



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

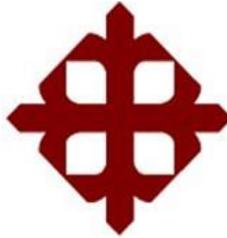
“Trabajo de Titulación de Examen Complexivo para la obtención del grado de Magíster
en Derecho Notarial y Registral”

**Divorcio por mutuo consentimiento, determinación de tenencia
y regulación de visitas a menores mediante vía notarial**

Autora Ab. Rosa Alexandra Patrón Bazurto

Tutor: Dr. Nicolás Rivera Herrera, M.Sc.

Guayaquil, 25 de octubre de 2018



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO BANCARIO Y LEGISLACIÓN BURSÁTIL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Ab. Rosa Alexandra Patrón Bazurto**, como requerimiento para la obtención del Título de **Magíster en Derecho Notarial y Registral**.

TUTOR (A)

f. _____
Dr. Nicolás Rivera Herrera, M.Sc.

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____
Mariuxi Blum

Guayaquil, a los 25 días del mes de octubre del año 2018



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO BANCARIO Y LEGISLACIÓN BURSÁTIL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Ab. ROSA ALEXANDRA PATRÓN BAZURTO

DECLARO QUE:

El examen complejo **DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, DETERMINACIÓN DE TENENCIA Y REGULACIÓN DE VISITAS A MENORES MEDIANTE VÍA NOTARIAL** previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Notarial y Registral**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 25 días del mes de octubre del año 2018

LA AUTORA:

Ab. Rosa Alexandra Patrón Bazurto



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO BANCARIO Y LEGISLACIÓN BURSÁTIL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Ab. Rosa Alexandra Patrón Bazurto

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo **DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, DETERMINACIÓN DE TENENCIA Y REGULACIÓN DE VISITAS A MENORES MEDIANTE VÍA NOTARIAL** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 25 días del mes de octubre del año 2018

LA AUTORA:

Ab. Rosa Alexandra Patrón Bazurt

ÍNDICE CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

| | |
|--|---|
| 1.1 EL PROBLEMA | 2 |
| 1.2 OBJETIVOS | 3 |
| 1.2.1 Objetivo General | 3 |
| 1.2.2 Objetivos Específicos | 3 |
| 1.3 BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL | 4 |

CAPÍTULO II DESARROLLO

| | |
|--|----|
| 2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... | 5 |
| 2.1.1 Antecedentes | 5 |
| 2.1.2 Descripción del objeto de investigación | 6 |
| 2.1.3 Pregunta principal de la investigación | 8 |
| 2.1.3.1 Variables e indicadores..... | 8 |
| 2.1.4 Preguntas complementarias de la investigación..... | 8 |
| 2.2 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA..... | 9 |
| 2.2.1 Antecedentes de estudio..... | 9 |
| 2.2.2 Bases teóricas | 10 |
| 2.2.2.1 El derecho de familia..... | 10 |
| 2.2.2.2 El matrimonio | 12 |
| 2.2.2.3 El divorcio | 15 |
| 2.2.2.4 El derecho notarial..... | 20 |
| 2.2.2.5 El derecho civil | 22 |
| 2.2.2.6 El derecho de menores..... | 23 |
| 2.2.2.7 El interés superior del niño..... | 24 |
| 2.2.2.8 La tenencia y la visita a los menores..... | 26 |
| 2.2.2.9 La Constitución y el derecho de familia..... | 27 |
| 2.2.2.10 La Constitución y el Derecho de Menores..... | 28 |
| 2.2.3 Definición de términos | 29 |
| 2.3 METODOLOGÍA | 30 |
| 2.3.1 Modalidad | 30 |

| | |
|--|-----------|
| 2.3.1.1 Categoría | 30 |
| 2.3.1.1.1 Diseño | 30 |
| 2.3.2 Población y muestra..... | 31 |
| 2.3.3 Métodos de investigación..... | 31 |
| 2.3.3.1 Métodos Teóricos..... | 31 |
| 2.3.3.2 Métodos Empíricos..... | 32 |
| 2.3.3.3 Métodos Matemáticos | 32 |
| 2.3.4 Procedimiento | 32 |

CAPÍTULO III CONCLUSIONES

| | |
|--|-----------|
| 3.1 RESPUESTAS..... | 34 |
| 3.1.1 Base de Datos Normativos | 34 |
| 3.1.2 Análisis de los Resultados..... | 38 |
| 3.2 CONCLUSIONES..... | 41 |
| 3.3 RECOMENDACIONES..... | 43 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 45 |

ÍNDICE DE TABLAS

| | |
|---------------------|-----------|
| Tabla 1..... | 32 |
| Tabla 2..... | 35 |

RESUMEN

En el Ecuador en el ámbito notarial los notarios se encuentran facultados para poder tramitar y resolver un divorcio por mutuo consentimiento. Sin embargo, se tiene que precisar que no les es facultado el divorciar a las parejas cuando estas tienen hijos. Por lo tanto, es una necesidad de las parejas de acudir a una vía en la que por mutuo acuerdo no solo puedan divorciarse, sino que se pueda por medio de los notarios resolverse lo relacionado con la tenencia y régimen de visitas de los hijos menores, para que un solo trámite tales situaciones se hallen resueltas. De tal manera, se logrará descongestionar a las judicaturas ordinarias en lo civil y en materia de niñez y adolescencia. En efecto, para que esto sea posible se requiere de una reforma a nivel de la Ley Notarial. Por lo tanto, el objetivo de esta investigación está encaminado a fundamentar las necesidades de esta reforma. Como resultado de esta investigación se determinó que es factible realizar la reforma en virtud que existen presupuestos legales y constitucionales que la hacen viables en las unidades de análisis. La metodología de la investigación es cualitativa por su enfoque doctrinal. Su categoría es no interactiva por no intervenir otros sujetos en la investigación. El diseño se aplicó en el análisis de conceptos y normas jurídicas.

Palabras claves

| | | | |
|-----------------------------------|--------------|--------------------|----------|
| Divorcio por mutuo consentimiento | Ley Notarial | Régimen de visitas | Tenencia |
|-----------------------------------|--------------|--------------------|----------|

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

1.1 EL PROBLEMA

Los divorcios por mutuo consentimiento experimentan una gran demanda o requerimiento de solicitudes en la sociedad ecuatoriana. Sin embargo, en los casos en los que media el mutuo consentimiento, se debe recurrir a los jueces de la niñez y adolescencia para resolver la tenencia y el régimen de visitas de los menores. Esta situación representa dilación en las pretensiones de los padres de resolver de forma ágil, oportuna y menos controvertida la disolución del vínculo matrimonial y el porvenir de los menores mediante procedimientos de menor complejidad. En este caso, los padres de familia en el momento en el que se decide de mutuo acuerdo dar por fin a un vínculo matrimonial, y al no haber cuestiones de mayor trámite como liquidación de bienes o disolución de sociedad conyugal, al tener que resolver únicamente la tenencia y la visita de menores, buscan que se disponga de una opción o mecanismo que jurídicamente les permita resolver dicho asunto con la mayor prontitud posible.

Como se conoce, la legislación ecuatoriana se caracteriza porque en algunos de sus procedimientos impera aún el letargo y la burocracia dentro de ciertos trámites, requerimientos o solicitudes, peor aún en lo concerniente a la resolución de conflictos judiciales. Por lo tanto, en materia de derecho de familia y legislación de menores el resolver un divorcio, aunque sea por mutuo consentimiento, la tenencia de menores y la regulación de visitas de uno de sus progenitores resulta una situación compleja que afecta la pronta celeridad en la satisfacción de los derechos de las partes involucradas. Al tener que resolverse estos problemas dentro de una causa civil y acudiendo a varias dirigencias o actos procesales, en este caso el divorcio por mutuo consentimiento, el que se resuelve por vía judicial, y la tenencia de menores y la regulación de visitas da lugar a la sustanciación de un proceso que puede resultar extenso y de determinadas complicaciones.

Es por estos motivos, que existe un problema que repercute o incide en la actividad notarial, dado que, la Ley Notarial en su artículo 18 numeral 22 faculta a los notarios a tramitar un divorcio por mutuo consentimiento en el caso de no haber menores, no obstante, la problemática se evidencia en que se desconoce la vía notarial para poder resolver no solo el divorcio, sino la tenencia y el régimen de visitas respecto de los menores hijos de las parejas que optan por divorciarse. En consecuencia, el problema se manifiesta con una falta de celeridad en resolver con prontitud los aspectos señalados en beneficio de los padres y de los hijos menores, y supone una privación a una facultad perfectamente atribuible al notario dado que, este también puede resolver cuestiones complejas respecto a la disolución de un régimen filial entre hombres y mujeres, con lo que, no existe un balance adecuado en cuanto a la capacidad notarial para resolver de forma uniforme cuestiones de derecho de familia.

1.2 OBJETIVOS

1.2.1 Objetivo General

Establecer un mecanismo efectivo de divorcio por mutuo consentimiento, tenencia de menores y regulación de visitas por vía notarial.

1.2.2 Objetivos Específicos

1. Fundamentar cuál es el rol del notario en los actos de derecho civil, derecho de menores y derecho de familia.
2. Justificar la competencia del notario para resolver divorcios por mutuo consentimiento, tenencia de menores y regulación de visitas.
3. Determinar en qué consiste el principio del interés superior del niño.
4. Precisar cómo la Constitución establece garantías para el derecho de familia y el derecho de menores.

1.3 BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL

El divorcio se determina como una de las causales que pone fin al matrimonio entre un hombre y una mujer, al menos desde la perspectiva jurídica vigente de acuerdo con la legislación civil y de derecho de familia en el Ecuador. Sin embargo, el divorcio a pesar de ser una de las formas por las cuales se disuelve un vínculo matrimonial, es importante saber cómo es que este medio o forma de finiquitar una relación marital se encuentra caracterizado. Es así que, según la doctrina y el aporte conceptual de LAGOMARSINO (1997) respecto del divorcio se acotó lo siguiente:

La noción de la repudiación y el divorcio, en sus diversas formas y alternativas, marcha pareja con la noción de matrimonio, y desde que el nacimiento de esta última institución se produjo, hubo pueblos que atendiendo a los más variados sentimientos y circunstancias toleraron la disolución del vínculo, aunque generalmente otorgando función de árbitro al hombre que era quien ejercía indudable hegemonía (p. 59)

El divorcio en resumidas cuentas es una forma de culminación del vínculo matrimonial entre las personas, siendo el caso de un hombre y una mujer desde una concepción biológica de la institución del matrimonio, en la que por el hecho de no existir esa comprensión entre la pareja, el factor de afinidad, de atracción mutua y porque no existen condiciones para una convivencia armónica y no se cumplen los presupuestos de consolidación de una familia, por los motivos enunciados corresponde finiquitar el vínculo conyugal. De tal manera, el varón y la mujer deciden separarse ante una autoridad la misma que facultada para el efecto, sea juez o notario según en el caso (divorcio litigioso o de mutuo acuerdo) procede a cumplir con las solemnidades requeridas para tal disolución de los lazos conyugales.

