los tributos, en particular el Impuesto a la Renta y el Impuesto al Valor Agregado y además no considera el Aporte Personal al Instituto Ecuatoriano de seguridad Social (IESS) en el caso de los padres o alimentantes dependientes.

3.1.3. Pago de la pensión por familiares subsidiarios

A partir de la concepción y pasando por su crecimiento y desarrollo, el ser humano satisface sus diferentes necesidades. Esta condición se ubica en la base de la estructura social, permitiendo al individuo identificar la existencia de un deber de solidaridad entre los miembros de un grupo familiar, al menos entre los más próximos. El ordenamiento normativo, tal como señalan Caballero *et al*⁶², erigen este deber como una “obligación civil de carácter asistencial entre ascendientes, descendientes, cónyuges e incluso entre un cónyuge y los progenitores e hijos del otro. (...) la ley es la causa fuente de la obligación alimentaria”⁶³. Ahora bien, la obligación alimentaria entre parientes es diferente de la

⁶² Caballero, J., Imbrogno, A., Mateljan, L., Schiro, V., & Zabalsa, G. (2006). El niño y su derecho alimentario: ¿Obligación directa o subsidiaria de los abuelos? Recuperado el 1 de Junio de 2015, de [cartapacio.edu.ar: http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/909/852](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/909/852)

⁶³Ibídem, pág. 12.

obligación alimentaria de tipo convencional, o también denominada “renta vitalicia”, así como de la obligación alimentaria que se origina en un testamento, debido a que no existen obligaciones derivadas de las relaciones familiares, las que poseen una impronta particular nacida de la especificidad que define al Derecho de Familia.

Obligados a prestar alimentos para cubrir las necesidades de las personas con derecho a reclamar alimentos, son las siguientes personas: El padre y la madre, aun en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad; los hermanos que hayan cumplido dieciocho años; los abuelos; y, los tíos.

Si existiese más de una persona obligada a la prestación de alimentos, el Juez regulará la contribución de cada una en proporción a sus recursos. Únicamente en casos de falta, impedimento o insuficiencia de recursos de los integrantes del grupo de parientes que corresponda, serán llamados en su orden, los del grupo siguiente, para compartir la obligación con los del grupo anterior o asumirla en su totalidad, según el caso.

La característica de la obligación alimentaria, como recuerdan Caballero *et al*⁶⁴ es que no se busca la satisfacción de un interés de naturaleza patrimonial sino conceder al alimentado la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales. Esta obligación sería netamente asistencial y se fundamentaría en el conjunto de derechos y deberes derivados de la patria potestad, observándose que la asistencia se origina en el momento mismo de la concepción. “Se considera que el deber alimentario derivado de la patria potestad prevalece sobre la obligación alimentaria que puede recaer en otros parientes”⁶⁵.

En base a lo expuesto, no podrían excusarse el padre o madre a quienes se reclama alimentos, sosteniendo que existen otros parientes en mejores condiciones económicas para prestar alimentos. Es decir:

“Ante la subsidiaridad de la obligación que recae sobre los abuelos, el padre que reclama estos alimentos para sus hijos debe demostrar y justificar la insuficiencia de sus recursos y los del otro progenitor, así como la imposibilidad

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ *Ibíd.*, pág. 13.

de procurárselos. La razón que fundamenta este tipo de obligación se halla en el principio de solidaridad familiar”⁶⁶.

Por otro lado, es importante reflexionar sobre el bienestar del menor, y con respecto a su condición de sujeto débil al interior del núcleo familiar y de la propia sociedad. Esta condición conlleva a que el desarrollo de su personalidad, su formación e independencia se generen por medio de la intervención de padres y otros integrantes de la familia. Es importante que durante la toma de decisiones se priorice el interés del menor de edad, siendo la función de los jueces “coadyuvar en la protección del niño como sujeto de derecho, dictando sentencias reales y efectivas, a fin de no convertir el derecho en una mera ficción”⁶⁷.

Amparados en los principios y criterios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, se puede establecer que la obligación de los padres de pasar alimentos se basa en los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, mientras que el deber alimentario que recae sobre los abuelos se sostiene en el principio de solidaridad familiar. De esta forma, el padre y los abuelos deben afrontar los alimentos en forma principal y concurrente.

Por su parte, aquellas posturas de la doctrina que conciben la obligación alimentaria a cargo del abuelo como algo subsidiario, se sustentan en la seguridad jurídica que propende a lograr el bienestar del menor de edad que es en definitiva lo que se persigue con lo que implica allanar el camino de acceso a la justicia al no considerar necesario que el menor deba probar que sus progenitores se encuentran imposibilitados de cumplir, en tanto las responsabilidades de padres y abuelos son acumulativas y no alternativas, contribuyendo de esta manera al interés superior del niño y, en definitiva, a la protección integral del mismo.

El bienestar del menor de edad, y, por lo tanto, de su calidad de vida, requieren de la coadyuvancia de diversos valores entre los cuales se encuentra la justicia, siendo misión del derecho la realización de este valor.

⁶⁶ *Ibíd.*, pág. 15.

⁶⁷ *Ibíd.*, pág. 17.

3.2. Custodia de los hijos e hijas

3.2.1. Definición

Romper la convivencia trae consigo la necesidad de atribuir a uno de los padres el ejercicio exclusivo de la función parental. No obstante, dicha circunstancia no recibe la misma solución legal al tratarse de ex cónyuges o de padres extramatrimoniales⁶⁸. En relación a este aspecto, ciertas legislaciones se apartan de la tendencia mayoritaria, pues por regla general la tenencia o custodia debe ser reconocida judicialmente, especialmente en los procesos de separación de cuerpos, separación judicial y divorcio vincular.

A pesar de lo señalado, las leyes suelen reconocer la autonomía de la voluntad de los padres que se divorcian al momento de decidir quién quedará a cargo del cuidado de los menores de edad. Tales acuerdos mediante homologación judicial se admiten en Chile, Costa Rica, Ecuador, México, Perú, etc. Por su parte, Bolivia presenta una fórmula similar, pero queda a criterio judicial el contenido del acuerdo, pudiéndose por distintas razones (moralidad, salud o educación) delegar la guarda a los abuelos paternos o maternos, incluyendo a los tíos de las niñas y los niños, o terceros de reconocida idoneidad, con una amplitud de criterios que aproxima a lo que se considera una solución peligrosa: “la superada doctrina de la situación irregular (art. 145)”⁶⁹.

Lo que ocurre en Ecuador debe ser analizado de manera especial. Aquí coexisten dos cuerpos legales que regulan tal situación, por una parte el Código Civil y por la otra, el Código de Niñez y Adolescencia. Pese a que pareciera existir una dicotomía, las normas pueden ser compatibles. Existe un punto común: “los hijos menores de 12 años quedarán preferentemente a cargo de la madre; por arriba de esa edad, con el padre más apto, y en igualdad de condiciones, la madre vuelve a ser preferida”⁷⁰. Como una nota diferenciadora introducida por el Código de Niñez está la obligación del Juez de escuchar a los hijos adolescentes, y a las niñas y niños que estén en condiciones de expresar su opinión; todo previo a decidir el ejercicio de la patria potestad.

⁶⁸ OEA. (2008). Afinidades y distinciones: análisis de contenidos normativos de las leyes colectadas mediante el empleo de indicadores. Recuperado el 7 de Junio de 2015, de [iin.oea.org](http://www.iin.oea.org): <http://www.iin.oea.org/PatriaPotestad/Conclusiones4.htm>.

⁶⁹ *Ibidem*, pág. 3.

⁷⁰ *Ibid*, pág. 4

3.2.2. Custodia de hijos e hijas compartida

La custodia de hijos e hijas compartida es definida como:

“Aquella modalidad de ejercicio de responsabilidad parental, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los niños, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”⁷¹.

Para que este ejercicio sea propicio a los intereses de los hijos comunes menores de edad, los padres divorciados o separados deben establecer relaciones buenas entre ellos. Compartir las decisiones importantes de la vida del menor, como la localidad en que residirá, a qué institución educativa asistirá, el servicio de salud que recibirá, etc. Compartir las obligaciones, como todos los gastos que tenga el menor, encargarse de él, de su educación, de su colegio, de sus costumbres, de sus amigos, etc. En pocas palabras, compartir la custodia es seguir siendo y ejerciendo de padre y madre (en las mismas condiciones que se hacía antes del divorcio).

Concretando, compartir la custodia significa continuar ejerciendo la función de padre y madre (en condiciones similares a las de antes del divorcio). Es decir, la custodia compartida, existiría desde que los hijos nacen hasta que se emancipan o una sentencia judicial priva a los menores de ese derecho, por el simple hecho de que sus padres se separen o divorcien.

⁷¹ Romero, A. (2014). La guarda y custodia compartida: Una medida familiar igualitaria. Madrid: Editorial Reus., pág. 23.

3.3. Derecho de Visitas

3.3.1. Definición

Como bien señala Pantoja⁷²: el acontecimiento físico de la procreación genera el hecho jurídico de la filiación, la que, por su parte, “produce un conjunto de relaciones que reciben el nombre de parentesco, de los cuales derivan múltiples y complejos derechos y obligaciones de atención y cuidado, respeto y obediencia, asistencia mutua y beneficios sucesorios, que a tanto alcanza el parentesco creado por la filiación.”⁷³

La “patria potestad” es la expresión con que se conoce a la institución más significativa entre estos vínculos de filiación. Se trata de poderes-deberes en relación a la persona del menor, a sus bienes y facultades de representación. Ante el primer grupo, que un sector de la doctrina llama “guarda”, otros “guarda, crianza y educación” otros “guarda y custodia” y algunos “guarda y cuidado” nos encontramos en presencia del contenido esencial de la patria potestad. En situación normal de convivencia de los progenitores estos poderes-deberes, que nosotros preferimos seguir llamando “guardia y custodia”, surgidos de la relación con el menor, se encuentran “embebidos por la patria potestad dual” en feliz expresión de Ragel⁷⁴.

Consiste en un conjunto de situaciones jurídicas de potestades que “se pueden realizar y que, al mismo, tiempo se deben realizar”⁷⁵. Dicho rasgo de facultad-obligación se expresa con mayor contundencia cuando el progenitor padece una intromisión que busca impedir que se ejerza aquellos cometidos que constituyen el núcleo del bien jurídico tutelado. Intromisión que puede ser jurídicamente removida, por lo que aquel progenitor que incumpla con estas potestades podría ser sancionado con modificaciones y hasta la misma supresión de la patria potestad.

El desmembramiento de la guarda se configura cuando los padres se separan de hecho o de derecho (separación de hecho, separación judicial, separación judicial consensual,

⁷² Pantoja, C. (2005). El derecho de visita: Elementos para su comprensión, regulación y tutela efectiva. Recuperado el 8 de Junio de 2015, de sitios.poder-judicial.go.cr: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/rev_jud_86/09-El%20derecho%20de%20visita.htm

⁷³ *Ibíd.*, pág. 2.

⁷⁴ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. La Guardia y Custodia de los hijos. In Revista Derecho Privado y Constitución. N° 15, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Enero-Diciembre 2001.

⁷⁵ *Ibíd.*, pág. 3.

divorcio, nulidad de casamiento), cuando entonces la guarda es encomendada a uno de los cónyuges. Esto acarrea como consecuencia el surgimiento del derecho de comunicarse con el menor y su reglamentación al progenitor que no ejerce la guarda. Cuando se produce la ruptura de la unidad marital, las cosas cambian y es preciso acordar o reglamentar la forma como se cumplirán, hacia el futuro, esas obligaciones, y se ejercerán tales derechos.