CAPÍTULO II DESARROLLO

2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1.1 Antecedentes

Las atribuciones de los notarios conferidas a lo largo de la creación de la Ley Notarial desde 1996 hasta la última reforma efectuada en el 2016 han impuesto la incorporación paulatina de diferentes disposiciones, en las cuales se han establecido diferentes atribuciones a los notarios en el ejercicio de su actividad. Sin embargo, cabe acotar que se requiere de un perfeccionamiento en ciertos actos o potestades notariales para subsanar o resolver ciertos problemas jurídicos de forma íntegra y eficiente. Es así que, en el texto y los respectivos mandatos de la Ley Notarial, se aprecia que en el Artículo 18 existen una serie de diversos numerales, treinta y ocho para ser exactos, entre los cuales a los notarios se les concede la facultad para poder resolver situaciones relacionadas a divorcios por mutuo consentimiento y disoluciones de uniones de hecho.

Sin embargo, a pesar de estas atribuciones, en lo que concierne al matrimonio que es una institución del derecho de familia de carácter más estable, se evidencia una necesidad de afianzar dicha facultad sin obviar, dejar de lado o en estado de incertidumbre lo relacionado con la tenencia de menores y la regulación de visitas. Si bien es cierto, estas dos últimas son potestades de fuero civil tras el divorcio e inclusive en materia de niñez y adolescencia, estos aspectos se ven retardados en su resolución por tener que esperar a trámites posteriores y más extensos dentro de las mencionadas vías. Por consiguiente, desde tal situación surge una necesidad, la cual es tratar de abreviar o simplificar tanto el divorcio por mutuo consentimiento, la tenencia de menores y el régimen de visitas, lo que se podría resolver en un mismo trámite ante el notario para de tal manera, no tener que alargar innecesariamente la solución a un problema que se puede resolver con prontitud y de forma eficiente conforme a derecho.

En relación con lo antes expresado, entonces las facultades notariales en materia de derecho de familia tienen que complementarse admitiendo y estableciendo la posibilidad en que los notarios dentro de un mismo trámite, en una sola audiencia, en un mismo día, en virtud del mutuo acuerdo, estos puedan dar por sentado el divorcio por el acuerdo recíproco entre las partes, así como también el resolver la situación jurídica de los hijos menores dentro del matrimonio en relación con su tenencia y régimen de visitas. Aquello sin lugar a dudas, permitiría la creación de una vía que refleje la celeridad y la eficiencia dentro del sistema legal y de aplicación de las normas jurídicas en el Ecuador.

2.1.2 Descripción del objeto de investigación

Como se manifestó en líneas anteriores el divorcio es una de las formas por las cuales se puede finiquitar una relación de carácter matrimonial entre un hombre y una mujer, al menos desde la perspectiva de la legislación civil vigente aplicable en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sin embargo, tiene que reconocerse que el divorcio tanto en lo afectivo, como en lo filial, en lo social y en lo jurídico, da lugar a que se origine el quebrantamiento de los lazos de familia. Este quebrantamiento conlleva al hecho que, se generen ciertas situaciones que transforman la vida de las personas involucradas, por lo que, no resulta tan simple poder llevar a cabo una vida normal debido a que se presentan problemas que deben ser resueltos y en lo emocional, las soluciones jurídicas al problema en cierta forma solo son una respuesta parcial frente al problema o serie de acontecimientos que se desencadenan tras un divorcio.

Como se precisó con anterioridad, el divorcio genera la separación de las parejas que están constituidas en matrimonio, lo que implica un cambio en los hábitos o estilos de vida de las personas que se transforman en ex cónyuges. No obstante, este cambio de vida no solamente se manifiesta o evidencia en las parejas que disolvieron su vínculo matrimonial, sino que, en los casos que estas tuvieran hijos menores de edad, éstos son los que padecen o reciben la mayor carga emocional y la tensión de los problemas por la separación de sus padres. En relación con este aspecto, al separarse

sus padres, tras el divorcio se debe resolver con quién estos quedarán a cargo, además de cómo se va a llevar a cabo el régimen de visitas, el mismo que sirve para no interrumpir los lazos de familia con el progenitor que es desprovisto de su tenencia al no existir una convivencia en un hogar común.

Por lo antes dicho, el divorcio (entiéndase dentro de este objeto de estudio el que es por mutuo consentimiento), la tenencia de los hijos menores y el régimen de visitas asociados a los mismos, constituyen aspectos que requieren de una solución y no quedar a la deriva en procesos largos, excesivos y controvertidos en los que bien cabe la base de un acuerdo para no tener que dilatar su resolución, para que esta en cierta medida pueda satisfacer los intereses y necesidades de los padres, así como los de sus hijos menores. En el caso del divorcio por mutuo consentimiento, se expone esta necesidad de que sean resueltos por los notarios junto con la decisión adoptada por los padres, para que de su acuerdo establecido se determine quién se hará cargo de la tenencia de los hijos menores, y de qué manera procederá el régimen de visitas.

Tal propuesta obedece a que en cierta forma se cataloga como injustificado tener que esperar a una tramitación larga para poder resolver tras el divorcio por mutuo consentimiento, lo relativo a la tenencia y al régimen de visitas respecto de los hijos menores. Entonces, se asume que, si existe un acuerdo, naturalmente el notario sin problemas en un solo trámite podría resolver la tenencia y la regulación de visitas dado que, los padres están acudiendo en virtud de un acuerdo, y en caso que se acuerdo no pudiera hacerse efectivo, pues en ese caso sí sería aplicable que tales situaciones se resuelvan ante la justicia ordinaria, sean en los fueros civiles o de niñez y adolescencia.

Lógicamente, en este caso, se establece que esta situación solo sería aplicable ante los notarios en las circunstancias que medie un divorcio por mutuo consentimiento, debido a que, un divorcio controvertido o por causales deriva en un trámite más extenso que tornaría imposible resolver con celeridad y eficiencia la tenencia y regulación de visitas. Incluso, aunque se pudiera hacer de acuerdo mutuo ante un juez de lo civil, las formas o solemnidades procesales son más extensas, dado

que una reforma a las atribuciones o deberes de un juez son más complejas respecto a las notariales, por lo que es más recomendable que por celeridad esta situación jurídica se resuelva ante un notario mediante la reforma al artículo 18 de la Ley Notarial.

2.1.3 Pregunta principal de la investigación

¿Cómo se puede aplicar un mecanismo efectivo de divorcio por mutuo consentimiento, tenencia de menores y regulación de visitas por vía notarial?

2.1.3.1 Variables e indicadores Variable única

Mecanismo efectivo de divorcio por mutuo consentimiento, tenencia de menores y regulación de visitas por vía notarial.

Indicadores

1. Disolución de vínculos matrimoniales
2. Custodia de menores
3. Relaciones parentales post divorcio

2.1.4 Preguntas complementarias de la investigación

1. ¿Cuál es el rol del notario en los actos de derecho civil, derecho de menores y derecho de familia?

2. ¿Por qué tiene competencia el notario para resolver divorcios por mutuo consentimiento, tenencia de menores y regulación de visitas?
3. ¿En qué consiste el principio del interés superior del niño?
4. ¿Cómo la Constitución establece garantías para el derecho de familia y el derecho de menores?

2.2 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

2.2.1 Antecedentes de estudio

Como antecedentes investigativos previos que hayan servido de base o de idea preliminar para orientar y dirigir la propuesta de este examen complejo, se presenta la expuesta por BRITO (2016) quien realizó algunas precisiones respecto del divorcio por mutuo consentimiento, tenencia de menores y régimen de visitas. Dicha labor de investigación ofrece una perspectiva amplia en cuanto a la fundamentación del porqué los notarios deberían tener la facultad para poder conocer y llevar a cabo un trámite de divorcio por mutuo consentimiento dentro de sus respectivas sedes notariales, siendo que en las mismas se resuelva lo concerniente a la tenencia y régimen de visitas cuando existen hijos menores de edad o en dependencia.

Se puede resumir de lo expuesto por el mencionado autor, que la propuesta está orientada a descongestionar las sedes judiciales y que se disminuya la carga procesal en virtud de la existencia de un acuerdo entre los miembros de la pareja que se va a divorciar. Del mismo modo, el autor en su investigación acota que no se trata de desconocer las competencias de la jurisdicción ordinaria, sino que las personas que decidan resolver su divorcio por mutuo consentimiento, y al mismo tiempo lo relativo a la tenencia de los hijos menores o dependientes y su régimen de visitas, tengan una doble vía para solucionar su problema, es decir, que puedan acudir tanto a la justicia ordinaria como vía notarial mediante la reforma a la Ley Notarial. Sin embargo, la presente investigación se diferencia

de la del antecedente, por el hecho que se propone en este examen complejo que la problemática como tal se resuelva en una sola comparecencia en virtud del acuerdo entre las partes.

2.2.2 Bases teóricas

2.2.2.1 El derecho de familia

La familia es considerada en la doctrina e incluso en el lenguaje coloquial como la base fundamental de la sociedad. La familia en consecuencia es la institución o la agrupación de personas que en cierta forma conforma o estructura a la sociedad, sin embargo, su rol o su función en cuanto a un diagnóstico concreto no es del todo conocido. Por tal razón, es necesario antes de revisar qué comprende el derecho de familia, resulta conveniente explicar qué es la familia para así comprender el trasfondo y la idiosincrasia de una célula social fundamental y así reconocer el porqué de una tutela especial a sus derechos. En efecto, al mencionar o precisar qué es la familia, se propone la perspectiva teórica y doctrinal de PASTOR (1997) quien argumentó lo siguiente:

La familia es una institución que sanciona o legitima la convivencia sexual, el intercambio y disfrute de bienes económicos, la privacidad o intimidad, la protección educación y desarrollo personal de cada miembro. Los aspectos prácticos de la convivencia familiar marcan la pauta comportamental de las personas, a la que a la vez que orienta en la adaptación social; por tanto, la familia orienta y afianza a sus miembros en las conductas básicas que configuran su vida e interacción en medio de su entorno vital (pp. 99-100).

La familia es una entidad con personalidad propia, dicha personalidad es la que se encuentra aportada por cada uno de sus integrantes, en cuanto a sus costumbres, tradiciones y modelos de conducta generalmente impartidos o instituidos entre sus miembros. Por lo que, dentro de dicha institución, la misma se origina por medio de vínculos afectivos, los que luego se materializan en la naturaleza y en el deseo sexual del hombre y la mujer para posteriormente procrear a sus hijos. En este aspecto, de la procreación o de la expansión de la familia, respecto de los hijos y entre los propios

cónyuges o convivientes, existen derechos y obligaciones recíprocos, los que son de distinta naturaleza. Estos derechos son de naturaleza sexual y reproductiva, de orden económico y patrimonial, de orden social, de mantenimiento y cuidado (lo que concierne a alimentos, vivienda, salud, vestuario, educación, etc), entre otros de orden o característica afectiva. Por consiguiente, la familia no solo es un régimen de convivencia, sino que implica la existencia de derechos y obligaciones que sostienen a quienes la conforman y en extensión a toda esa célula fundamental de la sociedad.

Al haberse explicado lo que la familia representa, corresponde efectuar una precisión de cómo esta se materializa en cuestión del vínculo afectivo, el que posteriormente por medio del matrimonio se concreta como un vínculo conyugal. Esta vinculación se genera entonces por el aspecto o elemento de la voluntad, y ésta siendo una característica muy subjetiva, tiene un papel primordial en las relaciones de derecho de familia, sea en la constitución del matrimonio o su disolución por medio del divorcio. En razón de la mencionada prerrogativa, se procede entonces a dilucidar la manera en que la voluntad condiciona las acciones del ser humano. En consecuencia, para que este análisis sea efectivo, se recurre a la doctrina de DE CASTRO Y BRAVO (1971) quien explicó lo siguiente:

En un sentido muy general, se entiende por autonomía privada, el poder de autodeterminación de la persona. El sentido inmediato del término se amplía así hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal. Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona, para ejercitar sus facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones que le atañen. De modo que podría ser definida, como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social (p. 125).

La autonomía como reflejo de la voluntad es la capacidad de tomar decisiones propias sin ninguna injerencia o interferencia de terceras personas que puedan condicionar la toma de dicha decisión. Al considerarse este criterio, cada persona ejerce las facultades de las que se cree asistido para así entablar distintos tipos de relaciones, las que de una forma u otra serán las que dirijan su curso o su rumbo en la vida. De tal manera, el derecho de familia trata de respetar la voluntad de las personas que han constituido un vínculo familiar en virtud de su autonomía o voluntad, en la que se trata a su vez de respetar ciertas reglas o normas para garantizar los derechos de las personas que vivan dentro de una comunidad familiar.

Al haberse efectuado algunas precisiones de lo que es la familia y sobre la forma de como esta se conforma, amerita revisar lo atinente a lo que es del derecho de familia. De forma preliminar, el derecho de familia se entiende como un derecho que engloba alguna serie de aspectos de carácter filiar, por el cual se establecen relaciones o lazos de familia los que se sistematizan en virtud de vínculos reconocidos en mayor y menor medida por lo que dispongan las normas jurídicas según el tipo de vínculo afectivo. Por ejemplo, una cosa es el matrimonio y otra la unión de hecho, solo por citar elementos distintivos de los tipos de vínculos familiares que pueden existir en el régimen jurídico del derecho de familia. Es así, que, en relación con lo expresado por LÓPEZ (1970) el derecho de la familia en su visión crítica ha sido explicado como consta en las líneas siguientes:

El derecho de familia es una rama del derecho en que se regulan todos los derechos y obligaciones que existen dentro del marco de las relaciones familiares o filiales, las mismas que comprenden o abarcan diferentes aspectos según el tipo de relaciones y los ámbitos en los cuales la familia disponga de un interés para la protección de sus derechos (p. 21).

El derecho de familia en consecuencia es la suma de los derechos y obligaciones dentro de los distintos tipos de relaciones jurídicas que se produzcan. Por una parte, se

dispone del régimen del matrimonio, por otro el de la unión de hecho, y la otra la unión libre (similar a la unión de hecho, solo que el vínculo de hecho dispone de un reconocimiento legal) estos como formas de conformar una familia, en la que existen deberes entre padres, hijos y demás personas que sean parte de un hogar y de un grupo familiar establecido. En dicha vinculación existen derechos y obligaciones recíprocos, en la que se comprende aspectos fundamentales tales como: el matrimonio, unión de hecho, unión libre, divorcio, disolución de unión de hecho, separación de la unión libre, régimen de bienes, alimentos debidos especialmente a menores, tenencia y visitas de menores, entre otros que fomenten la subsistencia y el desarrollo de las personas que son parte del núcleo familiar.

2.2.2.2 El matrimonio

El matrimonio es una de las instituciones del derecho civil y consecuentemente del derecho de familia. Como parte de una institución del derecho la misma se sustenta en la determinación de derechos y obligaciones recíprocos, por lo que el matrimonio en sí es un contrato. Al ser parte de un contrato se requiere precisar qué características configuran la existencia y la validez de dicho contrato, sin embargo, para que este análisis jurídico sea posible, en primer lugar, se requiere de un análisis de un enfoque social incluso desde los postulados del dogma religioso. Por tal motivo, el matrimonio es considerado de acuerdo con la siguiente apreciación doctrinal según los dogmas de la Iglesia Católica presentadas por SAN AGUSTÍN (2007) quien acotó:

La concepción sacramental del matrimonio elevaba e integraba a las dimensiones naturales y contractuales del matrimonio. Por un lado, la calidad sacramental del matrimonio católico revestía a los actos naturales de éste de un simbolismo espiritual. Como mínimo, ayudaba a que se removiera el estigma del pecado en el coito sexual y elevaba a la procreación y educación de los hijos a un acto útil para la Iglesia. Por otro lado, la calidad sacramental del matrimonio católico elevaba al contrato del matrimonio a algo más que un mero intercambio entre dos partes. Como mínimo, convertía al matrimonio en un “contrato de adhesión” que era indisoluble: los términos del contrato marital ya habían sido fijados por la naturaleza, y como símbolo de la unión de Cristo con

su iglesia, el vínculo matrimonio era por fuerza indisoluble (p. 29).

El matrimonio como tal, se aprecia que representa una institución que tiene sus fundamentos de constitución en los dogmas de la iglesia católica. Dichos fundamentos se encuentran sostenidos en la creencia que para que una unión de un hombre y una mujer gocen de validez, esta debe erigirse con la consagración de dicha unidad a Dios, dado que el vínculo matrimonial representa un compromiso superior por tal carácter sacramental y religioso. Concretamente, tal compromiso, al ser instituido en la fe al ser supremo, da lugar a que se respete el vínculo sentimental y afectivo mediante un contrato solemne que a simple vista no debería ser quebrantado.

En relación con lo anterior, a partir de una concepción religiosa del matrimonio, se presenta una concepción de orden o tipo sociológico. Evidentemente, no se puede desestimar que el matrimonio tiene una trascendencia social de gran relevancia, por lo que resulta muy importante describir tal tipo de incidencias a nivel sociológico. Es así, que, de acuerdo con los criterios de tipo o referencia social, se propone la siguiente ilustración doctrinal de parte de FERNÁNDEZ (1999) quien consideró:

La sociología de la familia estuvo precedida por teorías filosóficas que consideraban a la familia como la encarnación de ideas platonianas relativas a la justicia y al amor. Se convirtió en objeto de estudios científicos cuando algunos autores de la segunda mitad del siglo XIX consideraron a la familia como una institución social histórica cuya estructura y cuya función vienen determinadas por el grado de desarrollo de la sociedad global (p. 49).

Naturalmente, el matrimonio desempeña un rol social fundamental, dado que buscan el desarrollo de la sociedad por medio de la conformación estable de una familia. Precisamente, si lo que se busca es el desarrollo social por medio de la unión afectiva de las parejas de hombres y mujeres, se requiere concretamente del factor de estabilidad, la misma que de mejor manera se puede conseguir mediante el matrimonio. En consecuencia, en la medida que más familias y parejas conformen una familia mediante matrimonio, las mismas familias gozarán de una mayor estabilidad tanto dentro de su propio hogar como en la vida personal de cada persona que la conforma, lo que psicológica y emocionalmente

es dable que trascienda en la seguridad y en la confianza para que cada individuo desarrolle de modo efectivo y a plenitud las tareas que le competen socialmente.

En una perspectiva jurídica, el matrimonio conlleva una consideración de ser un factor generador de derechos y obligaciones entre los contrayentes en el ámbito del derecho de familia. Por consiguiente, el matrimonio a priori es uno de los pilares esenciales, sino el más importante dentro de la estructura del derecho de familia, al menos tal criterio considerativo se podría deducir de conformidad con lo que se establece en el siguiente concepto propuesto por ROJINA (1998) quien afirmó respecto del matrimonio lo que consta expuesto a continuación:

El matrimonio es institución fundamental del derecho familiar porque el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y bases necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aun así son éstos de un orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera. La unión del hombre y la mujer sin matrimonio, es reprobada por el derecho y degradada a concubinato (pp. 195-196).

El matrimonio como se mencionó con anterioridad, es el pilar fundamental del derecho de familia, dado que mediante el mismo se perfecciona la unión sentimental de un hombre y de una mujer, los cuales adquieren un conjunto de derechos y obligaciones con carácter recíproco, los que se concretan de mejor manera mediante la estabilidad que el matrimonio confiere a dicha unidad. En los casos en los que no exista matrimonio, y exista otro tipo de vínculo afectivo que imponga derechos y obligaciones, como, por ejemplo, la unión de hecho, igualmente impone derechos y obligaciones, pero la estabilidad de dicho compromiso se entiende no sería el mismo respecto de la institución del matrimonio. Por otra parte, el concepto antes expresado evidencia una postura un tanto anacrónica dado que la familia y los derechos y obligaciones no se constituyen mediante matrimonio como requisito sine qua non. Es decir, la unidad de un hombre y una mujer, y que estos formen una familia mediante la procreación de sus hijos, y constituyan una comunidad de bienes que entrañan derechos y obligaciones, en los tiempos actuales y con el garantismo constitucional a nivel de la legislación internacional, y concretamente la

ecuatoriana, no puede ser jurídica ni moralmente cuestionada. Esta protección de formas alternativas de la constitución de la familia, goza del reconocimiento y de la protección constitucional y de las normas civiles como se determinará en apartados posteriores de este trabajo de examen complejo.