En lo que respecta al derecho de visitas, el Código de la Niñez y la Adolescencia, establece lo siguiente:

“Art. 122.- Obligatoriedad.- En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija. Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, psicológica o sexual, el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intra-familiar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión”⁷⁶

Se observa en el caso del artículo anterior que el derecho de visitas está claramente supeditado a las situaciones de violencia que puedan generarse al interior de las familias. Por su parte, con respecto a la forma adecuada de regular el régimen de visitas, el Código de la Niñez establece en su artículo 123:

“...Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta: (...) 1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y, 2. Los informes técnicos que estimen necesarios”⁷⁷.

Es decir, ante la existencia de desacuerdos entre los padres del niño, será el Juez el responsable de determinar ciertas causales que podrían regular las visitas. A su vez, el régimen de visitas podrá ser extendido a otros ascendientes o parientes consanguíneos, tal como se establece en el artículo 124 del Código de la Niñez y la Adolescencia:

⁷⁶ Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Recuperado el 16 de Junio de 2015, de [issuu.com: http://issuu.com/direccion.comunicacion/docs/constitucion_reformada/100](http://issuu.com/direccion.comunicacion/docs/constitucion_reformada/100)

⁷⁷ *Ibidem*.

“Art. 124.- Extensión.- El Juez extenderá el régimen de visitas a los ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral, en las condiciones contempladas en el presente título. También podrá hacerlo respecto de otras personas, parientes o no, ligadas afectivamente al niño, niña o adolescente”⁷⁸.

Un aspecto de gran importancia es la posibilidad de que uno de los cónyuges retenga indebidamente al menor de edad cuya patria potestad, tenencia o tutela se encuentre encargada, en cuyo caso:

“(…) podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución”⁷⁹.

Para el autor argentino Augusto Cesar Belluscio, el desmembramiento de la guarda se configura cuando los padres se separan de hecho o de derecho, (separación de hecho, separación judicial, separación judicial consensual, divorcio, nulidad de casamiento) cuando entonces la guarda es encomendada a uno de los cónyuges. Esto acarrea como consecuencia el surgimiento del derecho de comunicarse con el menor y su reglamentación al progenitor que no ejerce la guarda.⁸⁰

Mientras exista una situación normal de convivencia, corresponde a los dos padres el cumplimiento conjunto de los deberes de cuidar a los hijos menores de edad y ejercer el derecho natural de comunicarse con ellos dentro de las más variadas manifestaciones de la vida doméstica.

Pero cuando se produce la ruptura de la unidad marital, las cosas cambian y es preciso acordar o reglamentar la forma como se cumplirán, hacia el futuro, esas obligaciones, y se ejercerán tales derechos.

Porque, en el primer caso, toca de consuno a los padres el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos; en tanto que, en circunstancias de separación, a pesar de que los hijos sean sacados del cuidado personal de uno de ellos, no puede prohibírsele al otro

⁷⁸ Asamblea Nacional. (2009). Código de la Niñez y la Adolescencia. Recuperado el 3 de Junio de 2015, de [consultorasdelecuador.com](http://www.consultorasdelecuador.com):

http://www.consultorasdelecuador.com/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=56

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ BELLUSCIO, Augusto Cesar. Derecho de Familia. Tomo III., Ed., Depalma, Argentina, 1981.

visitarlos con la frecuencia y libertad que convengan sus progenitores, o que el Juez considere conveniente. Debe recordarse que no son solamente los casos de ruptura de la convivencia en los que se presenta el problema del relacionamiento del progenitor que no convive con su hijo. Por ejemplo entre los primeros se cuentan los abuelos, hermanos mayores o emancipados, padres de crianza, padres biológicos en casos de adopción, padrinos de bautismo, o el conjunto de todos los parientes que están obligados a prestarse alimentos entre sí. En el otro extremo de la relación, además de los hijos menores, otras legislaciones reconocen este derecho a favor de incapaces o personas mayores gravemente enfermas.

El derecho de visita, pues, se constituye en un medio propicio para fortalecer el afecto y la relación entre personas a las que unen vínculos de filiación con o sin relación de sangre. Contribuye a mantener la unidad familiar cuando se dan situaciones problemáticas al interior de las relaciones entre los padres.

3.3.2. Determinación del horario de visitas

Incoada la petición, esta se debe resolver, en tesis de principio, bajo los cánones de la justicia rogada, esto es, el juez debe moverse dentro de lo solicitado por las partes. Esta orientación que circunscribe al juez a conocer de la litis dentro de los parámetros fijados por las partes debe atenuarse, llevando en cuenta que por disposición expresa de la ley debe la autoridad velar por el supremo interés del menor. Como consecuencia, excepcionalmente se admite la posibilidad de que la resolución alcance aspectos que sobrepasen lo solicitado por las partes. (sin que por ello el juzgador incurra en el vicio de resolver “ultra petita”).

Para decidir sobre lo que sea más adecuado Zannoni destaca que la conveniencia debe referirse en primer lugar a la persona visitada, o sea, teniendo en vista que el régimen de visitas atiende en primer lugar el interés de la persona visitada. Pero llevando en cuenta las situaciones particulares que puedan interesar y no apenas la visita, sino también la frecuencia o periodicidad, el lugar, los horarios etc.⁸¹

⁸¹ RODRÍGUEZ ZAMORA, José Miguel. La Filiación y el Derecho Comparado. In Revista de Ciencias Jurídicas N° 77. Costa Rica UCR-Colegio de Abogados Enero-Abril 1994.

3.4. Nueva atribución del Notario

3.4.1.- Atribuciones del Notario para realizar procesos de divorcio por mutuo consentimiento

De acuerdo a las reformas introducidas al Art. 18 de la Ley Notarial, mediante Ley No 2006-62, publicada en el Registro Oficial No 406 de 28 de noviembre del 2006, se agregaron los numerales 19 al 27, entre los que consta el numeral 22 que habla exclusivamente sobre la atribución de los Notarios de tramitar divorcios por mutuo consentimiento.

De la primera parte del texto agregado al numeral 22, de la reforma del artículo 18 de la Ley Notarial, se desprenden las circunstancias específicas bajo las cuales se encuentra autorizado al notario tramitar el divorcio por mutuo consentimiento, el mismo que, dada su importancia, lo transcribo a continuación en su parte pertinente, así: "...Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad bajo su dependencia..."⁸².

La atribución es específica, únicamente para los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia, ello es por demás comprensible, pues como se ha visto antes, cuando no existe acuerdo en la situación de los hijos, el divorcio consensual puede transformarse en controvertido.

En definitiva, se puede establecer como requisitos para el divorcio por mutuo consentimiento notarial, los establecidos por el numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial, que se les puede resumir en:

- a) Situación actual de existencia del vínculo conyugal, siendo obvio por cuanto si no son casados, o ya no son cónyuges no hay razón para este procedimiento;
- b) Inexistencia entre los cónyuges de hijos menores de edad;
- c) Inexistencia entre los cónyuges de hijos bajo su dependencia económica, entendiéndose como tal a los hijos que, aunque sean mayores de edad, puedan encontrarse por discapacidad bajo dependencia económica; y,

⁸² Ley Notarial. (2014). Recuperado el 3 de Junio de 2015, de [consultorasdelecuador.com](http://www.consultorasdelecuador.com/): http://www.consultorasdelecuador.com/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=27

d) Que el cónyuge no se encuentre en estado de gravidez⁸³.

3.4.2.- Atribuciones del Notario para determinar la regulación de la situación de los hijos menores de edad en divorcio por mutuo consentimiento.

El trámite del divorcio por mutuo consentimiento notarial está determinado a continuación del texto anteriormente indicada, de la Ley Notarial, artículo 18, numeral 22, el mismo que, en razón de su importancia, se transcribe a continuación en su parte pertinente, así:

“...Para el efecto, los cónyuges expresarán en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición, lo previsto en el artículo 107 del Código Civil. El notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar lo consuno y viva voz su voluntad de divorciarse. El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial,...”⁸⁴.

Como primer elemento en el proceso de divorcio notarial consensual o por mutuo consentimiento, tenemos que los cónyuges deben expresar en el petitorio, bajo juramento que no poseen hijos menores de edad o bajo su dependencia, que la mujer no se encuentra en estado de gravidez, añadiendo a ello su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, el petitorio debe estar patrocinado por un abogado en libre ejercicio profesional⁸⁵.

⁸³ Cabanilla, J. (2009). Divorcio por mutuo consentimiento. Recuperado el 9 de Junio de 2015, de http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCMQFjAB&url=http%3A%2F%2F repositorio.utmachala.edu.ec%2Fjspui%2Fbitstream%2F123456789%2F480%2F1%2FT-UTMACH-FCS-352.pdf&ei=hGeJVfilNIPW-QGN_YLwBQ&usg=AFQjCNHwwF6erGW9bAr0RE8VMSazU6JsUg&bv, pág. 18.

⁸⁴ Ley Notarial. (2014). Recuperado el 3 de Junio de 2015, de [consultorasdelecuador.com: http://www.consultorasdelecuador.com/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=27](http://www.consultorasdelecuador.com/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=27)

⁸⁵ Cabanilla, J. (2009). Divorcio por mutuo consentimiento. Recuperado el 9 de Junio de 2015, de http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCMQFjAB&url=http%3A%2F%2F repositorio.utmachala.edu.ec%2Fjspui%2Fbitstream%2F123456789%2F480%2F1%2FT-UTMACH-FCS-352.pdf&ei=hGeJVfilNIPW-QGN_YLwBQ&usg=AFQjCNHwwF6erGW9bAr0RE8VMSazU6JsUg&bv (Cabanilla, 2009)

Como segundo elemento se tiene que el petitorio debe cumplir con lo expresamente previsto en el artículo 107 del Código Civil, que se resume en:

- La petición debe ser por escrito;
- Los cónyuges pueden comparecer por sus propios derechos mediante procuradores especiales;
- La petición debe establecer:
 1. Nombres, apellidos, edad, nacionalidad, profesión y domicilio de los cónyuges;
 2. El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y,
 3. La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos.

Una vez señalado lo anterior, el notario solicitará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo de no menor a sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y viva voz su voluntad de divorciarse. De toda esta diligencia, el notario posee la obligación de levantar un acta en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial.

El procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento notarial, es casi el mismo que el divorcio por mutuo consentimiento judicial, con la salvedad de que únicamente se tramitan los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia, situación que se exige se lo haga bajo juramento y además se reconozca su firma y rúbrica, pero la petición, solicitud, posee casi el mismo contenido. Debe ser presentada ante un notario, quien debe sentar la razón, indicando la notaria, el cantón, la fecha con señalamiento de día y hora, las fojas que se anexan, firmando para constancia el notario, luego de ello se debe esperar que transcurra un plazo de dos meses para señalar fecha y hora para la audiencia, siendo importante destacar además que este plazo obedece a la misma intención establecida en el trámite judicial, esto es el dar un tiempo prudencial a los cónyuges para que recapaciten o se arrepientan con su voluntad de divorciarse.

La audiencia de conciliación se fija luego de transcurrido el plazo de dos meses; los cónyuges, en caso de persistir en su voluntad, deben expresar de consuno y viva voz en su

voluntad de dar por terminado su vínculo matrimonial, el notario, por su parte, acogiendo esta voluntad declarará disuelto el vínculo matrimonial⁸⁶.

Para la inscripción del divorcio por mutuo consentimiento notarial, el notario debe protocolizar el acta de la diligencia de audiencia conjuntamente con la declaración de disuelto el vínculo matrimonial, de ello entregará a las partes copias legal y debidamente certificadas y oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva, institución que deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, la misma que deberá ser devuelta al notario para que le incorpore al protocolo respectivo, indicándose además, que como alternativa para la marginación, se puede utilizar el sistema de correo electrónico, todo esto se desprende de la continuación del texto citado anteriormente, de la Ley Notarial, artículo 18, numeral 22, así:

“...de la que debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva; el Registro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, que deberá ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo. El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición...”⁸⁷.

Las circunstancias que se pueden presentar durante el proceso de divorcio por mutuo consentimiento notarial, tienen fundamentalmente que ver con el señalamiento de la audiencia en la fecha y hora señalada por el Notario, la misma que debe darse en un plazo no menor a los sesenta días, situación que la reforma a la Ley Notarial lo ha previsto en la parte final del artículo 18, numeral 22, el mismo que, dada su importancia y trascendencia, se transcribe a continuación:

“...De no realizarse la audiencia en la fecha designada por el notario, los cónyuges podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, debiendo cumplirse dentro del término de 10 días posteriores a la fecha en la

⁸⁶ Ley Notarial. (2014). Recuperado el 3 de Junio de 2015, de [consultorasdelecuador.com](http://www.consultorasdelecuador.com): http://www.consultorasdelecuador.com/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=27.

⁸⁷ Ley Notarial. (2014).

cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, el notario archivará la petición...”⁸⁸

En el proceso de divorcio por mutuo consentimiento judicial, al momento de darse una audiencia fallida, se solicitará que se señale nuevamente fecha y hora, de no darse, no existe límite establecido para ello; esto no sucede en el trámite notarial, ya que está limitada la solicitud de nuevo señalamiento de fecha y hora para la audiencia a una sola vez y en caso de no darse expresamente, se establece que el notario debe archivar la petición.

En la actualidad el divorcio por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes se realiza en Procedimiento Voluntario Según el artículo 334 del Código Orgánico General de Procesos que dice: “ Procedencia.- Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes:

1. Pago por consignación.
2. Rendición de cuentas,
3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes.
4. Inventario, en los casos previstos en este capítulo.
5. Partición.
6. Autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda.

También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción.

Art. 335.- Procedimiento. Se iniciarán por solicitud que contendrá los mismos requisitos de la demanda.

La o el juzgador calificará la solicitud. Si se admite la solicitud, la o el juzgador dispondrá la citación de todas las personas interesadas o de quienes puedan tener interés en el asunto.

Para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, la o el juzgador podrá requerir la información a la o el interesado, con respecto al domicilio o residencia y otros datos necesarios de quienes deban ser citados.

La o el juzgador convocará a audiencia en un término no menor a diez días ni mayor a veinte días siguientes a la citación. En dicha audiencia, escuchará a los concurrentes y se practicarán las pruebas que sean pertinentes. A continuación, aprobará o negará lo solicitado

Art. 87.- Efectos de la falta de comparecencia a las audiencias. En caso de inasistencia de las partes se procederá de acuerdo con los siguientes criterios:

1. Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono.
2. Cuando la o el demandado o la o el requerido no comparece a la audiencia que corresponda, se continuará con la audiencia y se aplicará las sanciones y efectos, entendiéndose siempre que pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos. Sin embargo, en caso de retraso, se admitirá su participación, tomando la audiencia en el estado en que se encuentre.

Si la o el juzgador dispone de oficio la realización de una audiencia la proseguirá debiendo resolver lo que corresponda conforme con el objeto para el cual la convocó.

EPÍGRAFE IV:

4.1. Los principios notariales

4.1.1.- Legalidad

La norma, en Derecho Público, como es el Notarial, tiene carácter imperativo. Lo dispositivo, propio del principio de autonomía de la voluntad.

Llama la atención que en el ámbito subjetivo del principio de legalidad se olvide siempre al autor regit actum, al Notario en el instrumento público y al Registrador en la calificación y posterior inscripción. Si no se hubiere incurrido en este olvido, la

prudencia de los autores estaría presente, las calificaciones -sea por haberlas citado-serían, en su mayoría, positivas, suspender o denegar la inscripción entraría en el campo de lo excepcional y los fines de interés general quedarían bien evidenciados y garantizados, sin olvidar nunca que la calificación registral es garantía imprescindible de la calidad y legalidad del instrumento público.

El principio de legalidad, en esta dimensión, expresa que el Notario ha de adaptar su conducta -como funcionario del Estado y como profesional del Derecho- a la Ley.

4.1.2. Presencia

El Notario recibe y plasma en el instrumento las declaraciones de voluntad – escrituras y pólizas- y los hechos que ante él se producen –actas-, lo que tradicional y reglamentariamente se dice y conoce como aquello que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos⁸⁹.

En ello consiste la “dación de fe” y la fórmula reglamentaria “Ante mí”, con lo que una manifestación del principio de legalidad queda elevada, por la vía legal que se dirá, a principio autónomo. No es un testigo referencial, es un testigo presencial.

4.1.3. Imparcialidad

La exigencia de la imparcialidad se encuentra en la propia naturaleza de las cosas, “dar fe” es decir una verdad sobre lo que se presencia en directo, la imparcialidad es una consecuencia obligada del carácter del Notario como testigo cualificado y, sobre todo, de su condición de funcionario del Estado así como de su carácter de Director de un proceso de jurisdicción voluntaria⁹⁰. García Aguilar habla del principio de desinterés, el cual apunta a la exigencia que se le hace al notario de que atienda todos los asuntos que se le presentan con similar nivel de profesionalismo,

⁸⁹ Ripoll, A. (16 de Noviembre de 2011). Principios notariales. Recuperado el 10 de Junio de 2015, de notariosyregistradores.com: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2011-principios-notariales.htm>. Pág. 1

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 12.

independientemente del monto de cada uno de los trámites que se efectúen y mantener siempre su imparcialidad⁹¹

4.1.4. Fe Pública

Es un atributo dado por el ordenamiento jurídico a ciertos instrumentos autorizados por quien está investido del poder de otorgarla. La fe pública de una escritura pública tiene que ver con su valor probatorio. El instrumento público que está en condiciones regulares, prueba por sí mismo su carácter de tal. Para invertir esta categorización de la escritura pública hay que llevar adelante un proceso de redargución de falsedad. No es posible destruir la verdad de lo que contiene una escritura pública con la simple prueba en contrario.

La fe pública notarial atañe al contenido del instrumento. Se distingue en este punto el concepto de autenticidad con el de fe pública. Carnelutti define la autenticidad como la correspondencia entre el autor real y el autor aparente. Dice Carnelutti que “la noción de acto auténtico es más amplia que la de acto público, puesto que comprende todo acto cuya autenticidad quede demostrada”⁹². La autenticidad responde a la cuestión del autor del documento, y la del documento dotado de fe pública responde a la cuestión de la veracidad de su contenido. “Las características especiales del autor de una escritura pública, hace que las relaciones jurídicas contenidas en el documento sean ciertas, notas que se manifiestan en el valor probatorio del acto y en su eficacia jurídica”⁹³.

La expresión de los contratantes puede no ser real, sino simulada, pero nada tiene que ver con la fe pública de la escritura pública. La sinceridad de las declaraciones de las partes no es objeto idóneo de fe pública notarial, ni es posible de ser percibida. Es mera interpretación. “Las cuestiones donde hay una interpretación, un juicio, un razonar de conceptos, circunstancias que escapan a los sentidos directos de la vista y

⁹¹ García Manrique, R. (1998). Acerca del valor moral de la seguridad jurídica. Recuperado el 2 de Marzo de 2016, de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/doxa--25/029ec664-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf#page=477>, p. 167.

⁹² Carnelutti, F. (1942). Instituciones del nuevo proceso civil italiano. Barcelona: Bosch. Págs. 45-46.

⁹³ Rodríguez, P. (2010). Fe pública notarial. Recuperado el 11 de Junio de 2015, de colegio-escribanos.org.ar: <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCR1/ARTICULOS/27465.pdf>, pág. 15.

del oído, y para algunos el olfato y el tacto, escapan a la fe pública, y al proceso de redargución de falsedad cayendo por simple prueba en contrario. Es que la fe pública implica un poder delegado del Estado. En este sentido, debe ser limitado, objetivo y restringido”⁹⁴.

El notario hace constar, por sí, la verificación de la documentación que es necesaria para tal o cual acto jurídico. En este caso, es el escribano el que en primera persona habla indicando que se ingresará un impuesto en término de ley, que el reglamento de copropiedad fue inscripto en una fecha y en una matrícula en el Registro de la Propiedad Inmueble, que el derecho real de dominio le corresponde al vendedor en virtud de los antecedentes, que la sociedad está representada por el presidente del directorio, acreditándolo con el acta de asamblea de elección de autoridades. Esta tercera etapa de la escritura es de la autoría del escribano por excelencia, en donde actúa como jurista y como fedatario, y es responsable de lo que atesta como verificado, pero no goza de la fe pública notarial que impone un proceso de redargución de falsedad para hacer caer la enunciación⁹⁵

Pelosi sostiene que es un juicio que emite el escribano derivado de múltiples elementos que forman un complejo de datos que el escribano observa y razona, asesora, opina. Luego de este juicio, atesta sobre distintos aspectos, de representación, impositivo, que requiere el negocio objeto de la escritura pública. Pelosi sostiene que el fundamento para conferir plena fe a esta clase de menciones no radica en la percepción del oficial, sino en las necesidades del tráfico jurídico.

Las necesidades del tráfico jurídico, de la circulación de bienes y servicios en una sociedad, determinan que se extienda la fe pública atribuida a las enunciaciones que deben ser sometidas a un proceso de redargución de falsedad, que son los hechos realizados por el oficial público y los hechos y actos jurídicos percibidos por sus sentidos pasados ante su presencia, a las otras enunciaciones, las de juicio, que contiene el instrumento público para lograrla circulación de los hechos y actos jurídicos contenidos en el documento público notarial. Esto tiene que ver con una cuestión práctica, de "presunción de verdad" de lo que no necesita ser sometido a un

⁹⁴ *Ibidem.*, pág. 15.

⁹⁵ *Ibid.*, pág. 16.

proceso de redargución de falsedad para caer, y eminentemente de "circulabilidad de los derechos y documentos", y demuestra, por otra parte, la labor del notario como un complejo de deberes a cumplir. Demuestra la doble faz como profesional del derecho, como asesor y jurista, y la labor como fedatario, agente investido de una función pública. Pelosi encuadra dentro de esta fe pública que no requiere de un proceso de redargución de falsedad, la fe de conocimiento, que correspondería a la primera etapa de la escritura, debido a que es un juicio de valor el conocimiento de una persona.

4.2. El Principio de Celeridad Procesal

La celeridad procesal no es un principio abstracto, muy por el contrario, es el alma del servicio de justicia. La existencia del debido proceso se debe obligatoriamente a la existencia de una justicia que no puede y no debe prolongar innecesariamente el litigio; puesto que "la sociedad debe recomponer su paz a por medio del proceso en el más breve plazo; y es de su interés que el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica se dilucide prontamente"⁹⁶. Esta situación de hecho se encuentra reconocida constitucionalmente en el derecho comparado y en nuestro proyecto constitucional y resulta también una garantía protegida a nivel supranacional de hecho, sin celeridad procesal, o mejor dicho, con las indebidas dilaciones que se producen a lo largo del proceso, resulta imposible lograr paz social. En tal sentido, la búsqueda de la paz social en justicia parte desde el hecho de apaciguar el litigio antes que profundizarlo.