2.2.2.3 El divorcio

El matrimonio como se observó con anterioridad impone la formalización de la unión afectiva de un hombre y una mujer con la intención de conformar una familia. El matrimonio desde una concepción religiosa debería ser una institución y un contrato per sé de carácter indisoluble, sin embargo, a nivel de legislación y de la elaboración de las normas jurídicas del derecho de familia, se ha reconocido que a nivel de las parejas ligadas por un vínculo matrimonial se pueden presentar distintos tipos de conflictos, los cuales pueden presentar diferencias de carácter irreconciliable. Ante tal situación, se ha estimado necesario crear una institución, la misma que permita que hombres y mujeres puedan disolver en cierta forma el vínculo que los une para continuar y rehacer sus vidas por separado. Esta institución es la del divorcio, la que de acuerdo con lo establecido doctrinalmente por DE LA MATA & GARZÓN (2005) se refiere:

El divorcio se entiende, exclusivamente, como la disolución del vínculo que une a los cónyuges. Tal concepción es inexacta, ya que jurídicamente existen varios tipos de divorcio con su propio significado. Fundamentalmente, divorcio en derecho significa terminar con la cohabitación entre los consortes. De forma general podríamos conceptualizar el divorcio como la disolución de la convivencia marital en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente por causas posteriores a la celebración del matrimonio, establecida expresamente por la ley (p. 161).

El divorcio efectivamente es la culminación por medios jurídicos del régimen de matrimonio contraído entre los cónyuges. Se puede decir que el matrimonio es la alternativa válida legalmente para dar por cancelado el contrato típico y solemne del matrimonio. Como bien se tiene a decir, existe un viejo o clásico aforismo en el derecho, el que reza que “las cosas se deshacen como se hacen en derecho”. Este aforismo cobra

su especial importancia dado que, el matrimonio requiere de su validación ante autoridad competente, por lo que precisamente, el divorcio para que pueda concretarse requiere de ese aval de la autoridad para que el mismo sea válido frente a la sociedad y al ordenamiento jurídico, y a su vez para que las personas divorciadas recuperen su estatus de personas solteras y puedan continuar en dicho estatus, salvo que, estas en lo posterior deseen contraer nuevas nupcias o un vínculo matrimonial.

No obstante, en relación con lo antes expresado se requiere reconocer que el divorcio presenta dos modalidades para que este se pueda solicitar ante la autoridad pertinente. El divorcio bien puede solicitarse ante el juez de lo civil en los casos que existan causales de ley o sea de carácter litigioso. Por otra parte, el divorcio se puede solicitar ante notario cuando este no se determina por causales o por acontecimientos altamente controvertidos, es decir, por mutuo consentimiento. Estas disposiciones dan lugar a que el divorcio sea resuelto por las medidas que mejor resulten convenientes jurídicamente, por lo que evidentemente los procesos de divorcio sean contenciosos o sean de mutuo acuerdo igual imponen la resolución de ciertas situaciones jurídicas que no pueden quedar irresolutas. Entre estas situaciones se encuentran: la disolución de la sociedad conyugal, la tenencia de menores, régimen de visitas y prestación de alimentos, los que se resolverán de acuerdo a las formas como determine la justicia o el ejercicio de las facultades notariales según las disposiciones constitucionales, del derecho civil y del derecho de menores. El divorcio como tal en la misma medida que el matrimonio obedece a la voluntad de las partes, sea de ambas o solo de una de ellas. Sin embargo, en el caso que no exista esa voluntad recíproca, y más aun con causales que justifiquen la imposibilidad de sostener una vida marital normal, es necesario que ese vínculo carente de la empatía y de la afectividad mutua sea disuelto, razón por la cual existe la institución jurídica del divorcio. Es en este sentido que, el divorcio en relación con la voluntad de una o de ambas personas que conforman la pareja es analizado desde la siguiente premisa conceptual que fue propuesta por MORILLAS (2008) quien sostuvo:

El divorcio es una figura conocida a lo largo de toda la historia del derecho que tiene sus cimientos, como tantas otras instituciones, en el Derecho romano. De romano origen es el

nombre “Divortium” que, al igual que en la actualidad, representaba la disolución del vínculo matrimonial, pero a su vez se desarrollaba en dos formas: si se realizaba de mutuo acuerdo, se hablaba de divorcio “stricto sensu”; pero si se producía por la voluntad de uno de los cónyuges se estaba ante un caso de “repudium” (p. 14).

Como se precisó en líneas anteriores, el divorcio se produce desde la ausencia de la voluntad o de la pérdida del acuerdo y del sentimiento mutuo para continuar con una relación conyugal dentro del vínculo afectivo y jurídico que impone el matrimonio. Al no existir esta voluntad recíproca de continuar con una relación, y de llevar a cabo una convivencia dentro de un régimen marital reconocido por la ley con un estatus altamente formal, entonces es menester se proceda a la disolución de dicho vínculo matrimonial mediante la institución jurídica del divorcio. Es así, de acuerdo con el concepto previamente expresado líneas arriba, en sentido estricto la ausencia de voluntad de convivencia y de afecto mutuo motiva a que se culmine con la relación matrimonial, siendo que, al existir el consenso mutuo de dicha culminación, entonces procede el divorcio por mutuo consentimiento sin que esto pudiera generar mayores complicaciones legales. En cambio, si existen controversias para tal disolución del vínculo matrimonial, el divorcio será litigioso, controvertido o contencioso, dado que, en virtud de las causales que la ley prevea para el efecto, existirán ciertas complejidades en la sustanciación del juicio de divorcio.

Como tal el divorcio es una forma de terminación del matrimonio, y para que esta relación matrimonial o marital se finiquite, cancele o liquide de la mejor manera posible, el divorcio trata de evacuar o resolver todos los asuntos posibles para que no se generen aspectos o complicaciones futuras por situaciones subsistentes que no fueron resueltas con anterioridad. Es por eso que el divorcio es una institución de gran importancia en el derecho de familia y en el derecho civil, del mismo modo se relaciona con el derecho de menores y el derecho notarial dado que se trata de establecer acuerdos judiciales y extrajudiciales para una culminación adecuada del vínculo matrimonial. Es por este motivo que el divorcio desempeña un papel importante en estos ámbitos jurídicos a pesar de no ser precisamente una institución ponderada a nivel de la moral. Empero, su utilidad no cabría ser discutida

si se efectúa una valoración que las relaciones no siempre son estables y perdurables en la forma como deberían ser, por lo que como se dijo con anterioridad, una solución jurídica debe existir al problema. De tal manera que, en cuando al divorcio se puede aportar otra apreciación doctrinaria, la misma que fue consignada por LÓPEZ (2008) quien acotó:

En definitiva, el divorcio es la institución jurídica que permite, conforme a derecho, la terminación o disolución del vínculo matrimonial, lo que trae consigo efectos en el estado civil de las personas, en la situación de los hijos habidos dentro del matrimonio y en el régimen jurídico sobre los bienes adquiridos dentro de la relación matrimonial.

El divorcio es una institución jurídica que a medida que avanza la sociedad ha adquirido una gran trascendencia, por cuanto es la mejor forma de dar por terminada la relación conyugal, ya que en la misma se discute la causal de separación, la situación de los hijos -alimentos, tenencia y régimen de visitas-, exista o no un acuerdo (p. 17).

En resumidas cuentas, el divorcio implica que, tras la culminación o finiquito del vínculo matrimonial, las personas al divorciarse cambian su estado civil por cuanto recobran su estado de personas libres de vínculo matrimonial. No obstante, a este cambio se aprecia que se generan obligaciones que como se manifestó no pueden quedar en pendiente, esto es, resolver la situación del régimen de bienes, dado que, todo lo que se haya generado en la sociedad conyugal se tiene que liquidar en la misma forma como se conformó o se constituyó. Además, se tiene que proceder a solucionar la situación jurídica de los hijos menores que hubiere dentro del matrimonio, debido a que son las personas más vulnerables tras la separación de sus padres, lo que implica el resolver respecto a los alimentos, la custodia y las visitas como forma de mantener un cierto vínculo por lazos familiares que subsisten respecto de estos por cuestiones de filiación.

Al momento de describir una concepción de orden social respecto del divorcio, se puede en cierta forma convenir en que el divorcio es la manifestación de última instancia de problemas familiares sustentados en el desafecto que conllevan a la necesidad de poner fin a un vínculo matrimonial. Ante tal premisa, la doctrina trata de aclarar lo que el divorcio en sí constituye y las secuelas que este deja en el entorno familiar, el que indudablemente después de su consumación se encuentra resquebrajado y disociado, por lo que no solamente se debe estudiar y analizar al divorcio desde un enfoque jurídico, sino que es importante se lo realice desde una apreciación social. De tal manera que, de conformidad con LARREA (2014) el divorcio implica:

(...) el divorcio es el gran responsable de las profundas alteraciones que sufre el sistema familiar post divorcio, obligando a sus subsistemas a reorganizarse estructuralmente; en efecto, para el caso de los hijos/as por ejemplo, se señala que la capacidad que estos tienen respecto a su funcionamiento adaptativo dependen no sólo de las características del sistema familiar existente durante el matrimonio, sino que también de las relaciones co-parentales que se dan después de finalizado el proceso de divorcio (p. 40).

El divorcio como tal deja secuelas a nivel personal y familiar, las que trascienden en la afectación del plano emocional, afectivo y psicológico, por lo que naturalmente el proceso de divorcio requiere dejar subsanados diversos aspectos de bienes, de tenencia y régimen de visitas en relación con los hijos, para que los impactos o secuelas negativas tengan el mínimo impacto posible. Esto corrobora que el divorcio tanto en lo jurídico como en lo social implica un proceso cuya complejidad puede afectar de diversas maneras al entorno familiar, resultando necesario procurar la incidencia de dicha afectación mediante los mecanismos jurídicamente aplicables, lo cual es la esencia de la propuesta que se consignará y explicará en el apartado de las recomendaciones de este documento investigativo.