El tema celeridad procesal mantiene vinculación con la modernización del trámite procesal. "No se trata solamente de una cuestión técnica de procedimientos, definición de competencias y tantas otras medidas con respecto a la duración de plazos procesales"⁹⁷. La celeridad procesal está vinculada, antes de todo, a la esencia de los derechos humanos. Esto porque la vida humana es breve y los conflictos

⁹⁶ Canelo, R. (2006). La celeridad procesal, nuevos desafíos: Hacia una reforma integral del proceso civil en busca de la justicia pronta. Recuperado el 11 de Junio de 2015, de [congreso.gob.pe: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AFD8117BA4D5B7CF05257A7E0077571D/\\$FILE/2006_CaneloRaul.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AFD8117BA4D5B7CF05257A7E0077571D/$FILE/2006_CaneloRaul.pdf). Pág. 1.

⁹⁷ Callegari, J. (2011). Celeridad procesal y razonable duración del progreso. Revista Derechos y Ciencias Sociales, 114-129. Recuperado el 12 de Junio de 2015, de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/15288/Documento_completo.pdf?sequence=1, pág. 115.

sociales deben ser solucionados lo más temprano posible para que el Derecho cumpla su función de “estabilizador de expectativas individuales y colectivas”⁹⁸. Es importante señalar que la celeridad procesal está presente en pautas como reforma y gestión eficiente del sistema judicial dentro del contexto de reformas del Estado.

4.2.1. Concepto

La celeridad deriva del latín *celeritas*, y significa prontitud, rapidez y velocidad⁹⁹. A partir de esta significación, se puede conceptualizar a la celeridad procesal como: la prontitud de la justicia a por medio de la rapidez y velocidad del proceso; éste último concebido como un sistema de garantías. El principio de celeridad procesal es el reflejo de la colaboración que deben otorgarse las partes en el impulso del litigio. De todos los principios que definen a un sistema procesal, señala XXX, los más relevantes son “la probidad, la celeridad y la verdad”¹⁰⁰

4.2.2. Base legal

Entendiendo el principio de celeridad procesal no como un derecho individual de la persona humana, sino como un instrumento de tutela con rango constitucional que garantiza a todas aquellas personas que concurren ante los órganos de justicia equitativa, expedita, sin dilataciones indebidas sin formalismos o reposiciones conforme lo estipula el Artículo 169 de nuestra carta magna que garantiza la rapidez del proceso:

“Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía

⁹⁸ *Ibíd.*, pág. 116.

⁹⁹ Ostos, G. (2010). Incumplimiento del principio de celeridad procesal. Recuperado el 12 de Junio de 2015, de ayudalegalonline.com: http://www.ayudalegalonline.com/Articulos/Incumplimiento_Celeridad.html

¹⁰⁰ (Puppio, 2008, p. 182)

procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”¹⁰¹.

4.3. El Principio de Seguridad Jurídica

4.3.1. La Seguridad Jurídica

La seguridad es un concepto complejo. La relación existente entre seguridad y libertades propia del Estado de Derecho ha sido analizada por la doctrina constitucionalista. Para lo cual se han fijado los límites del Estado de Derecho a las medidas estatales de seguridad. Pero la seguridad comprende otros aspectos que “prima facie” sólo de forma indirecta se han puesto en conexión con la seguridad física, pero cuyo papel al respecto no puede pasarse por alto. Así, la generación de seguridad, el forzar la paz, tiene también un trasfondo económico. En el recorrido que va de la transición de la sociedad agraria a la sociedad mercantil surgió esta nueva necesidad, económicamente basada, de seguridad. Se partió de los comerciantes que se habían establecido y se dirigió a la venta de bienes y mercancías en mercados mayores que los mercados fuertemente limitados espacialmente, dispersos y puestos a la disposición de los numerosos señores medievales. Se destaca la importancia de la seguridad jurídica interna para el desarrollo de un país y la garantía de la seguridad jurídica como tarea estatal básica¹⁰².

La seguridad jurídica consiste en la certeza en relación al contenido de las normas jurídicas vigentes y sobre el hecho de que las normas jurídicas sean aplicadas de acuerdo a su contenido. La seguridad jurídica también puede definirse como el hecho que las decisiones de los tribunales resulten previsibles hasta cierto grado y, por

¹⁰¹ Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Recuperado el 2 de Noviembre de 2014, de [asambleanacional.gov.ec](http://www.asambleanacional.gov.ec): http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

¹⁰² Lösing, N. (2002). Estado de derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico, 273–298. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1975583.pdf>

tanto, calculables, de tal manera que los individuos sujetos al derecho puedan guiarse en su conducta, “según las decisiones judiciales previsibles”¹⁰³

Se distinguen dos acepciones básicas para el término seguridad jurídica:

“1º) exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico por medio de sus normas e instituciones a la cual llama de seguridad stricto sensu, y 2º) faceta subjetiva, que se presenta como certeza del Derecho; es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva que requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios, algo que se realiza por adecuados medios de publicidad, para que el sujeto de un ordenamiento jurídico sepa con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido”¹⁰⁴.

La seguridad jurídica se refiere a las situaciones completas de los particulares dentro del orden del derecho. Este debe proporcionar seguridad al individuo en el sentido de que en todo momento sepa con entera claridad hasta dónde llega su esfera de actuación jurídica y donde empieza la de los demás, que conozca con plena certeza a lo que le compromete una declaración de voluntad, y en general, las consecuencias de cualquier acto que él o los demás realicen en la órbita del derecho; que pueda prever con absoluta certidumbre los resultados de la aplicación de una norma, en fin, que en todo instante pueda contemplar deslindados con perfecta nitidez, los derechos propios y los ajenos¹⁰⁵.

Por supuesto que lo descrito es un ideal utópico para cuya efectividad se requeriría un ordenamiento de una perfección técnica incompatible con la falibilidad de toda obra humana: es evidente que en todo derecho existen imperfecciones, imprevisiones del legislador, lagunas y contradicciones, pero también hay normas que no realizan con plenitud los debidos ideales de justicia y no por eso deben condenarse el

¹⁰³ García Manrique, R. (1998). Acerca del valor moral de la seguridad jurídica. Recuperado el 2 de Marzo de 2016, de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/doxa--25/029ec664-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf#page=477>, p. 483.

¹⁰⁴ Ortega, R., Crespo, E., Torregrosa, R., Samper, E., Rivero, E., Aquino, J., & Rueda, F. (2003). El Estado de Derecho Latinoamericano: Integridad económica y Seguridad jurídica en Iberoamérica. Salamanca: Universidad de Salamanca, pág. 122.

¹⁰⁵ García, J. (18 de Abril de 2013). La seguridad jurídica. Recuperado el 16 de Junio de 2015, de blogs.udla.edu.ec: <http://blogs.udla.edu.ec/igualdadyjusticia/2013/04/18/seguridad-juridica/>

ordenamiento en su conjunto como incapaz de realizar aquel valor. Lo que interesa es que el derecho, aparte de sus inevitables fallos, “tienda a la creación de una seguridad para el particular que se acoja a sus normas, de manera que nunca pueda ser sorprendido por un resultado imprevisible con arreglo al propio ordenamiento”¹⁰⁶.

La seguridad jurídica, tal como apunta Lösing¹⁰⁷, no debe ser entendida exclusivamente como una tarea que le compete al Estado, sino que además se constituye en un motivo para la formación del Estado. Es importante reiterar que la finalidad de la seguridad del Estado consiste en proteger a los ciudadanos del poder privado.

La finalidad del derecho debe que ser la supresión de toda situación dudosa o imprecisa y su sustitución por situaciones netas y definidas. A procurarlas en casos concretos irán dirigidas a normas determinadas, pero la finalidad de creación de seguridad jurídica para el particular está representada por una porción de principios de carácter general existentes en todos los ordenamientos: tales son, entre otros, “el de inexcusabilidad del cumplimiento de la Ley, independiente de su conocimiento y el de la fuerza de la cosa juzgada, el de la protección posesoria y el que inspira a la institución de la usucapión”¹⁰⁸.

El gobierno del Estado puede ser calificado de eficiente cuando es capaz de garantizar el desenvolvimiento estable de las libertades; un buen gobierno es aquel que asegura el orden en la ejecución de los derechos y prerrogativas del ciudadano, al mismo tiempo que genera oportunidades para todos los miembros de una comunidad organizada; que se enfoca en restablecer los equilibrios en el momento en que estos se ven trastocados; y, finalmente, aquellos que son precavidos con respecto al futuro y que saben proporcionar información pertinente y segura a los agentes productivos del país¹⁰⁹

¹⁰⁶ Macchiavello, A. (1974). *Materiales para un estudio del fenómeno jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pág. 258.

¹⁰⁷ Lösing, N. (2002). Estado de derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico, 273–298. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1975583.pdf>

¹⁰⁸ Forrero, J. (1993). *Los derechos fundamentales y su desarrollo jurisprudencial*. Texas: Editextos. Pág. 63.

4.3.2.- La Seguridad Jurídica de acuerdo a la Jurisprudencia Internacional.

Jorge Millas, citado por Madariaga¹¹⁰, entiende a la seguridad jurídica en la situación particular del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando dichas relaciones se encuentran previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado. Consistiría en el requerimiento de toda sociedad moderna y libre para desarrollarse de manera racional, otorgando estabilidad a los agentes productivos y certeza a los individuos acerca de cuáles son sus derechos y cuáles sus obligaciones. Es la característica distintiva de la civilización actual. La seguridad sería el resultado de un orden jurídico pleno, así como de la ordenación de la vida jurídica en todos sus aspectos, considerando principios normativos fundamentales que se constituyen en instituciones que independientes de todo contenido concreto y de toda finalidad económica, política, cultural, religiosa o laica previamente determinada, suministran técnicamente a la seguridad jurídica.

Las condiciones que debe cumplir un ordenamiento positivo para generar una seguridad jurídica real, según Madariaga¹¹¹, son:

- a) Inexcusabilidad u obligatoriedad absoluta de cumplimiento de Derecho.
- b) Existencia de reglas de prefiguración de la licitud;
- c) Irretroactividad de los preceptos jurídicos;
- d) Existencia de normas autorreguladoras de la creación del Derecho;
- e) Vinculación del órgano público a las normas jurídicas, lo que implica el rechazo de la arbitrariedad y la consagración de un Estado de derecho;
- f) Reconocimiento de la fuerza de cosa juzgada; y
- g) Prescripción¹¹².

La seguridad jurídica refiere a la certeza de que la situación jurídica de un individuo solo puede ser modificada por medio de procedimientos fijados en un orden normativo. Consiste en la garantía otorgada al individuo de que “su persona, sus

¹⁰⁹ Madariaga, M. (1993). Seguridad Jurídica y administración pública en el siglo XXI. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

¹¹⁰ Madariaga, M. (1966). Seguridad Jurídica y Administración pública en el siglo XXI. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibid.*, pág. 35.

bienes, sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad protección y reparación”¹¹³. Esta definición comprende una postura amplia que conlleva a garantizar no únicamente que el Estado va a actuar de acuerdo el orden jurídico, sino que, a su vez, no permitirá que ocurran ataques violentos de terceros que afecten la seguridad pública.

“La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica”¹¹⁴. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se adquiere dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley.

La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. “Si en virtud de su autonomía, cada juez posee la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley”¹¹⁵.

En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con:

“...la buena fe, (...) garantía solo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de

¹¹³ González, S., López, E., & Yáñez, A. (1994). Seguridad pública en México. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 16.

¹¹⁴ Salinas, M. (2012). El precedente en la doctrina judicial sobre la sustitución constitucional. *Iter Ad Veritatem*(10). Recuperado el 2 de Junio de 2015, de http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CDQQFjAEahUKewjqre22iJXGAhWCX4wKHV66DnM&url=http%3A%2F%2Frevistas.ustatunja.edu.co%2Findex.php%2Fiaveritatem%2Farticle%2Fdownload%2F561%2F381&ei=w4iAVarAJ4K_sQTe9LqYBw&usg=AFQjCNGi8Q0csvH

¹¹⁵ García, J. (18 de Abril de 2013). La seguridad jurídica. Recuperado el 16 de Junio de 2015, de [blogs.udla.edu.ec: http://blogs.udla.edu.ec/igualdadyjusticia/2013/04/18/seguridad-juridica/](http://blogs.udla.edu.ec/igualdadyjusticia/2013/04/18/seguridad-juridica/)

fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*¹¹⁶.

El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además “la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme”¹¹⁷.

El análisis de la actividad del Estado como administrador de justicia no se agota en el juicio sobre la legalidad de cada decisión tomada como un acto jurídico individual, pues no se trata de hacer un estudio sobre la validez de la sentencia, sino de la razonabilidad de una conducta estatal, entendida ésta en “términos más amplios, a partir de los principios de continuidad y de unidad de la jurisdicción”¹¹⁸.

Hay que considerar lo dispuesto en la Constitución de la República, no solamente el Art. 82, sino también el Art. 184, cuyo No. 2 señala: “Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentados en los fallos de triple reiteración” como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia, y además el Art. 185 que dispone:

“Art. 185.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que esta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su

¹¹⁶ Martínez, T. (2010). El divorcio en el derecho boliviano. En Á. Acedo, & L. Pérez, El divorcio en el derecho iberoamericano (págs. 102-122). Buenos Aires: Temis.

¹¹⁷ García, J. (18 de Abril de 2013). La seguridad jurídica. Recuperado el 16 de Junio de 2015, de blogs.udla.edu.ec: <http://blogs.udla.edu.ec/igualdadyjusticia/2013/04/18/seguridad-juridica/>

¹¹⁸ *Ibidem*.

conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria”¹¹⁹.

La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente “se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala”¹²⁰.

4.3.3. Importancia de la Seguridad Jurídica.

De lo anotado en líneas anteriores se desprende que la seguridad jurídica es “el requerimiento de toda sociedad moderna y libre para desenvolverse racionalmente dando estabilidad a los agentes productivos”¹²¹, y certeza a los individuos acerca de cuáles son sus derechos y cuáles son sus deberes; pues la seguridad jurídica exige la previsión de una respuesta conforme a derecho para los diferentes conflictos que se suscitan en la convivencia humana; pues solo de esta manera se produce estabilidad, que a la final es conseguir la fidelidad al principio de legalidad.

¹¹⁹ Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Recuperado el 2 de Noviembre de 2014, de [asambleanacional.gov.ec](http://www.asambleanacional.gov.ec):

http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

¹²⁰ Corte Nacional de Justicia. (20 de Mayo de 2009). Sorteo interno de causas para determinar juez ponente. Recuperado el 1 de junio de 2015, de [cortenacional.gob.ec](http://www.cortenacional.gob.ec):

http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/13%20Jueces%20ponentes.pdf

¹²¹Flores, B. (16 de Abril de 2013). La seguridad jurídica en el Ecuador. Obtenido de Palestra jurídico: <http://palestrajuridico.blogspot.com/2013/04/la-seguridad-juridica-en-el-ecuador.html>.

Conclusiones parciales del capítulo:

En este primer capítulo se ha realizado la recolección de la información bibliográfica sobre lo que es el divorcio y, en especial, el divorcio por mutuo consentimiento, sobre cuyo trámite actualmente posee competencia el Notario, al habersele asignado esta función, sobre todo para descongestionar este proceso dentro de los Juzgados de lo Civil, hoy Unidades de la familia, mujer, niñez y adolescencia, pero también sobre la posibilidad de que este mismo funcionario tenga la facultad para regular la situación jurídica de los hijos menores de edad.

CAPÍTULO II

MARCO METODOLÓGICO Y DESARROLLO DE LA PROPUESTA

2.1. Caracterización del Problema

- a) Congestionamiento en el trámite de los procesos por divorcio en los Juzgados de lo Civil, hoy Unidades de la familia, mujer, niñez y adolescencia.
- b) Falta de celeridad procesal en los procesos de regulación de la situación de los hijos menores de edad.
- c) Imposibilidad de garantizar seguridad jurídica a los usuarios.

2.2. Descripción del procedimiento metodológico

2.2.1. Modalidad de la investigación

La investigación fue cuali-cuantitativa. Cualitativa porque ayudó a entender el fenómeno jurídico y sus características. Cuantitativa porque para la investigación de campo se utilizó la estadística descriptiva.

2.2.2. Tipo de investigación

El presente trabajo investigativo se fundamentó en el Tipo de Investigación No Experimental de tipo horizontal, ya que dentro de la investigación, se pretendió lograr el control y validez entre los grupos participantes en el universo y muestra, para medir la intervención de la variable independiente y los efectos de la variable dependiente, determinadas dentro de la investigación.

2.2.3. Métodos Técnicas e Instrumentos

2.2.3.1. Métodos

Inductivo – deductivo.- Permitió lograr los objetivos propuestos y ayudó a verificar las variables planteadas, para el efecto se realizó un análisis particular hasta llegar a conclusiones generales; y, en forma viceversa.

Analítico – sintético.- Este método hizo posible la comprensión de todos los hechos casos e ideas a lo largo de la presente investigación.

Histórico – lógico.- Permitió analizar científicamente los hechos, ideas del pasado, comparándolo con acontecimientos actuales.

2.2.3.2. Técnicas

Encuestas: Se realizó a los profesionales del Derecho inscritos en el Foro de Abogados de Cañar, a fin de conocer sus expectativas.

2.2.3.3. Instrumentos

Cuestionario de preguntas

2.2.4.- Población y Muestra

Los estratos que se seleccionó fueron los siguientes:

| COMPOSICIÓN | CANTIDAD |
|--|----------|
| Abogados en Libre Ejercicio inscritos en el Foro del Cañar | 2.800 |
| TOTAL | 2.800 |

Para obtener la muestra se aplicó la siguiente fórmula:

$$n = \frac{N}{(E)^2 (N-1) + 1}$$

n = Tamaño de la muestra

N = Población o Universo

E= Margen de error

$$n = \frac{2.800}{(01)^2 (2.800-1) + 1}$$

$$n = \frac{2.800}{0.01 (2.799) + 1}$$

$$n = \frac{2.800}{28.99} = 96,58$$

n = 97 Abogados en libre ejercicio

2.2.5. Análisis de la encuesta dirigida a los Abogados inscritos en el Foro del Cañar

Pregunta No. 1.- ¿El Notario tiene facultades para realizar el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento cuando no existen hijos menores de edad o bajo dependencia de los cónyuges?

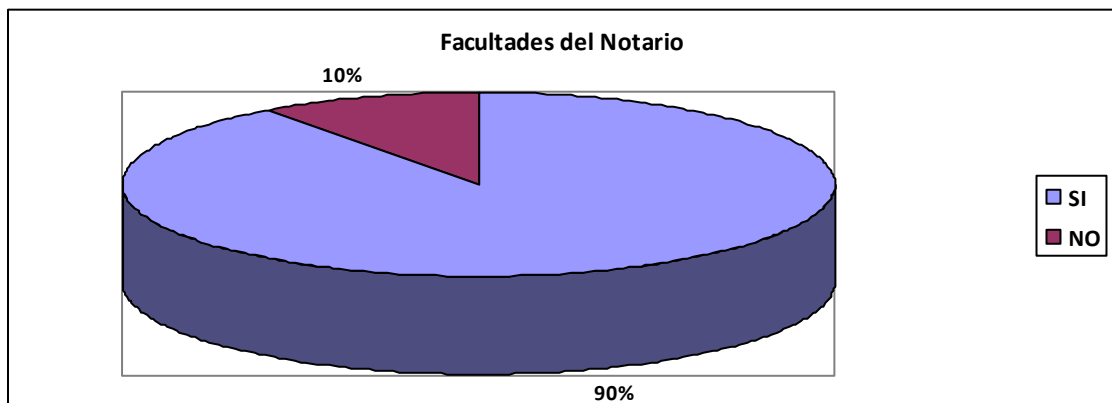
Tabla No. 1

| a | f | fa | fr |
|-------|---|----|------|
| SI | | 87 | 90% |
| NO | | 10 | 10% |
| Total | | 97 | 100% |

Fuente: Encuesta

Realizado por: Dr. Humberto Molina Gárate

Gráfico No. 1



Fuente: Encuesta

Realizado por: Dr. Humberto Molina Gárate

Análisis e Interpretación

El 90% dice que sí conoce la facultad del Notario y el 10% que no.

Por lo tanto la mayoría de los encuestados saben que una de las facultades del Notario es la de poder realizar los procesos por divorcio en caso de mutuo consentimiento de las partes.

Pregunta No. 2.- ¿Al haberse otorgado la facultad al Notario para sustanciar el divorcio por mutuo consentimiento cuando no hay hijos menores de edad o bajo dependencia de los cónyuges, se descongestionan los Juzgados Civiles, hoy Unidades de la Familia, Niñez y Adolescencia?

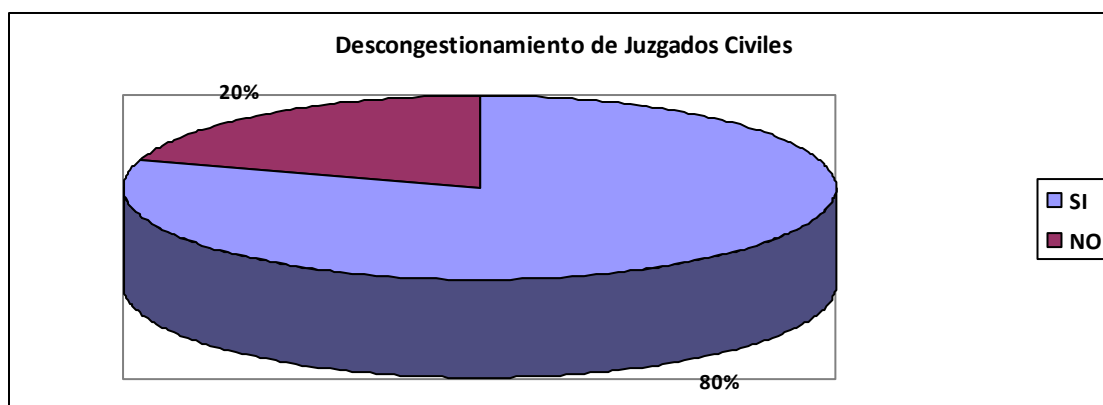
Tabla No. 2

| a | f | fa | fr |
|-------|---|----|------|
| SI | | 78 | 80% |
| NO | | 19 | 20% |
| Total | | 97 | 100% |

Fuente: Encuesta

Realizado por: Dr. Humberto Molina Gárate

Gráfico No. 2



Fuente: Encuesta

Realizado por: Dr. Humberto Molina Gárate

Análisis e Interpretación

El 80% dice que sí conoce la facultad del Notario y el 20% que no. Se puede interpretar que los encuestados si consideran que al haber cedido esta facultad a los Notarios, se está dando una gran ayuda a los Juzgados de lo Civil, para evitar el congestionamiento de procesos que dilatan los términos y plazos determinados en la Ley.