2.2.2.4 El derecho notarial

El derecho notarial es una de las ramas del derecho que estudia cómo la fe pública otorga la validez y por ende la juridicidad y legalidad de ciertos actos, los cuales no pueden constituirse por sí mismos dado que requieren de una solemnidad especial en la que la facultad del notario investido por el elemento o competencia de dicha fe pública, certifica la veracidad, autenticidad y el apego a derecho de un acto específico. En virtud de lo antes expresado, el derecho notarial es abordado por la doctrina de acuerdo con el siguiente enfoque conceptual que fue propuesto por FERNÁNDEZ (2017) quien determinó:

El Derecho Notarial implica un conjunto de normas y de atribuciones e impedimentos que deben observar los notarios para en virtud de dichas normas ejercer su función, la cual es otorgar la fe pública respecto de ciertos hechos, actos, contratos y demás los que requieren de ese aval para tener validez ante la ley y ante la sociedad (p. 24).

El derecho notarial evidentemente se apoya sobre una serie de normas jurídicas las que básica y fundamentalmente se encargan de direccionar la labor de los notarios. Dicho direccionamiento se encuentra representado por una serie de atribuciones y de prohibiciones para no extralimitar la labor del notario, y que únicamente gozan del reconocimiento de la declaración de la fe pública notarial aquellos actos que el mismo derecho notarial reconozcan que deban constituirse o formarse en dicha vía, para que la

sociedad se encuentre segura ante la declaración de validez que deba conferirse respecto de los mismos.

Por otra parte, el Derecho Notarial es uno de los derechos que mayor goza de un carácter público, dado que se fundamenta precisamente en ese elemento de la fe pública como el aval de la validez o de la legalidad de ciertos actos, los que por sí solos carecen de valor jurídico y no podrían tutelarse los derechos de las partes. Por lo tanto, el derecho notarial involucra este aspecto de gran importancia, el cual fue descrito por CASTILLO (2013) de la siguiente manera:

El notario es el encargado de receptar toda información privada y pública, revisarla y convertirla en un instrumento legal de valor probatorio. Es por lo mismo que el notario da fe y está presente en muchos procesos legales en los cuales los registros del Ecuador se ven relacionados. Además, que tiene una relación dependiente con el Estado, por lo cual debe rendir cuentas administrativas y económicas con el afán de tener una institución funcional y transparente (p. 18).

El notario como se puede apreciar según criterios de doctrina es el funcionario cuya magistratura o calidad especial de depositario de la fe pública le permite al mismo el poder certificar ciertos actos, los cuales sin su aval carecerían de valor legal y de exigibilidad de los compromisos asumidos ante las partes. Es decir, que el notario mediante la fe pública que concede no solo reviste de solemnidad o de seriedad al acto, sino que el notario logra establecer una presunción de validez frente a la sociedad, la ley y la justicia, los cuales pueden demandar por la ilegitimidad o ilegalidad de un acto determinado precisamente en las jurisdicciones correspondientes.

El derecho notarial se reconoce entonces como una rama muy importante del derecho por el elemento de la fe pública que concede el notario para otorgar validez a ciertos actos. En consecuencia, el notario tiene esa potestad en virtud de lo que la Constitución y las normas notariales le facultan para en virtud de ese poder o facultad jurídica se pueda proceder a determinar la validez de varios actos en cuestión. En este enfoque, entonces se propone una definición adicional del derecho notarial que para VERDEJO (1998) representó:

El Derecho Notarial es uno de los derechos de validación de actos más eficaz que existe en virtud del elemento de la fe pública, el que emana de un funcionario cuya responsabilidad y facultades se encuentran determinados por la ley, por lo que el notario tiene en su haber una facultad especialísima para validar actos que otras personas no se encuentran en capacidad para poder validar (p. 38).

El elemento validatorio del Derecho Notarial en virtud de la fe pública notarial es lo que hace a este derecho algo único y singular, por lo que solo el notario se encuentra en capacidad de validar ciertos actos como un sujeto imparcial para que se proceda a tal validación. Evidentemente, esa validación solo puede ser llevada a cabo por el poder que la Constitución y las leyes aplicables confieren en la persona del notario para que el mismo pueda llevar a cabo la certificación de actos que requieren de solemnidades especiales para que de su protocolización se conceda la validez social y jurídica del acto a constituir.

2.2.2.5 El derecho civil

El derecho civil es una de las ramas que constituyen al derecho privado en cuanto a la forma de cómo los derechos y obligaciones se deben cumplir entre las partes en virtud de un vínculo contractual o cuasicontractual. En consecuencia, se manifiesta que el derecho civil es “un conjunto de prerrogativas que dirige las relaciones entre personas, en las que un mandato legal establece cómo ejecutar los vínculos contractuales” (ALBALADEJO, 2009, p. 40). En dicho sentido, el derecho civil se encarga de direccionar las formas de cómo se tienen que alinear y llevar a cabo cierto tipo de relaciones y compromiso entre las partes.

Entre estos compromisos, se encuentra el derecho de familia. Al establecerse dentro del derecho civil el derecho de familia, entonces por qué razón el derecho de carácter familiar se encuentra comprendido dentro de las pautas regulatorias del derecho civil. A esta interrogante se puede responder que: “la relación entre el derecho civil y el derecho de familia se debe a que el primero se encarga establecer determinados contextos de compromisos en distintos escenarios particulares de la convivencia, uno de ellos es la familia” (RAMÍREZ, 1981, p. 35). Por lo tanto, el derecho de familia se encuentra

relacionado con el derecho civil porque se trata de la determinación de vínculos particulares donde los derechos y obligaciones tienen una naturaleza independiente, en la que la institución de la familia es un acto de naturaleza privada y por cuyo objeto de establecer vínculos filiales, encuentra su correspondencia al derecho civil.

Es así, como el derecho civil “impone compromisos legales especiales y de vinculación íntima y particular entre las personas” (FOLQUER, 1979, p. 85). Por consiguiente, los nexos entre el derecho civil y el derecho de familia se encuentran más que justificados y se comprende porque existe un gran nivel de correspondencia entre uno y otro. En resumidas cuentas, el derecho civil se encarga de proveer las pautas esenciales para la constitución y el desarrollo de la familia como parte de la base en la cual se edifica la sociedad. En tal perspectiva, dicha base indudablemente al ser la familia, trata de garantizarse en normas que traten en lo posible de consolidar sus relaciones filiales o al menos sostenerlas en caso de existir un resquebrajamiento de sus estructuras.

2.2.2.6 El derecho de menores

El derecho de menores es un derecho de naturaleza especial, este derecho consiste en que se establecen normas para tutelar los derechos e intereses de mayor trascendencia en los aspectos vitales o elementales en el desarrollo de los niños y adolescentes. El contenido de este derecho impone “una determinación de principios superlativos y fundamentales para el bienestar de la niñez y de los adolescentes en cuanto a su formación como personas” (DE ANTONIO, 1994, p. 48). En tal sentido, el derecho de menores se encarga de establecer las directrices, pautas o lineamientos jurídicos indispensables para tutelar la defensa del derecho de los menores en el mejor ámbito posible en todos los aspectos en que ellos tengan relación con las leyes en virtud de sus actos y necesidades.

El derecho de menores per sé es un derecho de índole muy proteccionista y garantista por el fin por el cual este existe. De acuerdo con esta premisa, se establece que: “el derecho de menores es uno de los derechos tutelares de bienes jurídicos de mayor alcance y de empatía social que existen” (VILLANUEVA, 2011, p 38). Al establecerse tal definición se tiene que reconocer tal apreciación como una realidad tangible, dado que

por el carácter de vulnerabilidad de los menores, que son personas que aún están en proceso de formación en cuanto a un cierto grado de madurez ante la vida respecto de lo que se supone lo es un adulto, lógicamente que necesitará dentro de sus relaciones sociales una protección especial y diferenciada de parte de las normas jurídicas.

En relación con lo antes expresado, el derecho de menores es un derecho de “tutela de un grupo vulnerable de personas por ciertas condiciones naturales que se evidencian en la sociedad” (FUCHSLOCHER, 1965, p. 44). Naturalmente, el derecho de menores siempre debe ser considerado en su esencia proteccionista, claro está sin desconocer que los menores también tienen responsabilidades y obligaciones, pero que en el ejercicio de sus derechos, los mismos requieren de una protección especial en cuanto a la forma de cómo por medio de sus actos se relacionan con la sociedad. Este mismo criterio de protección indudablemente también les brinda la seguridad que les corresponde en casos eventuales de sufrir maltratos o desconocimiento de sus derechos respecto de los adultos.

2.2.2.7 El interés superior del niño

El interés superior del niño es un principio especialísimo en el contexto de la comunidad jurídica a nivel mundial. Este carácter especial se debe a que el derecho reconoce en los menores un grupo de personas que necesita de una tutela muy significativa y diferenciada en cuanto al ejercicio y protección de sus derechos. Este principio consiste en: “(...) la determinación de un axioma o valor fundamental en que los menores son titulares de derechos especialísimos para su bienestar, desarrollo y en casos de conflicto en la sociedad por el hecho de su vulnerabilidad emocional debido a su edad y condición natural” (CABRERA, 2010, p. 50). En efecto, los menores como tales requieren de una protección especial, y para esto se encuentra el derecho, pero el derecho se consolida en su misión proteccionista en la medida en la que establece o se fundamenta mediante principios.

Al considerarse lo expuesto líneas arriba, se tiene que reconocer que la satisfacción de este principio de interés superior del niño es un deber que concierne al Estado y a sus instituciones y a la ciudadanía en general. Por tal motivo, se requiere precisar que: “El

Estado y la ciudadanía son los entes que bien generan un entorno positivo en el desarrollo de los menores, o bien contribuyen a afectar sus derechos, dependiendo de tales sujetos adoptar el camino adecuado para asegurar su bienestar” (CUSSIÁNOVICH, 2011, p. 94). En consecuencia, el Estado y la ciudadanía son los principales actores que disponen del control del derecho y de las herramientas jurídicas y administrativas para velar por la adecuada satisfacción de los derechos de los menores en la sociedad.

Al reconocerse la materialización del interés superior del niño, se da crédito al siguiente criterio: “Desde tiempos remotos los Estados se han preocupado por los derechos del niño, niña y adolescente ya que ellos son el presente y el futuro de los Estados” (ARIAS, 2015, p. 9). Como se mencionó, es un deber del Estado y de la ciudadanía el proteger los derechos de los menores, y precisamente ese es el argumento o razón fundamental y trascendental, es el hecho que los menores en el futuro serán las personas que asumirán las responsabilidades de conducir al Estado y a la misma sociedad para la consecución de sus propósitos, motivo por el cual, resulta indispensable que siempre se satisfaga en la mejor medida y con el mejor criterio posible al interés superior del niño.

2.2.2.8 La tenencia y la visita a los menores

Para el desarrollo adecuado de los menores, siempre será necesario el concurso o participación efectiva o integral de la familia. Sin embargo, se tiene que precisar que no siempre la familia logra conservar el elemento de la unidad como fundamento de un entorno armónico para el bienestar de los menores, por lo que, las separaciones o divorcios atentan contra tal aspiración. No obstante, en cierta medida la ley trata de alguna manera de compensar o de remediar de algún modo tales desavenencias. Es así, que, la tenencia de los menores es un aspecto importante. En síntesis: “la tenencia de los menores representa el asegurar la custodia de un menor a cargo de uno de sus padres, para que de tal manera no se produzca una disgregación mayor en la familia” (MIZRAHI, 2015, p. 28). De tal manera, al asegurarse ese custodio al menor de uno de los padres, se trata de rescatar algún fragmento de lo que fue antes una familia estable. En tal sentido, el menor necesita de al menos de uno de sus padres para que lo pueda proteger y respaldar de cerca en cuanto a su formación como persona.

La tenencia de los menores en sí representa: “una forma de no privar de forma absoluta al menor de al menos convivir y formarse con uno de sus padres” (FERNÁNDEZ, 2015, p. 25). Aunque no es lo ideal, pero de todas maneras uno de los padres debe quedarse con la custodia del menor, porque se necesita de algún modo mantener los lazos familiares, que a pesar de no involucrar la convivencia con ambos padres, peor resultaría que el menor no pudiese estar cuando menos con uno de ellos, para así no agudizar sus problemas en lo afectivo y en lo social. Por lo antes dicho, es que se ve justificado la tenencia de los menores como un presupuesto legal tras el divorcio.

El factor de la tenencia de menores en cuestión implica un grado de responsabilidad de mayor magnitud cuando este como tal es ejercido por solo uno de los padres. Por consiguiente, se tiene que reconocer: (...) la autoridad que conceda la tenencia de los hijos menores, deberá estar seguro que ha ponderado tal concesión al progenitor que esté en mejor capacidad para hacerse cargo del menor” (CÚNEO & HERNÁNDEZ, 2007, p. 72).

En relación con esta afirmación, se tiene que precisar que aunque generalmente la custodia o tenencia de los menores, se confiere a las madres, no obsta, se pueda conceder tal derecho a los padres, pero en todo caso, el juzgador u otra autoridad competente deberá estar plenamente convencido por el bienestar del menor que concede tal tenencia de forma tal que se pueda contar con un desarrollo más o menos adecuado para su persona.

2.2.2.9 La Constitución y el derecho de familia

Respecto de la Constitución, se dice: “La constitución como categoría normativa nace a través de la idea del poder constituyente, mas su consagración como norma se debe a la aparición de los sistemas de justicia constitucional que le otorgaron eficacia” (GARCÍA, 1983, p. 50). La Constitución como tal, es una norma de carácter supremo y que protege los derechos de naturaleza fundamental de los ciudadanos. En tal virtud, la Constitución no puede dejar de lado la preservación de la familia, por lo que de sus principios se trata de edificar los mecanismos que la mantengan unida, o aunque sea, que esta no se fragmente de mayor manera en casos que se produjere separaciones familiares.

Como premisa se señala: “La familia no solo es un orden social, sino un orden jurídico dado que existen derechos y obligaciones entre sus miembros” (RODRÍGUEZ, 1936, p. 41). A esta expresión, se puede argumentar que la familia evidentemente requiere del derecho como medio de protección de la misma. Dicha protección empieza desde la Constitución, por lo que ella ofrece principios que por su carácter superior exhorta al resto del ordenamiento jurídico a cumplir con sus prerrogativas. Es así, de tal modo, que la Constitución siempre dispondrá al resto del ordenamiento jurídico que se generen las normas que traten de cuidar los intereses en el contexto del derecho de familia.

El derecho de familia en consecuencia: “es un derecho que evidencia su tutela en lo que prescriben la Constitución y las leyes” (POLO, 2006, p. 18). Como se ha mencionado, el matrimonio forma a la familia, y desde su institucionalidad es un contrato. Al ser un contrato, éste se supedita a diversas normas del ordenamiento jurídico, el cual está encabezado por la Constitución, la que es la norma suprema, y dentro de tal carácter dispone una serie de derechos fundamentales y principios, en la que se ve incluida la familia como núcleo esencial de la sociedad.

2.2.2.10 La Constitución y el Derecho de Menores

Naturalmente, todo derecho se ampara o se respalda en lo que prescribe la Constitución, por lo que el Derecho de Menores no es la excepción. En concordancia con tal premisa se expone: “El Derecho de Menores al ser un derecho muy especial por el grupo de personas a las que protege, con mayor razón debe verse fortalecido y auxiliado por la Constitución” (URIBE, 2000, p. 47). En lo que se refiere dentro de tal criterio, gracias a la Constitución el Derecho de Menores está dotado de una serie de principios y políticas garantistas, en las que se busca satisfacer los derechos de estas personas en el mejor sentido en que se pueda favorecer a sus intereses.

El Derecho de Menores en consecuencia “con gran certeza debe fundamentarse en la Constitución para así cuidar del interés superior del niño” (CILLERO, 2015, p. 24). Como se ha precisado, el Derecho de Menores es un derecho especial dentro del ordenamiento jurídico del Estado, en virtud de tal derecho se tiene que reconocer que los menores entre sus derechos principales requieren: del derecho a la familia, educación, salud, alimentación, vivienda, protección judicial, entre otros. En relación con lo dicho, se expresa en primer lugar a la familia, esto obedece porque ese es el pilar donde encontrará los principios básicos de su desarrollo y formación personal.

Por consiguiente, en la medida que el Estado y la Constitución consoliden de la mejor manera posible las bases y los principios del derecho de menores, se podrá contar

con las bases o presupuestos que contribuyan a que, entre estos derechos, el derecho a la familia le suponga un mejor entorno de crecimiento, desarrollo e interacción social. En esencia, el derecho de menores y la Constitución siempre serán las pautas jurídicas por excelencia las encargadas de definir las prerrogativas esenciales del buen vivir de los niños y adolescentes en el Ecuador.

2.2.3 Definición de términos Derecho civil.-

Rama del derecho privado el que determina las relaciones jurídicas entre personas naturales y personas de carácter jurídico, las mismas que contraen derechos y obligaciones recíprocas de índole particular.

Derecho de menores.-

Derecho consistente en la determinación de principios que tutelan los derechos de los niños y adolescentes, para que en virtud de tales principios se satisfagan los intereses jurídicos más importantes en favor de los menores.

Derecho notarial.-

Rama del derecho encargada de establecer los principios por los cuales se rigen las actividades de los notarios.

Divorcio por mutuo consentimiento.-

Forma por la que se culmina o finiquita el matrimonio contraído por un hombre y una mujer, lo cual se hace efectivo en mérito o en virtud del acuerdo que se establece entre la pareja.

Principio de interés superior del niño.-

Principio de carácter de derechos humanos, de derecho de menores y de derecho constitucional, el mismo que existe con la finalidad de garantizar el cumplimiento y protección de los derechos esenciales para un adecuado desarrollo y bienestar de los niños y adolescentes.

2.3 METODOLOGÍA

2.3.1 Modalidad

La modalidad empleada en esta investigación es de carácter **cualitativo**, lo que obedece al enfoque de carácter teórico de la investigación. Dicho enfoque permite una descripción del origen y evolución del problema de investigación y sus características de forma más amplia.

2.3.1.1 Categoría

La categoría de la investigación es la **no interactiva** dado que, no se ha recurrido a involucrar o interactuar con otras personas o sujetos para el desarrollo de los apartados de la presente investigación.

2.3.1.1.1 Diseño

El diseño empleado es el de **análisis de conceptos** el que permite desarrollar una comprensión cabal de lo que se encuentra expuesto en el marco teórico de esta investigación, lo que, a su vez, contribuye con la formulación de criterios que fundamentan e ilustran como inciden aquellos conceptos relacionados con los aspectos más sobresalientes del problema.

2.3.2 Población y muestra

Tabla1

Población y muestra

| UNIDADES DE OBSERVACIÓN | POBLACIÓN | MUESTRA |
|--|----------------|------------|
| Constitución de la República del Ecuador Art. 69 # 4 y 5 | 444 artículos | 1 artículo |
| Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia Art. 11 | 426 artículos | 1 artículo |
| Código Civil Art. 107 | 2424 artículos | 1 artículo |
| Ley Notarial Art. 18 # 22 | 49 artículos | 1 artículo |

Elaborado por: Ab. Rosa Alexandra Patrón Bazurto

2.3.3 Métodos de investigación

2.3.3.1 Métodos Teóricos

Respecto de los métodos teóricos se aplicó el **análisis** de las normas jurídicas. En este caso se analizaron las normas tanto de derecho civil, de derecho de menores, de derecho notarial y de derecho constitucional para resolver el problema de la investigación. La **deducción** comprendió desde el objeto del divorcio por mutuo consentimiento, hasta la necesidad de resolver mediante dicho acuerdo en vía notarial

la tenencia y regulación de visita referente a los hijos menores o dependientes. La **inducción** comprendió desde el texto actual del artículo 18 numeral 22 de la Ley Notarial hasta la necesidad de su reforma. La **síntesis** ha sido aplicada en la descripción de cada una de las bases teóricas. El **método lógico histórico** reconoció el origen de la Ley Notarial y el tiempo de su vigencia y reformas recientes.

2.3.3.2 Métodos Empíricos

Se recurrió a emplear la **guía de observación documental**, la que se aplicó con la determinación del marco teórico, el que abarcó conceptos de derecho de familia, derecho de menores, derecho civil y derecho notarial.

En lo que concierne al **análisis del contenido de normas** se aplicaron normas de derecho civil, derecho de menores, derecho notarial y derecho constitucional para sí fundamentar el carácter de juridicidad de la propuesta de reforma del artículo 18 numeral 22 de la Ley Notarial, para que así los notarios lleven a cabo divorcios por mutuo consentimiento y resuelvan la tenencia y el régimen de visitas de los hijos menores.

2.3.3.3 Métodos Matemáticos

Por el enfoque de carácter cualitativo y teórico de la investigación no resultó necesaria la aplicación de métodos matemáticos.

2.3.4 Procedimiento

1. Se procedió a la elección del tema de investigación, el cual parte del reconocimiento del problema, en este caso aplicado en la perspectiva del derecho notarial para la tramitación de un divorcio por mutuo consentimiento, tenencia y vista de menores resuelto por vía notarial.