Pregunta No. 3.- ¿Las facultades que constituyen el ejercicio de la función notarial, es una prerrogativa del poder público?

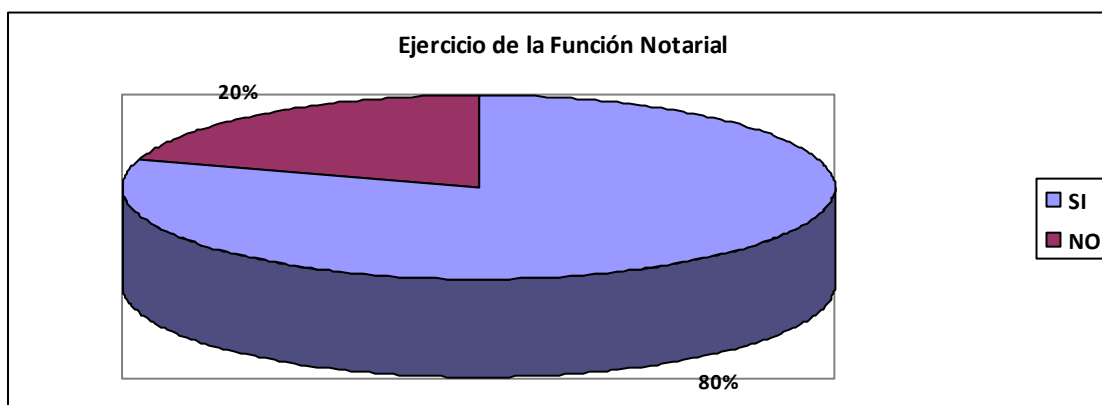
Tabla No. 3

| a | f | fa | fr |
|-------|---|----|------|
| SI | | 78 | 80% |
| NO | | 19 | 20% |
| Total | | 97 | 100% |

Fuente: Encuesta

Realizado por: Dr. Humberto Molina Gárate

Gráfico No. 3



Fuente: Encuesta

Realizado por: Dr. Humberto Molina Gárate

Análisis e Interpretación

El 80% dice que sí conoce la facultad del Notario y el 20% que no. Se puede interpretar que los encuestados consideran que las facultades que constituyen el ejercicio de la función notarial, es una prerrogativa del poder público, puesto que es el Estado quien a través del Notario brinda Fe Pública de los actos y contratos celebrados en su presencia o certificados.

Pregunta No. 4.- ¿El Notario, es un magistrado, representante del poder público, obligado y capaz de recibir y dar forma a cuanta manifestación jurídica surja de la vida de relación contractual?

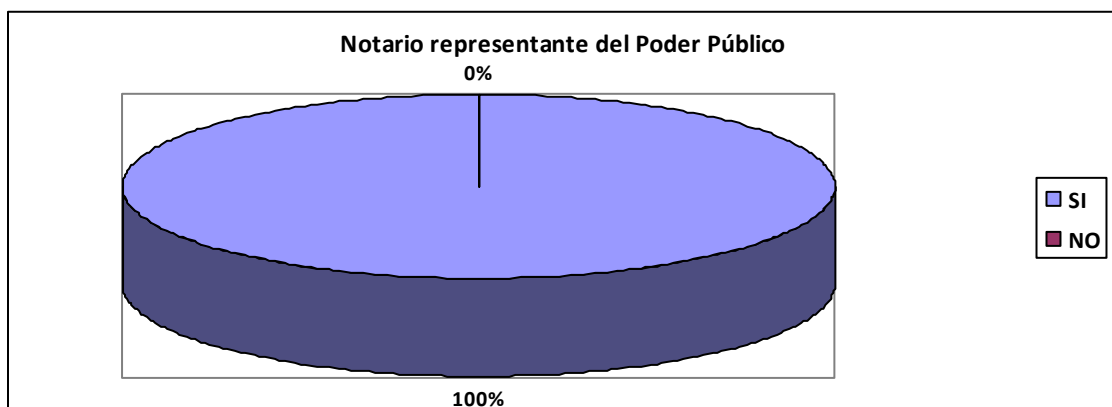
Tabla No. 4

| a | f | fa | fr |
|-------|---|----|------|
| SI | | 97 | 100% |
| NO | | 0 | 0% |
| Total | | 97 | 100% |

Fuente: Encuesta

Realizado por: Dr. Humberto Molina Gárate

Gráfico No. 4



Fuente: Encuesta

Realizado por: Dr. Humberto Molina Gárate

Análisis e Interpretación

La totalidad de los están de acuerdo en que el Notario, es un magistrado, representante del poder público, obligado y capaz de recibir y dar forma a cuanta manifestación jurídica surja de la vida de relación contractual, ya que es un Funcionario Público, representante del Estado.

Pregunta No. 5.- ¿En las Unidades de la Familia, Niñez y Adolescencia se evidencia congestión de procesos de divorcios por mutuo consentimiento, de matrimonios que tienen hijos menores de edad en favor de los cuales sus padres han acordado sobre la tabla de alimentos y visitas?

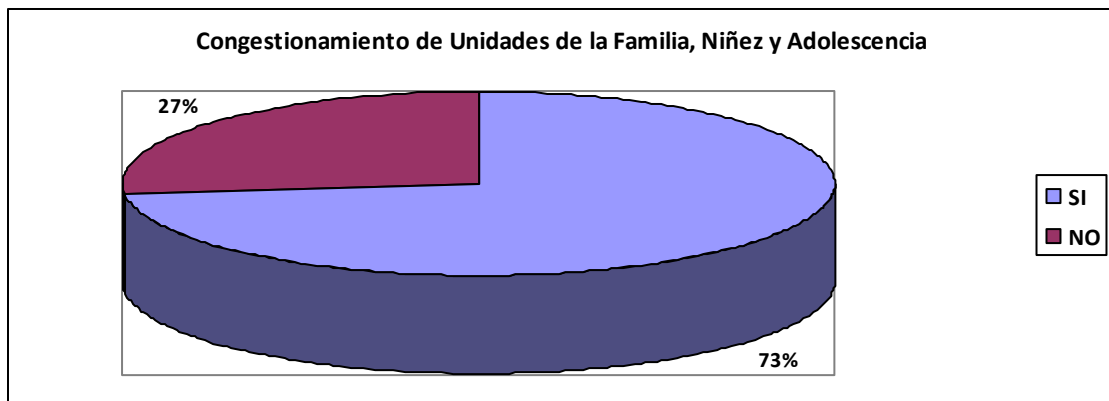
Tabla No. 5

| a | f | fa | fr |
|-------|---|----|------|
| SI | | 71 | 73% |
| NO | | 26 | 27% |
| Total | | 97 | 100% |

Fuente: Encuesta

Realizado por: Dr. Humberto Molina Gárate

Gráfico No. 5



Fuente: Encuesta

Realizado por: Dr. Humberto Molina Gárate

Análisis e Interpretación

El 73% dice que existe congestiónamiento y el 27% que no. De los encuestados la mayoría evidencia y ha tenido experiencias de congestiónamiento y dilatación de las causas por divorcios de mutuo acuerdo en las Unidades de la Familia, Niñez y Adolescencia, mientras que una minoría dice que siempre sus procesos han sido tramitados con celeridad.

Pregunta No. 6.- ¿Son aplicados en las diferentes Unidades de Familia, Niñez y Adolescencia los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica en los trámites de divorcio consensual cuando en el matrimonio existen hijos menores de edad?

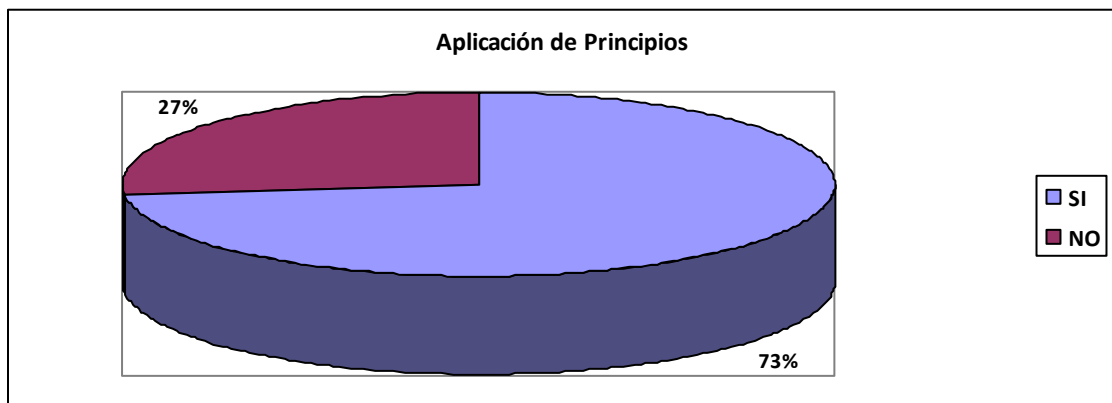
Tabla No. 6

| a | f | fa | fr |
|-------|---|----|------|
| SI | | 26 | 27% |
| NO | | 71 | 73% |
| Total | | 97 | 100% |

Fuente: Encuesta

Realizado por: Dr. Humberto Molina Gárate

Gráfico No. 6



Fuente: Encuesta

Realizado por: Dr. Humberto Molina Gárate

Análisis e Interpretación

El 73% dice que no se aplica y el 27% que sí. Existe entre los encuestados, diferentes opiniones en cuanto a la aplicación de los principios, puesto que al estar congestionados los procesos, no se aplican, mientras que otros dicen lo contrario y opinan que sí se aplica la celeridad procesal.

Pregunta No. 7.- ¿Está de acuerdo con la elaboración de un Anteproyecto de Ley Reformatorio a la Ley Notarial, que faculta a los notarios divorciar por mutuo consentimiento cuando los cónyuges hayan arreglado previamente la situación de sus hijos menores o bajo su dependencia, se garantizará los principios de celeridad y seguridad jurídica?

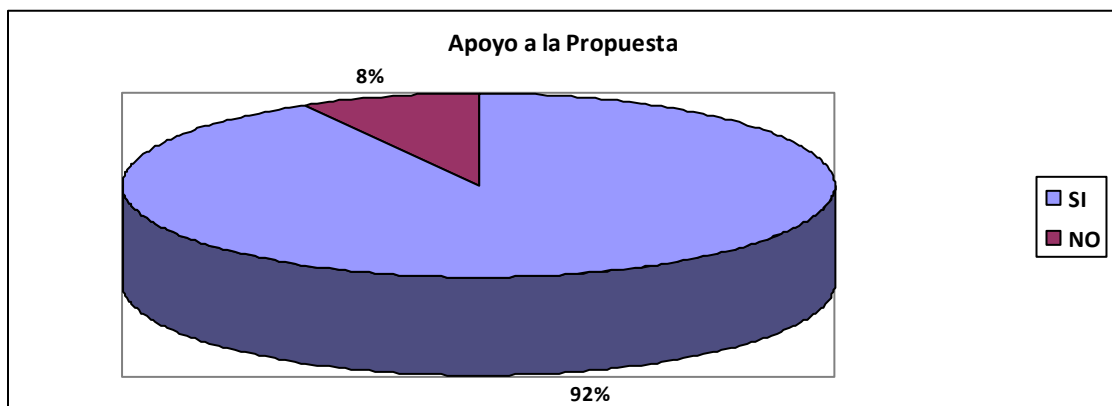
Tabla No. 7

| a | f | fa | fr |
|-------|---|----|------|
| SI | | 89 | 92% |
| NO | | 8 | 8% |
| Total | | 97 | 100% |

Fuente: Encuesta

Realizado por: Dr. Humberto Molina Gárate

Gráfico No. 7



Fuente: Encuesta

Realizado por: Dr. Humberto Molina Gárate

Análisis e Interpretación

El 92% dice que si y el 8% que no. La mayoría de los encuestados apoya la moción de la elaboración de un Anteproyecto de Ley Reformatorio a la Ley Notarial, que faculta a los notarios divorciar por mutuo consentimiento cuando los cónyuges hayan arreglado previamente la situación de sus hijos menores o bajo su dependencia, se garantizará los principios de celeridad y seguridad jurídica.

2.3. Propuesta

2.3.1. Tema

Anteproyecto de ley reformativa a la Ley Notarial para regular la situación de los hijos menores de edad en el divorcio por mutuo consentimiento

2.3.2. Situación actual

Según el Art. 18, numeral 22, es atribución exclusiva de los notarios:

“Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los cónyuges expresarán en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición, lo previsto en el artículo 107 del Código Civil. El notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse. El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva; el Registro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, que deberá ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo. El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición. Los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales. De no realizarse la audiencia en la fecha designada por el notario, los cónyuges podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, debiendo cumplirse dentro del término de 10 días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, el notario archivará la petición...”

2.3.3. Desarrollo

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR



CONSIDERANDO

Que, la Constitución de la República del Ecuador, prescribe en su artículo 227, que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación;

Que, la Convención de los Derechos del Niño determina en su Art. 27, que los estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado, para su desarrollo físico, mental, espiritual y social.

Que, el Ecuador aplica el divorcio por mutuo consentimiento ante el Notario en aplicación de la promulgación de la ley reformativa a la Ley Notarial publicada en el Registro Oficial No 406 del 28 de noviembre del 2006, en su Art. 18 numeral 22 se otorgan atribuciones exclusiva a los Notarios, de divorciar por mutuo consentimiento, cuando los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia; sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los Jueces de lo Civil, hoy Unidades de la Familia, Niñez y Adolescencia; y

QUE, en uso de las atribuciones determinadas en la Carta Magna:

EXPIDE:

La siguiente reforma A LA LEY NOTARIAL

Artículo 1: Sustitúyase el Artículo 18 numeral 22 de la Ley Notarial, por el siguiente:

“22.- Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, incluso en los casos en que los cónyuges tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia, y se encuentre

arreglada sobre la tenencia, alimentos y visitas por un Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. Para el efecto, los cónyuges expresarán en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición, lo previsto en el artículo 107 del Código Civil. El notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse. El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva; el Registro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, que deberá ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo. El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición. Los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales. De no realizarse la audiencia en la fecha designada por el notario, los cónyuges podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, debiendo cumplirse dentro del término de 10 días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, el notario archivará la petición.”

Dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional del Ecuador, a los veinte días, del mes de septiembre, del año dos mil dieciséis.

LA PRESIDENTA

2.4.- Conclusiones parciales del capítulo

Poder determinar nuevas atribuciones a los Notarios en casos de regulación de la situación jurídica de los menores de edad en casos de procesos de divorcio por mutuo consentimiento, garantizará el cumplimiento de la celeridad procesal y seguridad jurídica, debido al congestionamiento y por consiguiente la demora en la tramitación dentro de los Juzgados de lo Civil, hoy Unidades de la Familia, Niñez y Adolescencia, se trata de una medida acertada, puesto que así los usuarios tendrán garantías de lograr un proceso ágil y justo.

CAPÍTULO III

VALIDACIÓN Y/O EVALUACIÓN DE RESULTADOS DE SU APLICACIÓN

3.1.- Procedimiento de la aplicación de los resultados de la investigación.

- a) Se planteó la encuesta en base al Cuestionario de preguntas para aplicar a la muestra participante.
- b) El cuestionario se distribuyó entre los participantes para que procedan a dar respuesta a las interrogantes.
- c) Se realizó la debida tabulación de las encuestas.
- d) Luego de obtenidos los resultados se procedió a presentar los datos en forma estadística y a realizar su análisis e interpretación.
- e) De acuerdo a los datos obtenidos y de su análisis e interpretación, se planteó la propuesta sobre la reforma a la Ley Notarial, la misma que deberá canalizarse para que los Asambleístas del Cañar pongan en conocimiento de la Asamblea Nacional.

3.2.- Validación de la Propuesta

Azogues, 19 de Diciembre de 2016

Señores

UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES “UNIANDES”.

Ambato.

De mis consideraciones:

En atención a petitorio formulado por el señor Dr. Humberto Molina Gárate, sobre la propuesta de ampliación de la competencia a los Notarios, para resolver la situación jurídica de los hijos, en los divorcios por mutuo consentimiento, como fundamento principal, para obtener el título de Magister en Derecho Notarial y Registral, con el estudio titulado “La regulación de la situación de los hijos menores de edad en el divorcio por Mutuo Consentimiento, y en cumplimiento de los principios de celeridad

procesal y seguridad Jurídica”, me permito a continuación emitir mi criterio de valoración sobre la mencionada tesis:

De siempre las relaciones de familia han interesado vivamente a las personas y han atraído la atención general en cuanto a su regulación, administración y Juzgamiento, como algo de interés público y social, conjugándose en todo ello, los sentimientos, ideas, valores, tradiciones y prejuicios de toda índole de la sociedad . En una u otra forma, abierta o soslayadamente en tales relaciones se cifran el mantenimiento y la conservación de la familia y la sociedad, al propio tiempo que su evolución y progreso.

En los últimos años se han presentado casi en todos los países, enmiendas o reformas más o menos profundas, de derecho de familia y donde no han ocurrido aún, la legislación busca un avance, en el marco de principios universales aplicables al derecho.

Nuestro ordenamiento jurídico, dentro de las causas de terminación del matrimonio ha establecido el divorcio, como la disolución o terminación del vínculo matrimonial entre los cónyuges, el que tiene que ser legalmente declarado por la autoridad competente, ya sea por mutuo consentimiento, o por una de las causales previstas en el Art. 110 del Código Civil. El divorcio “se declara” por cuanto no se trata de una sentencia constitutiva, sino es una declaración que modifica el estado civil de las personas.

Los efectos del divorcio son independientes de la causa que ha generado la ruptura matrimonial, el artículo 169 de la constitución de la República, prescribe, “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de solemnidades”; si bien se puede entender que el fin primordial de la administración de justicia es el de buscar la paz social, lo que le logra con la rapidez en la terminación de los juicios, y no en el estricto cumplimiento de reglas o trámites procesales que dejarían que los conflictos se hagan in

terminables, inciertos e inacabados so pretexto de cumplir con todas las formalidades que prevé la ley procesal para la tramitación de un juicio. Teniendo como punto de partida la normativa Constitucional, podemos afirmar que en el tema en estudio, no es un obstáculo o impedimento que el divorcio por mutuo consentimiento que conocen los Notarios, no se pueda acordar en forma satisfactoria sobre la situación en la que han de quedar los hijos luego del divorcio de sus padres.

Sobre el tema en estudio, de acuerdo con el numeral 5 del Art. 38 del Código Orgánico de la Función Judicial, el sistema Notarial, en nuestro país, está concebido como un órgano auxiliar de la Función Judicial, y los Notarios, tienen que sujetarse estrictamente a la Ley Notarial; y en la especie, sobre el tema que es materia de investigación, tiene que abrirse un debate amplio, respecto de que se les otorgue a los Notarios la potestad de conocer divorcios consensuales en los que haya que solucionar la situación de los hijos, en virtud de que en aquellos casos, tiene que ser el Juez competente, el que conozca y resuelva el divorcio , precisamente, por los incidentes posteriores que puedan presentarse, respecto al cuidado, tenencia y situación económica de los hijos.

DR. VICTOR ZAMORA ASTUDILLO

PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL CAÑAR.

3.3.- Conclusiones parciales del capítulo

Es evidente que se ha podido a través de los resultados de la encuesta realizada, comprobar la idea a defender, ya que en un 90% los encuestados apoyan la Propuesta de Reformar la Ley Notarial, para permitir que en los casos de divorcio por mutuo consentimiento, también se faculte al Notario, con una reforma al Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial, para que se declare el divorcio consensual siempre que los padres hayan acordado sobre la tenencia, alimentos y régimen de visitas de sus hijos menores de edad.

CONCLUSIONES GENERALES

Los diferentes sectores de la sociedad, sobre todo en el sistema latino, estiman que la participación del notario es fundamental para el normal desenvolvimiento de los actos y contratos que llevan a cabo los particulares entre sí, o del Estado con los particulares.

En el Ecuador, se aplica el divorcio por mutuo consentimiento ante el notario en aplicación de la promulgación de la ley reformativa a la Ley Notarial publicada en el Registro Oficial No 406 del 28 de noviembre del 2006, en su Art. 18 numeral 22 se otorgan atribuciones a los notarios, de divorciar por mutuo consentimiento, cuando los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia; sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los jueces de lo civil, hoy Unidades de la Familia, Niñez y Adolescencia.

En los Juzgados de lo Civil se evidencia el congestionamiento del proceso debido a las muchas incompatibilidades para llegar a un acuerdo entre las partes sobre la situación de los hijos luego del divorcio.

Poder determinar nuevas atribuciones a los Notarios en casos de regulación de la situación jurídica de los menores de edad en casos de procesos de divorcio por mutuo consentimiento, garantizará el cumplimiento de la celeridad procesal y seguridad jurídica, debido al congestionamiento y por consiguiente la demora en la tramitación dentro de los Juzgados de lo Civil, se trata de una medida acertada, puesto que así los usuarios tendrán garantías de lograr un proceso ágil y justo.

A través de los resultados de la encuesta realizada, se evidencia que, en un 90%, los encuestados apoyan la Propuesta de Reformar la Ley Notarial, la que permite que en los casos de divorcio por mutuo consentimiento, también se faculte al Notario, con una reforma al Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial, para que se declare el divorcio consensual siempre que los padres hayan acordado sobre la tenencia, alimentos y régimen de visitas de sus hijos menores de edad.

RECOMENDACIONES

Las facultades atribuidas al Notario en la actualidad son muy importantes, y por lo tanto deberían ampliarse a través de estudios jurídicos para equiparar las responsabilidades entre todos los funcionarios públicos.

Otorgar atribuciones exclusivas a los notarios, de divorciar por mutuo consentimiento, cuando los cónyuges tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia; sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los Jueces de las Unidades de la Familia, Niñez y Adolescencia.