2. Se establecieron las características principales del problema, de esta descripción se elaboraron el objetivo principal y objetivos específicos de la investigación junto con las preguntas de carácter principal y complementario.

3. Se procedió al análisis de la doctrina que determine, explique o describa los elementos principales o relacionados con el problema de la investigación.

4. Se determinaron las unidades de análisis en virtud de las normas jurídicas, las que en relación con las mismas se fundamenta tanto el problema con la solución de las mismas. Entre las normas principales se efectuó el análisis de las normas civiles, de niñez y adolescencia, notariales y constitucionales.

5. Tras el análisis de las normas jurídicas, se formularon las conclusiones y recomendaciones que contribuyeron a fortalecer y argumentar el desarrollo de la propuesta en este examen complejo.

CAPÍTULO III CONCLUSIONES

3.1 RESPUESTAS

3.1.1 Base de Datos Normativos

Tabla 2

Unidades de análisis normativo del divorcio por mutuo consentimiento, tenencia y régimen de visita de menores

| CASOS DE ESTUDIO | UNIDADES DE ANÁLISIS |
|---|---|
| <p>Constitución de la República del Ecuador Art. 69 # 4 y 5</p> | <p>Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia.</p> <p>4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.</p> <p>5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. (ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008).</p> |

| | |
|--|--|
| <p style="text-align: center;">Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia</p> <p style="text-align: center;">Art. 11</p> | <p>Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.</p> <p>Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.</p> <p>Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.</p> <p>El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla (ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2017).</p> |
| <p>Código Civil Art. 107</p> | <p>Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el</p> |

| | |
|---|--|
| | <p>consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, o por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil de cualquiera de los cónyuges:</p> <p>Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio;</p> <p>El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y,</p> <p>La voluntad de divorciarse, y a enumeración de los bienes patrimoniales y de la sociedad conyugal, con la aprobación del pago de todos los impuestos. (ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2015)</p> |
| <p>Ley Notarial Art. 18 # 22</p> | <p>Art. 18.- Son atribuciones exclusivas de los notarios, además de las constantes en otras leyes:</p> <p>22.- Tramitar el divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho, únicamente en los casos en que no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia según lo previsto en la</p> |

| | |
|--|---|
| | <p>Ley, sin perjuicio de la atribución conferida en el Artículo 10 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.</p> <p>Para el efecto las partes expresarán, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial o la terminación de la unión de hecho según sea el caso.</p> <p>La o 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 mayor a diez días, en el que las partes deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse o dar por terminada la unión de hecho.</p> <p>La o el notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial o la terminación de la unión de hecho de la que, debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes para la inscripción en el Registro Civil y cumplirá con la notificación dispuesta en la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.</p> |
|--|---|

| | |
|--|---|
| | <p>Los sistemas de correo y firma electrónica podrán utilizarse para la notificación señalada en esta Disposición.</p> <p>Los cónyuges o las personas en unión de hecho podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales.</p> <p>De no realizarse la audiencia en la fecha designada por la o el notario, los cónyuges o personas en unión de hecho podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, debiendo cumplirse dentro del plazo de cinco días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, la o el notario archivará la petición.</p> <p>A petición de las partes y de mutuo consentimiento, la o el Notario en el mismo acto procederá a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal según las reglas de este artículo. (DECRETO SUPREMO, 2016)</p> |
|--|---|

Elaborado por: Ab. Rosa Alexandra Patrón Bazurto

3.1.2 Análisis de los Resultados

Respecto de las normas jurídicas a analizar, se empieza por lo que se encuentra establecido en la **Constitución de la República del Ecuador**, la que en su artículo 69 numerales 4 y 5 establece la protección especial a las familias disgregadas por cualquier

causa, además de la corresponsabilidad materna y paterna. Esta disposición evidencia el hecho que el Estado reconoce en la familia el carácter de célula fundamental para la existencia de la sociedad. Por consiguiente, se tiene que precisar que la familia requiere de una estabilidad para su adecuado funcionamiento, pero en los casos en que esta estabilidad se ve resquebrajada o alterada, es necesario que se procure alguna forma de que los vínculos familiares no se disuelvan o se desarticulen del todo.

Es así que, el Estado mediante la legislación aplicable a temas de derecho de familia y de derecho de menores, la que se encuentra tutelada principalmente por la Constitución, exhorta a que dentro del ordenamiento jurídico se creen y se apliquen normas jurídicas y mecanismos legales en la que principalmente se asegure a los hijos menores el contar con el apoyo, sustento, protección y afecto de sus progenitores. Desde esta perspectiva es que, después de lo expresado en las normas antes enunciadas se ha establecido una serie de normas jurídicas que están destinadas a cumplir con tal finalidad y que se encuentran analizadas a continuación.

El Código de la Niñez y la Adolescencia establece en su artículo 11 el interés superior del niño como el principio rector en lo que se refiere a los derechos de niños y adolescentes. El tratar de analizar este principio supone una cuestión un tanto compleja y extensa porque abarca muchos aspectos que se podrían considerar como subjetivos. No obstante, en relación con el tema de este examen complejo, de este principio se deduce que los niños y los adolescentes tienen el derecho de contar y de crecer o desarrollarse con una familia. Sin embargo, la estabilidad de una familia no siempre es un aspecto que se cumple socialmente de forma amplia, es decir, existen muchas parejas de padres que se divorcian, lo que genera que los hijos de esas parejas divorciadas vean resquebrajado su entorno familiar.

Por tal razón, en virtud de la existencia del principio del interés superior del niño, es que se debe recurrir a crear mecanismos legales que permitan del modo más efectivo posible, que dichos menores no se vean totalmente privados de contar con la presencia y protección de sus padres, a pesar de no existir más una convivencia en un hogar común. Es así que, en el régimen de tenencia y visitas, por lo menos se trata de alguna manera de coartar esa privación de no poder ver a su progenitor desprovisto de

la tenencia, para que de algún modo cumpla con sus obligaciones parentales y comparta un tiempo con sus hijos.

En lo que se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, se tiene que analizar lo estipulado en el **Código Civil** en su artículo 107. Este consentimiento se podrá manifestar por medio de un escrito presentado ante el juez de lo civil, o de forma personal sin que hubiera mediado un escrito previo, o en su defecto mediante designación de procuradores especiales en el domicilio de cualquiera de los cónyuges. En este acto, en el que se lleva a cabo el trámite de divorcio, se expresa el elemento de la voluntad recíproca para que se disuelva el vínculo matrimonial y debe resolverse las cuestiones de índole patrimonial.

En lo que se refiere a la **Ley Notarial** en su artículo 18 numeral 22, se establece que es atribución y facultad del notario por divorciar a las parejas por mutuo consentimiento sin que estas tuvieren hijos menores de edad o que estén bajo su dependencia. Para esto, concurre el elemento de la voluntad de la pareja, de tal acto en audiencia una vez que se haya procedido al reconocimiento de firmas y rúbricas en un tiempo no mayor a diez días, constará dicho acuerdo en el acta respectiva. De tal protocolo, el mismo deberá ser inscrito al margen de la partida de matrimonio dentro del Registro Civil. Este mismo acto se podrá llevar a cabo mediante procuración especial, dado que los procuradores ante el notario tienen la capacidad para intervenir mediante un acuerdo que es establecido en escritura pública. Dentro de el mismo acto se procede a la liquidación de la sociedad conyugal.

No obstante, a pesar que en este artículo no se encuentra establecida la facultad notarial para resolver la situación de los hijos menores o en dependencia dentro del matrimonio, se tiene que enfatizar como se dijo que es necesario que al notario se le atribuya legalmente esa facultad para resolver y certificar el acuerdo en cuanto a la tenencia y el régimen de visitas. Dicha necesidad se haya justificada, por el hecho que se trata de resolver las situaciones señaladas en un solo trámite, en una sola audiencia y garantizado la prontitud y la eficiencia de los derechos de los padres y de los hijos menores o en dependencia. De tal manera, por una parte, se descongestionan los juzgados civiles, además que, se logra evitar trámites extensos engorrosos y que pueden

implicar hasta mayores gastos en la economía de las personas solicitantes, Por lo que, si el notario estuviere facultado para certificar el divorcio por mutuo consentimiento, ella tenencia de menores y el régimen de visitas, entonces se contribuye a establecer un mecanismo jurídico que tutelaría de forma adecuada los derechos de familia en el Ecuador.

3.2 CONCLUSIONES

Corresponde al apartado de las conclusiones proceder a responder las preguntas de la investigación. En lo que concierne a la **pregunta principal de la investigación**, se señala que, para aplicar un mecanismo efectivo de divorcio por mutuo consentimiento, tenencia de menores y regulación de visitas que se resuelva mediante vía notarial, es necesaria la reforma del artículo 18 de la Ley Notarial. Dicha reforma consiste en dotar al notario de la facultad o atribución que le permita que, en un mismo trámite, en un mismo día en virtud del acuerdo de la pareja que se va a divorciar y que tenga hijos menores, ésta pueda en un mismo acto dar lugar a su divorcio, y que, tras tal acontecimiento el notario pueda resolver en virtud del acuerdo de los padres decidir quién queda a cargo de la tenencia de los menores y cómo se aplicaría el régimen de visitas. Tal reforma contribuye en no retrasar de forma innecesaria la resolución de estos puntos, con lo que incluso se favorece al principio de economía procesal.

En la **primera pregunta complementaria de la investigación** se especifica que el rol del notario en los actos de derecho civil, derecho de menores y derecho de familia, es ser depositario de la fe pública de los acuerdos en las relaciones de familia que requieran de cierta protección o reconocimiento en virtud de esa fe en caso de controversias. Es decir, que el notario reconoce los acuerdos de las parejas y de la forma cómo se va a decidir sobre los derechos de los menores de forma más ágil, pero que ese acuerdo sea procedente conforme a derecho en virtud de la aplicación de la reforma al artículo 18 de la Ley Notarial que le permita al notario no solo certificar el divorcio por mutuo consentimiento, sino dar fe sobre la tenencia de menores y el régimen de visitas.