Facilitar el descongestionamiento de las Unidades de la Familia, Niñez y Adolescencia para evitar la falta de celeridad y seguridad jurídica en los procesos, de tal manera que los usuarios sientan que el Estado se preocupa por su bienestar.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

- Arcos, A. (2012). *El trámite especial de divorcio por mutuo consentimiento establecido en el artículo 108 del Código Civil vulnera el principio de celeridad procesal garantizado en la Constitución de la República del Ecuador durante el segundo semestre del 2010*. Recuperado el 1 de Febrero de 2016, de <http://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/5020/1/DER-605-2012%20Arcos%20Ana.pdf>
- Asamblea Nacional. (2009). *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Recuperado el 3 de Junio de 2015, de [consultorasdeecuador.com](http://www.consultorasdeecuador.com): http://www.consultorasdeecuador.com/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=56
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (22 de Mayo de 2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Recuperado el 2 de Julio de 2015, de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Recuperado el 16 de Junio de 2015, de issuu.com: http://issuu.com/direccion.comunicacion/docs/constitucion_reformada/100
- Caballero, J., Imbrogno, A., Mateljan, L., Schiro, V., & Zabalsa, G. (2006). *El niño y su derecho alimentario: ¿Obligación directa o subsidiaria de los abuelos?* Recuperado el 1 de Junio de 2015, de [cartapacio.edu.ar](http://www.cartapacio.edu.ar): <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/909/852>
- Cabanellas, G. (1981). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Hestia.
- Cabanilla, J. (2009). *Divorcio por mutuo consentimiento*. Recuperado el 9 de Junio de 2015, de <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0C>

CMQFjAB&url=http%3A%2F%2Frepositorio.utmachala.edu.ec%2Fjspui%2Fbitstream%2F123456789%2F480%2F1%2FT-UTMACH-FCS-352.pdf&ei=hGeJVfilNIPW-QGN_YLwBQ&usg=AFQjCNHwwF6erGW9bAr0RE8VMSazU6JsUg&bv

Callegari, J. (2011). Celeridad procesal y razonable duración del progreso. *Revista Derechos y Ciencias Sociales*, 114-129. Recuperado el 12 de Junio de 2015, de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/15288/Documento_completo.pdf?sequence=1

Canelo, R. (2006). *La celeridad procesal, nuevos desafíos: Hacia una reforma integral del proceso civil en busca de la justicia pronta*. Recuperado el 11 de Junio de 2015, de congreso.gob.pe:
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AFD8117BA4D5B7CF05257A7E0077571D/\\$FILE/2006_CaneloRaul.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AFD8117BA4D5B7CF05257A7E0077571D/$FILE/2006_CaneloRaul.pdf)

Capítulo quinto: El divorcio. (2005). Recuperado el 1 de Marzo de 2016, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3270/7.pdf>

Cárdenas, M. (2010). *Antecedentes históricos del matrimonio (Ecuador)*. Recuperado el 10 de Enero de 2015, de [monografias.com](http://www.monografias.com):
<http://www.monografias.com/trabajos67/antecedentes-matrimonio-ecuador/antecedentes-matrimonio-ecuador2.shtml>

Carnelutti, F. (1942). *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Barcelona: Bosch.

Chavarría, A. (2004). *Derecho sobre la familia y el niño*. San José: Euned.

Comisión Legislativa y de Fiscalización. (18 de Marzo de 2014). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Recuperado el 22 de Mayo de 2015, de [consultorasdeecuador.com](http://www.consultorasdeecuador.com):
http://www.consultorasdeecuador.com/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=27

- Congreso Nacional del Ecuador. (19 de Julio de 2015). *Código civil ecuatoriano*. Recuperado el 2 de Agosto de 2015, de http://www.correosdelecuador.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/05/CODIGO_CIVIL_LIBRO_I.pdf
- Congreso Nacional del Ecuador. (24 de Noviembre de 2011). *Código de Procedimiento Civil*. Recuperado el 8 de Febrero de 2015, de <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/04/Codigo-de-Procedimiento-Civil.pdf>
- Consejo General del Notariado. (2009). *Actas notariales*. Recuperado el 1 de junio de 2015, de [notariado.org](http://www.notariado.org): <http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/actas-notariales>
- Corte Nacional de Justicia. (20 de Mayo de 2009). *Sorteo interno de causas para determinar juez ponente*. Recuperado el 1 de junio de 2015, de [cortenacional.gob.ec](http://www.cortenacional.gob.ec):
http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/13%20Jueces%20ponentes.pdf
- Flores, B. (16 de Abril de 2013). *La seguridad jurídica en el Ecuador*. Obtenido de Palestra jurídico: <http://palestrajuridico.blogspot.com/2013/04/la-seguridad-juridica-en-el-ecuador.html>
- Forrero, J. (1993). *Los derechos fundamentales y su desarrollo jurisprudencial*. Texas: Editextos.
- García, J. (28 de Abril de 2011). *El juicio de divorcio en el Ecuador*. Recuperado el 5 de Mayo de 2015, de [derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com):
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2011/02/24/el-juicio-de-divorcio-en-el-ecuador>
- García, J. (18 de Abril de 2013). *La seguridad jurídica*. Recuperado el 16 de Junio de 2015, de blogs.udla.edu.ec:
<http://blogs.udla.edu.ec/igualdadyjusticia/2013/04/18/seguridad-juridica/>
- García Manrique, R. (1998). *Acerca del valor moral de la seguridad jurídica*. Recuperado el 2 de Marzo de 2016, de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/doxa-->

25/029ec664-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf#page=477García, R. (2007). La ética del notario público. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (112).

González, R., Acosta, R., & Mendoza, J. (1998). *El divorcio en el Salvador: Análisis Jurídico Social, relación con la Procuraduría General de la República*. Recuperado el 1 de Junio de 2015, de csj.gob.sv: <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/3db6532d39e032fd06256b3e006d8a73/60dba0a30133905306256b3e00747bbf?OpenDocument>

González, S., López, E., & Yáñez, A. (1994). *Seguridad pública en México*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

Guasp, J. (1968). *Derecho procesal civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Holl, I. (2011). *Textología contrastiva, derecho comparado y traducción jurídica: Las sentencias de divorcio alemanas y españolas*. Berlin: Frank & Timme GMBH.

Ley Notarial. (2014). Recuperado el 3 de Junio de 2015, de consultorasdelecuador.com: http://www.consultorasdelecuador.com/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=27

Lösing, N. (2002). Estado de derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico, 273–298. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1975583.pdf>

Machiavello, A. (1974). *Materiales para un estudio del fenómeno jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Madariaga, M. (1966). *Seguridad Jurídica y Administración pública en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Martínez, T. (2010). El divorcio en el derecho boliviano. En Á. Acedo, & L. Pérez, *El divorcio en el derecho iberoamericano* (págs. 102-122). Buenos Aires: Temis.

Naciones Unidas. (1990). *Convención sobre los derechos del niño*. Recuperado el 3 de Junio de 2015, de [ohchr.org](http://www.ohchr.org): <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Navas, R. (2014). *El divorcio consensual en sede notarial con hijos menores de edad bajo*

su dependencia y la Celeridad Procesal. Uniandes. Retrieved from <http://www.dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/469/1/TUAMDPCIV019-2015.pdf>

OEA. (2008). *Afinidades y distinciones: análisis de contenidos normativos de las leyes colectadas mediante el empleo de indicadores*. Recuperado el 7 de Junio de 2015, de [iin.oea.org](http://www.iin.oea.org): <http://www.iin.oea.org/PatriaPotestad/Conclusiones4.htm>

Ortega, R., Crespo, E., Torregrosa, R., Samper, E., Rivero, E., Aquino, J., & Rueda, F. (2003). *El Estado de Derecho Latinoamericano: Integridad económica y Seguridad jurídica en Iberoamérica*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

Ostos, G. (2010). *Incumplimiento del principio de celeridad procesal*. Recuperado el 12 de Junio de 2015, de [ayudalegalonline.com](http://www.ayudalegalonline.com): http://www.ayudalegalonline.com/Articulos/Incumplimiento_Celeridad.html

Pallares, E. (1979). *El divorcio en México*. México D.F.: Porrúa.

Pantoja, C. (2005). *El derecho de visita: Elementos para su comprensión, regulación y tutela efectiva*. Recuperado el 8 de Junio de 2015, de sitios.poder-judicial.go.cr: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/rev_jud_86/09-El%20derecho%20de%20visita.htm

Pérez Contreras, M. (2003). *Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Recuperado el 5 de Junio de 2015, de <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCMQFjAB&url=http%3A%2F%2Fbiblio.juridicas.unam.mx%2Flibros%2F6%2F2647%2F8.pdf&ei=80eIVeT6NIq3-QHf2IDoDg&usg=AFQjCNHP8D-e8-AIkrwYrRT92SVewIHB5g&bvm=bv.96339352,d.cWw>

Pérez Gallardo, L. B. (2009). Un “fantasma” recorre latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial. *Anuario de La Facultad de Derecho*, (27), 329–371. Retrieved from <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3233237&info=resumen&idioma=SPA>

- Puppio, V. (2008). *Teoría General del Proceso*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Quinteros, O. (s.f.). Análisis de las principales causas que provocan el divorcio referente al artículo 110 numeral 11 del Código Civil Ecuatoriano. Recuperado el 3 de Febrero de 2016, de <http://www.dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/2877/1/TURAB019-2013.pdf>
- Ripoll, A. (16 de Noviembre de 2011). *Principios notariales*. Recuperado el 10 de Junio de 2015, de [notariosyregistradores.com:](http://www.notariosyregistradores.com/notariosyregistradores.com:) <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2011-principios-notariales.htm>
- Rodríguez, P. (2010). *Fe pública notarial*. Recuperado el 11 de Junio de 2015, de [colegio-escribanos.org.ar: https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/27465.pdf](https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/27465.pdf)
- Romero, C. (2015). Reforma al Código Civil respecto al allanamiento en los juicios de divorcio contencioso. Recuperado el 2 de Febrero de 2016, de <http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/8655/1/Cumanda%20Marlene%20Romero%20Sarango.pdf>
- Romero, A. (2014). *La guarda y custodia compartida: Una medida familiar igualitaria*. Madrid: Editorial Reus.
- Ron, C. (2010). *El apremio personal como medida cautelar*. Recuperado el 3 de Enero de 2015, de [Repositorio UTA: http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2F repositorio.uta.edu.ec%2Fjspui%2Fbitstream%2F123456789%2F1240%2F2%2FT%2520018-2%2520D.pdf&ei=N0aIVeuPCcXv-QH8s6DIDg&usg=AFQjCNE2SnXsaSyi5Beay2pKRoK6RklbOw&bvm=bv](http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2F repositorio.uta.edu.ec%2Fjspui%2Fbitstream%2F123456789%2F1240%2F2%2FT%2520018-2%2520D.pdf&ei=N0aIVeuPCcXv-QH8s6DIDg&usg=AFQjCNE2SnXsaSyi5Beay2pKRoK6RklbOw&bvm=bv)
- Salas, A. (1994). *Problemática Socio Jurídica del divorcio*. San Luis de Potosí: México .

- Salinas, M. (2012). El precedente en la doctrina judicial sobre la sustitución constitucional. *Iter Ad Veritatem*(10). Recuperado el 2 de Junio de 2015, de http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CDQQFjAEahUKEwjre22iJXGAhWCX4wKHV66DnM&url=http%3A%2F%2Frevistas.ustatunja.edu.co%2Findex.php%2Fiaveritatem%2Farticle%2Fdownload%2F561%2F381&ei=w4iAVarAJ4K_sQTe9LqYBw&usg=AFQjCNGi8Q0csvH
- Vargas, L. (17 de Julio de 2013). *Jurisdicción voluntaria en funciones notariales*. Recuperado el 4 de Marzo de 2015, de [derechoecuador.com: http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2013/05/08/jurisdiccion-voluntaria-en-funciones-notariales](http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2013/05/08/jurisdiccion-voluntaria-en-funciones-notariales)
- Zambrano, D. (2014). Necesidad de reformar el art. 110 del Código Civil para establecer una nueva causal de divorcio en el Ecuador. Recuperado el 3 de Febrero de 2016, de <http://www.dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/2877/1/TURAB019-2013.pdf>

ANEXOS