A lo que compete a la **segunda pregunta complementaria de la investigación** se tiene que determinar que el notario tiene en sí competencia para resolver divorcios por mutuo consentimiento y sin que hubiere hijos menores de por medio, dado que no se trata de una controversia. Sin embargo, en el eventual caso de una reforma al artículo 18 de la Ley Notarial, en el caso de tenencia de menores y regulación de visitas, esta competencia se vería enmarcada por el hecho que su capacidad de otorgar fe pública en virtud de un acuerdo, no contraviene de ninguna manera algún otro precepto legal, esto debido al hecho a que el notario puede dar fe de todo aquello que jurídicamente admisible, con lo que se cumple la premisa del artículo 8 del Código Civil. Tal premisa determina que a nadie se le puede impedir una acción que no se halle prohibida de forma expresa por la ley.

Para la **tercera pregunta complementaria de la investigación** se reconoce que el principio del interés superior del niño consiste en otorgar a los menores la satisfacción inmediata, directa, sin restricciones y sin vulneración de derechos de todo aquello que contribuya a formar y consolidar su bienestar y desarrollo. En virtud de esta premisa, tal principio es de carácter universal y aplica en todos los asuntos o materias en que se decidan sobre los derechos de las personas menores de edad, en este caso de niños y adolescentes, los que, de acuerdo con los lineamientos de la presente investigación, se les trata de buscar el asegurar del mejor modo posible sus relaciones de familia tras la separación de sus padres por el divorcio.

Referente a la **cuarta pregunta complementaria de la investigación** se determina como contestación que la Constitución de la República del Ecuador establece garantías para el derecho de familia en virtud que la misma reconoce que la familia es el núcleo de la sociedad, y que en mérito de la satisfacción del principio del interés superior del niño (incluye obviamente a los adolescentes) y como parte del grupo de personas de atención prioritaria, se tiene que procurar los medios más pronto, eficientes y óptimos posibles para que pueda disponer del auxilio y apoyo de su familia, tanto en lo económico, social, educativo, afectivo, entre otros aspectos. Aquello, en cierta medida trata de aliviar en cierta medida su desarrollo como persona tras la

separación de sus padres, esto considerando la propuesta de reforma del artículo 18 de la Ley Notarial para incorporar como facultad notarial que, en el mismo trámite, no solo se decida el divorcio, sino la tenencia y regulación de visitas para los menores.

3.3 RECOMENDACIONES

Se recomienda a los assembleístas ecuatorianos dentro de sus facultades legislativas, reformen el artículo 18 de la Ley Notarial en su artículo 22 en la que se incluyan incisos en los que se determine la atribución de los notarios para que puedan conocer y certificar mediante la fe pública la institución del divorcio por mutuo consentimiento entre hombres y mujeres, incluyendo en dicha atribución la facultad de resolver la tenencia de los hijos menores o dependientes de sus padres, y, a su vez, en cuanto al régimen de visita respecto de los mismos. Dicha reforma permitirá agilizar y simplificar los trámites que suelen ser más extensos ante la jurisdicción ordinaria.

Se propone también al Consejo de la Judicatura que capacite a los notarios en temas de derechos de familia y de derechos de menores, para así dotarlos de una gama de conocimientos y de criterios que les permitan disponer de mejor manera la forma en que se llevará a cabo el divorcio por mutuo consentimiento, la tenencia de los hijos menores y dependientes, así como el régimen de visitas. Tal capacitación conlleva a que los notarios, inclusive a pesar de no ser funcionarios judiciales, se deben a la judicatura y no están exentos en el deber constitucional de fundamentar y argumentar la forma de cómo se desempeñan en sus funciones.

Se sugiere a su vez tanto al Consejo de la Judicatura como a los notarios el difundir en el caso de una eventual reforma, una campaña de socialización, a fin de que la sociedad esté informada de esta posibilidad, para que así, los padres de familia no tengan que pasar demasiado tiempo para poder resolver la disolución de su vínculo matrimonial por mutuo acuerdo. Del mismo modo, tal socialización implica el hecho de resolver con prontitud y eficiencia la situación jurídica de sus hijos, siempre y

cuando exista un acuerdo que contenga tanto el hecho de divorciarse, quién va a disponer de la tenencia de los menores y de qué forma se va a llevar a cabo el régimen de visitas.

Se considera que, tanto los asambleístas como el Consejo de la Judicatura establezcan la forma de cómo se llevará el procedimiento, y que de esta socialización una vez legislado, sea difundido a los notarios para que dentro de una comparecencia única hayan resuelto de modo eficiente, tanto el divorcio, la tenencia y la regulación de la visita que se efectúen a los hijos menores. En consecuencia, de tal proceso se dispondrá de pautas claras que tornen viable y efectiva la propuesta para fortalecer las competencias del derecho notarial ecuatoriano, así como también el derecho de familia y el derecho de menores.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

AGUSTÍN, S. (2007). *Theology and sexuality. Classic and contemporary readings*. Oxford: Blackwell Publishing.

ALBALADEJO, M. (2009). *Derecho civil I. Introducción y parte general*. Madrid : Edisofer.

ARIAS, P. (2015). *El principio del interés superior del niño, niña y adolescentes y las consecuencias legales de la adopción*. Quito: Universidad Central del Ecuador.

BRITO, R. (2016). *El divorcio por mutuo consentimiento con hijos menores de edad ante sede notarial*. Ambato: UNIANDES.

CABRERA, J. (2010). *Interés superior del niño: el adendum a los libros escritos sobre derecho de menores*. Quito: Editorial Cevallos.

CASTILLO, A. (2013). *Propuesta de normativa para regular los proceso notariales usando las tecnologías de la información y comunicación*. Quito: Universidad Internacional del Ecuador.

CILLERO, M. (2015). *Niños y adolescentes sus derechos en nuestro derecho*. Santiago: SENAME.

CÚNEO, D., & HERNÁNDEZ, C. (2007). *Tenencia de menores y régimen de visitas*. Rosario: Juris.

CUSSIÁNOVICH, A. (2011). *El estado y el ejercicio ciudadano de la infancia en la sociedad peruana en los albores del siglo XXI*. Huancayo: Red Latinoamericano de Infancia.

DE ANTONIO, D. (1994). *Derecho de menores*. Buenos Aires: Astrea.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1971). *El negocio jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

DE LA MATA, F., & GARZÓN, R. (2005). *Derecho familiar*. México: Porrúa.

RAMÍREZ, A. (1981). *Derecho civil*. México: Editora Nacional.

RODRÍGUEZ, J. (1936). *Principios de legislación y la familia en la Constitución Cubana*. Buenos Aires: Antología Jurídica.

ROJINA, R. (1998). *Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia*. México: Porrúa.

URIBE, M. (2000). *LA familia en la Constitución de 1991 y su desarrollo legal*. Medellín: Biblioteca jurídica Díké.

VERDEJO, P. (1998). *Derecho notarial*. La Habana: Pueblo y Educación.

VILLANUEVA, R. (2011). *Derecho de menores*. México : Porrúa.

Normas jurídicas

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial # 449 de 30-oct-2008.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. (2015). *Código Civil*. Quito: R.O. Suplemento N° 506 del 22-may-2015.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. (2016). *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*. Quito: Registro Oficial #684 de 04-feb-2016.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. (2017). *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Quito : R.O. #737 del 3-ene-2003.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Rosa Alexandra Patrón Bazurto**, con C.C: # **0916716574** autor(a) del trabajo de titulación: **“DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, DETERMINACIÓN DE TENENCIA Y REGULACIÓN DE VISITAS A MENORES MEDIANTE VÍA NOTARIAL”** previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **25 días del mes de octubre del año 2018**

f. _____

Nombre: Rosa Alexandra Patrón Bazurto C.C: 0916716574

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

| | | | |
|--|--|--|----|
| TÍTULO Y SUBTÍTULO: | DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, DETERMINACIÓN DE TENENCIA Y REGULACIÓN DE VISITAS A MENORES MEDIANTE VÍA NOTARIAL | | |
| AUTOR(ES): | ROSA ALEXANDRA PATRÓN BAZURTO | | |
| REVISOR(ES)/TUTOR(ES): | DR. NICOLAS RIVERA HERRERA, M.Sc. | | |
| INSTITUCIÓN: | Universidad Católica de Santiago de Guayaquil | | |
| UNIDAD/FACULTAD: | Sistema de Posgrado | | |
| MAESTRÍA/ESPECIALIDAD: | Maestría en Derecho Notarial y Registral | | |
| GRADO OBTENIDO: | Magíster en Derecho Notarial y Registral | | |
| FECHA DE PUBLICACIÓN: | Jueves, 25 de octubre de 2018 | No. DE PÁGINAS: | 52 |
| ÁREAS TEMÁTICAS: | Derechos de niñez y adolescencia, derechos de familia, derechos civiles, derechos notariales. | | |
| PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS: | Divorcio por mutuo consentimiento, Ley Notarial, Régimen de Visitas, Tenencia. | | |
| RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): En el Ecuador en el ámbito notarial los notarios se encuentran facultados para poder tramitar y resolver un divorcio por mutuo consentimiento. Sin embargo, se tiene que precisar que no les es facultado el divorciar a las parejas cuando estas tienen hijos. Por lo tanto, es una necesidad de las parejas de acudir a una vía en la que por mutuo acuerdo no solo puedan divorciarse, sino que se pueda por medio de los notarios resolverse lo relacionado con la tenencia y régimen de visitas de los hijos menores, para que un solo trámite tales situaciones se hallen resueltas. De tal manera, se logrará descongestionar a las judicaturas ordinarias en lo civil y en materia de niñez y adolescencia. En efecto, para que esto sea posible se requiere de una reforma a nivel de la Ley Notarial. Por lo tanto, el objetivo de esta investigación está encaminado a fundamentar las necesidades de esta reforma. Como resultado de esta investigación se determinó que es factible realizar la reforma en virtud que existen presupuestos legales y constitucionales que la hacen viables en las unidades de análisis. La metodología de la investigación es cualitativa por su enfoque doctrinal. Su categoría es no interactiva por no intervenir otros sujetos en la investigación. El diseño se aplicó en el análisis de conceptos y normas jurídicas. | | | |
| ADJUNTO PDF: | SI <input checked="" type="checkbox"/> | NO <input type="checkbox"/> | |
| CONTACTO CON AUTOR/ES: | Teléfono: 042122789 – 0993412307 | E-mail: alexpabazurto@hotmail.com | |
| CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE): | Nombre: Mariuxi Blum | | |
| | Teléfono: 04 2 22000439 | | |
| | E-mail: maria.blum02@cu.ucsg.edu.ec | | |
| SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA | | | |
| Nº. DE REGISTRO (en base a datos): | | | |
| Nº. DE CLASIFICACIÓN: | | | |
| DIRECCIÓN URL (tesis en la web): | | | |